

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

GUILHERME AUGUSTO TONIETTE

OS PODERES INSTRUTÓRIOS CONFERIDOS AO MAGISTRADO NO  
PROCESSO CIVIL E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Nelson Nery Junior

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

SÃO PAULO

2022

**GUILHERME AUGUSTO TONIETTE**

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS CONFERIDOS AO MAGISTRADO NO  
PROCESSO CIVIL E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito final à aprovação no curso que viabiliza a obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo Difusos e Coletivos.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Nelson Nery Junior

SÃO PAULO

2022

GUILHERME AUGUSTO TONIETTE

OS PODERES INSTRUTÓRIOS CONFERIDOS AO MAGISTRADO NO  
PROCESSO CIVIL E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito final à aprovação no curso que viabiliza a obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo Difusos e Coletivos.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

**Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Nelson Nery Junior**

---

**Prof<sup>a</sup>. Dra. Regina Vera Villas Bôas**

---

**Prof<sup>a</sup>. Dra. Andrea Boari Caraciola**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a todos meus familiares que, de alguma forma, contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

Em especial, agradeço aos meus pais, Marcos Toniette e Felicia Ramundo, pelo incentivo diário e por estarem ao meu lado em todos os momentos, jamais deixando de acreditar no meu potencial.

Agradeço ao meu irmão, Victor Toniette, pela troca de experiência profissional e pelas palavras de incentivo que sempre fazia questão de dizer no decorrer de minha trajetória acadêmica.

À minha namorada, Sarah Tomazeli, pela compreensão em razão de meus momentos de ausência, bem como pelo incansável apoio para a concretização deste trabalho.

A todos os meus amigos que sempre estiveram ao meu lado no decorrer da vida, pelas palavras de apoio.

Agradeço ao meu orientador, Professor Nelson Nery Junior, com quem tenho a honra de desfrutar convívio diário, pelas ideias, debates jurídicos e indicações de obras contidas no texto deste trabalho, sem as quais, certamente, este trabalho não teria atingido o seu objetivo.

Às professoras Regina Vera Villas Bôas e Andrea Boari Caraciola, pelo aceite em integrarem a banca examinadora da defesa da dissertação e pelo tempo dispensado na análise do trabalho.

Aos meus colegas do escritório Nery Advogados, pela imensa gama de obras fornecidas, debates jurídicos travados e ideias que foram de grande valia para a concretização deste trabalho.

Agradeço, finalmente, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –

PUC/SP, que me auxiliou para que o sonho de concluir mais essa etapa acadêmica pudesse se tornar realidade.

## RESUMO

Cada vez mais, a busca pela prolação de uma decisão “justa” tem feito com que os sistemas processuais civis se desenvolvam no sentido de conferir amplos poderes instrutórios ao magistrado. Nesta dissertação, propomos uma reflexão acerca dos riscos que giram em torno desse discurso e dessa ampla liberdade conferida aos magistrados, principalmente no que se refere à possibilidade de (i) haver quebra de imparcialidade do julgador, (ii) haver violação da garantia constitucional da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional e (iii) se atentar ao Estado Democrático mediante a utilização de enunciados performáticos cuja controlabilidade é difícil, senão impossível. Também analisamos esse tema sob o enfoque das ações coletivas e da utilização do negócio jurídico processual como meio limitador aos poderes instrutórios do magistrado. Concluímos, ao final, que independentemente do direito envolvido – disponível ou indisponível – e do tipo de ação – individual ou coletiva –, a determinação de prova de ofício viola direitos fundamentais das partes e, por essa razão, não deve ser um ato à disposição do julgador.

**Palavras-chave:** Poderes instrutórios do juiz – Prova de ofício – Sistema adversarial – Sistema inquisitório – Justiça – Imparcialidade – Duração razoável do processo – Enunciado performático – Ações coletivas – Negócio jurídico processual

## ABSTRACT

Increasingly, the search for a "fair decision" has been influencing the development of civil procedural systems to provide broader discovery powers to judges. In this paper, we propose a reflection on the risks involved in this theory and this broad discretion afforded to judges, especially due to the possibility of it (i) tarnishing the judge's impartiality, (ii) violating the constitutional guarantee of the reasonable duration of the case and the effectiveness of the court granted relief and (iii) infringing the Rule of Law through the use of performative utterances whose control is difficult if not impossible. We also analyze this issue under the perspective of class action/collective actions and the use of procedural stipulations by the opposing parties as a way to limit the judge's discovery powers. We conclude, in the end, that regardless of the nature of the involved rights – alienable and inalienable - and the type of action - individual or class/collective -, an *ex officio* discovery order to produce evidence infringes upon the parties fundamental rights and, for this reason, must not be at the judge's discretion.

**Key-words:** Judge's discovery powers – Ex officio evidence – Adversarial system – Inquisitorial system – Justice – Impartiality – Reasonable duration of the case – Performative utterances – Class/collective actions – Procedural stipulations

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A POSIÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO .....</b>	<b>13</b>
2.1 OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS .....	13
2.2 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO: INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO .....	16
<b>3. DIREITO PROBATÓRIO.....</b>	<b>24</b>
3.1 PROVA: CONCEITO, FINALIDADE, OBJETO E DESTINATÁRIO .....	24
3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS QUE REGEM AS PROVAS.....	33
3.3 ÔNUS DA PROVA .....	38
<b>4. PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO .....</b>	<b>47</b>
4.1 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO ESTRANGEIRO .....	47
4.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO BRASIL.....	52
4.3 AS TRÊS CORRENTES DOUTRINÁRIAS EXISTENTES ACERCA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ .....	57
4.4. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO TEMA .....	76
<b>5. O JUIZ DEVE SE LIMITAR ÀS PROVAS REQUERIDAS E PRODUZIDAS PELAS PARTES.....</b>	<b>79</b>
5.1. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO CONTAMINA A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR .....	80
5.2. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO VIOLA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISIDICIONAL.....	99
5.3. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO, SOB A JUSTIFICATIVA DE ESTAR EM BUSCA DA DECISÃO JUSTA, ATENTA CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO .....	104
<b>6. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO .....</b>	<b>109</b>
<b>7. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO LIMITADOR À PRODUÇÃO DE PROVAS.....</b>	<b>113</b>
<b>8. CONCLUSÃO .....</b>	<b>120</b>

**9. REFERÊNCIAS..... 124**

## 1. INTRODUÇÃO

É crescente, não só no Brasil como ao redor do mundo, a busca por “justiça” e pela prolação de decisão “justa” no processo judicial. Guiados por esse ponto de referência, doutrina e jurisprudência têm se desenvolvido no sentido de conferir aos magistrados amplos poderes probatórios, pois, somente assim, seria possível atingir a completa justeza da decisão.

Noutras palavras, nesse cenário, o agente público tecnicamente qualificado para “fazer justiça” assumiria a posição de protagonista do processo, podendo determinar a produção da prova necessária ao correto julgamento da lide; somente assim seria atingida a almejada paz social para a qual, segundo eles, o processo seria um instrumento da jurisdição.

Infere-se, desde logo, que o conceito de justiça para essa corrente doutrinária é demasiadamente vago; não carrega, em si, qualquer conteúdo. Justamente por isso, o termo justiça pode ser enquadrado naquilo que se denomina de enunciado performático, ou seja, enunciado que não ostenta significado objetivo algum e, por isso, é de difícil controlabilidade num Estado Democrático.

A despeito desse perigo para o Estado Democrático, o atual regramento processual brasileiro, especialmente no artigo 370 do Código de Processo Civil, caminha exatamente nesse sentido: é autorizado ao juiz determinar, de ofício, a produção de prova necessária ao julgamento do feito. Essa possibilidade já existia durante a vigência do *codex* antigo e apenas se manteve no diploma de 2015.

Esse dispositivo dialoga com a corrente doutrinária, norteadada pelo caráter publicista do processo e vinculada o instrumentalismo processual, que defende que a figura do juiz passivo não tem mais lugar no direito processual moderno; assim, seria permitido ao juiz, condutor do processo, avocar para si o dever de produção de provas, a fim de que se buscasse o atingimento da decisão justa.

Na outra ponta, há aqueles, garantistas por excelência, que defendem a impossibilidade de o juiz produzir prova *ex officio*. Entre outros motivos, entendem que i) não há como se manter a necessária imparcialidade de um juiz que, ao mesmo tempo, determina a produção da prova *ex officio* e julga o caso, ii) o juiz que determina a produção de prova de ofício viola a garantia constitucional da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional e iii) a utilização de enunciados performáticos para justificar a necessidade de produção de prova *ex officio* representa uma ameaça ao Estado Democrático.

No meio do caminho, há a corrente que concorda com a possibilidade de produção de prova *ex officio*, mas restrita a determinadas situações e a depender do direito material envolvido.

Ademais, também analisamos se a produção de prova *ex officio* seria permitida nas ações coletivas, o que, em nosso sentir, a resposta é negativa. Isso porque, a natureza do direito material *sub iudice* não é capaz de alterar o conceito de imparcialidade do julgador. Noutras palavras, se o juiz deixa de ser imparcial quando determina a produção de prova *ex officio* na ação individual, o mesmo vale para as demandas coletivas.

Outro ponto que ocupa este trabalho é a (im)possibilidade de elaboração de negócio jurídico processual prevendo a limitação dos poderes instrutórios do juiz, com o qual não vislumbramos óbice algum.

Assim, por meio deste trabalho, o que se pretende é se distanciar do discurso sedutor de que o processo e, conseqüentemente, a decisão judicial busca “fazer justiça” ou a “verdade real” e investigar se a produção de prova *ex officio*, pelo juiz, é, realmente, o melhor meio (e constitucionalmente adequado) para o atingimento desse fim.

Sob o pretexto de buscar a decisão mais justa, pode o juiz investigar os fatos alegados e atuar como se parte fosse? Pode o juiz liderar verdadeira investigação em nome da ‘justiça’?

A metodologia utilizada para o presente estudo pautou-se em referencial bibliográfico e documental.

Por fim, é preciso dizer que o trabalho está dividido em seis grandes partes.

Na primeira, demonstramos a evolução histórica dos poderes instrutórios conferidos aos magistrados ao longo dos anos, não apenas no Brasil, como também em outros países, passando pela diferenciação dos dois principais modelos de processo adotados mundialmente (adversarial e inquisitorial). Em seguida, analisamos os principais aspectos relacionados ao direito probatório, o seu objeto, sua finalidade e a sua importância para o processo. Na terceira parte, analisamos as três correntes doutrinárias existentes a respeito do tema e, na quarta, demonstramos o porquê da necessidade de o juiz se limitar àquilo que foi requerido pelas partes no âmbito probatório. A quinta parte é destinada ao exame dos poderes instrutórios do juiz sob o enfoque das tutelas coletivas e a sexta, por fim, à análise da utilização do negócio jurídico processual como limitador dos poderes instrutórios do magistrado.

## 2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A POSIÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO

### 2.1 OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos de interesses sempre existiram na história da humanidade e, dificilmente, deixarão de existir. Todavia, as formas pelas quais os indivíduos encontraram para solucioná-los sofreram muitas modificações desde então.

Nesse contexto, os primeiros registros existentes acerca de modo de solução de conflitos é a chamada “autotutela” ou, como popularmente conhecida, “justiça com as próprias mãos”.

Nessa época primitiva, marcada pela ausência total do Estado<sup>1</sup>, os indivíduos solucionavam seus conflitos com base na imposição de suas próprias vontades e anseios. Noutras palavras, os próprios particulares envolvidos na celeuma eram responsáveis por dizer quem estava certo ou errado, sendo eles, os particulares, os próprios juízes da causa.

Naturalmente, o mais influente, mais poderoso, mais forte, sempre possuía a razão e saía da disputa vencedor.<sup>2</sup>

Com o desenvolvimento das sociedades e a idealização do monopólio da jurisdição na figura do Estado, a autotutela foi perdendo espaço, de modo que, atualmente, salvo raras exceções<sup>3</sup>, pode-se afirmar que ela está superada.

---

<sup>1</sup> Como bem observa William Santos Ferreira, essa ausência do Estado traz consigo a consequência de que não seria autorizado utilizar a terminologia “direito”: “*Como forma de viabilizar a vida em sociedade foi impedida a autotutela, em que cada um, com base em sua própria convicção, exigiria o que lhe parecesse de direito (ou de simples desejo). Até a terminologia “direito” estaria sendo empregada erroneamente, porque, sob o império da autotutela, somente os mais fortes conseguem impor sua vontade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.*” SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

<sup>2</sup> CASTRO, Daniel Penteadado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 19.

<sup>3</sup> Atualmente, duas são as formas de autotutela que permanecem em vigor no ordenamento pátrio: (i) desforço imediato da posse (artigo 1210 Código Civil), que consiste na possibilidade de o possuidor defender, de imediato e com suas próprias forças, o seu direito à posse, e (ii) legítima defesa (artigo 23, inciso II, Código Penal), considerada, nas palavras de Guilherme Nucci, “*uma defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando,*

O primeiro estágio fruto da presença do Estado na resolução das lides foi o da autocomposição<sup>4</sup>, momento em que as partes deixaram de lado a força e passaram a negociar racionalmente para buscar a solução dos conflitos.

A autocomposição está presente ainda nos dias atuais e suas duas principais espécies são a conciliação e a mediação.

Na mediação um indivíduo é eleito para ser o mediador<sup>5</sup>, cuja tarefa precípua é tentar aproximar as partes, sem exprimir juízo de valor, para que elas possam chegar a um acordo. O mesmo não ocorre na conciliação<sup>6</sup>. Aqui, para além de tentar aproximar as partes, o conciliador deve apresentar uma proposta concreta para a solução do litígio, a qual não possui caráter compulsório.

Outra forma de solução de conflitos em voga atualmente é a heterocomposição<sup>7</sup>. Nessa forma, as partes não têm qualquer ingerência com relação à solução da lide; o “solucionador” do problema é um terceiro que, para decidir a lide, está autorizado a impor sua vontade – de maneira fundamentada –, mesmo que esta seja contrária ao interesse das partes.

---

para tanto, moderadamente, os meios necessários”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242.

<sup>4</sup> Na lição de César Fiuza, “a autocomposição é a forma de solução de disputas, em que as partes, por si mesmas, põem fim às suas pendências. Não há, na autocomposição, como sugere o próprio nome, a intervenção de um terceiro mediador. As próprias partes, por meio de discussões e debates, buscam seus direitos, chegando a bom termo”. FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 45.

<sup>5</sup> “O mediador não julga, e não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções.” CAHALI, Francisco José Cahali. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

<sup>6</sup> Segundo conceito dado por Lília Sales, a conciliação é o “meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes”. SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 42.

<sup>7</sup> Na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções. A heterocomposição, que tanto pode ser estatal ou paraestatal, surge quando um terceiro intervém na disputa, por meio do julgamento togado, da arbitragem, da mediação e da conciliação, para tentar pôr termo à lide.” GUMIERI VALÉRIO, Marco Aurélio. *Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social*. Revista de Direito Privado. vol. 69/2016. p. 15-27. Set/2016, DTR\2016\23053, São Paulo.

Duas são as principais espécies de heterocomposição: a arbitragem e a jurisdição estatal.

Quanto à primeira, trata-se de meio alternativo de solução de conflitos, por meio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, particulares ou públicas, capazes de contratar, nomeiam um ou mais árbitros, através de uma convenção privada, para que eles fiquem incumbidos de solucionar a lide, cujo objeto deverá versar sobre direito patrimonial disponível.

No que toca à jurisdição estatal, tema que mais nos interessa para o desenvolvimento deste trabalho, suas características são parecidas àquelas existentes na arbitragem, com a ressalva de que i) o terceiro não é escolhido pelas partes, mas, sim, um indivíduo devidamente investido por lei, ii) o objeto da lide não é restrito a direitos patrimoniais disponíveis, iii) os indivíduos incapazes, desde que devidamente assistidos, podem fazer parte do processo judicial, e iv) o magistrado possui poderes coercitivos.

Há, nesse caso, a avocação do poder da jurisdição para o Estado, na figura do juiz (terceiro), que deve dizer o direito e solucionar o conflito através do processo<sup>8</sup>. O juiz, naturalmente, deve ser estranho ao conflito (terceiro) e desinteressado dele (imparcial).<sup>9</sup>

Ademais, no Brasil, salvo em casos excepcionais, previstos em lei (v.g. artigos 712, 738 e 744 do Código de Processo Civil), o juiz não pode iniciar o

---

<sup>8</sup> Sobre o tema, explicam Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que “*exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se.*” CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 132.

<sup>9</sup> Discorrendo sobre a jurisdição, Fredie Didier Junior ensina que “*(e)ssa aplicação substitutiva deve ser feita por terceiro imparcial. É da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (imparcial, aspecto subjetivo). Note que alguém pode ser terceiro em relação ao conflito, mas não ser desinteressado (um filho é terceiro em um conflito do pai contra outra pessoa, mas não é desinteressado). O órgão julgador tem de ser terceiro e desinteressado.*” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11.<sup>a</sup> ed., Editora JusPodivm, 2009, p. 69.

processo *ex officio*; deve, em seu lugar, aguardar a provocação da parte para iniciá-lo (princípios dispositivo e da inércia da jurisdição).<sup>10</sup>

É exatamente sobre esse meio de solução de conflitos, a jurisdição estatal, que tratamos nos próximos tópicos, percorrendo acerca dos modelos de estruturação de processo existentes ao redor do mundo, com ênfase na posição assumida pelo juiz em relação ao processo durante a fase instrutória.

Como demonstrado, há ao menos três modelos existentes atualmente: i) aquele em que é vedado ao juiz qualquer poder instrutório; ii) aquele em que são concedidos determinados poderes instrutórios ao juiz; iii) aquele em que são concedidos amplos e irrestritos poderes instrutórios ao juiz.

## **2.2 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO: INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO**

Pois bem. Uma vez iniciado o processo, a atenção se volta ao seu modelo organizacional. Nesse sentido, a despeito das críticas quanto à sua nomenclatura<sup>11</sup>, tradicionalmente a doutrina classifica em dois os modelos de estruturação de processo existentes na civilização ocidental, no que toca à atribuição de poderes ao juiz e às partes, a saber: adversarial (ou acusatório) e inquisitorial (ou inquisitivo).

O modelo adversarial é comumente relacionado aos países que adotam o *common law* e se traduz na ideia de competição entre duas ou mais partes que, assistidas por seus advogados e sob a presidência da figura de um juiz passivo, têm de provar as suas alegações, de acordo com os ônus que lhes são

---

<sup>10</sup> Essa é a expressa previsão contida no artigo 2.º do Código de Processo Civil, *verbis*: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo exceções previstas em lei”.

<sup>11</sup> Sobre as problemáticas existentes acerca dessas nomenclaturas: DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986; TARUFFO Michele, *Cultura y proceso en Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009; JOLOWICZ, John Anthony. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation*. On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 175-182.

correspondentes.

Como **Friedenthal, Miller, Sexton e Hershkoff** destacam, a principal característica do sistema adversarial é a síntese de dois pontos: i) total responsabilidade das partes para apresentar o caso, formas as questões que serão julgadas e produzir as provas e ii) posição neutra e passiva do juiz como afirmação de sua imparcialidade.<sup>12</sup>

Nesse modelo, a 'divisão de trabalho'<sup>13</sup> aparece bem definida: às partes, e exclusivamente a elas, incumbe a produção de prova de suas alegações e ao juiz, "convidado de pedra"<sup>14</sup>, incumbe a tarefa de decidir de acordo com os materiais probatórios que lhes foram franqueados<sup>15</sup>.

De acordo com **Luigi Ferrajoli**, caracteriza-se como acusatório todo sistema processual que conceba o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como uma disputa entre iguais iniciada pela acusação, que tem o ônus da prova, confrontada pela defesa em julgamento contraditório, oral e público e resolvido pelo juiz de acordo com sua livre convicção.<sup>16</sup>

Já no sistema inquisitorial, relacionado normalmente aos países optantes pelo *civil law*, não há clara distinção entre as funções dos sujeitos do processo;

---

<sup>12</sup> FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil procedure: cases and materials*. 11 ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 2. In: MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

<sup>13</sup> Sobre essa expressão, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Temas de Direito Processual (quarta série), São Paulo, Saraiva, 1989.

<sup>14</sup> Sobre o termo, Marianella Ledesma Narváez salienta: "*Bajo este sistema tradicional se justificaba la figura del "juez convidado de piedra" o "juez espectador, pues le estaba prohibido practicar pruebas de oficio, y que ella era labor privativa de las partes. Solo el juez tenía que conformarse con la buena o mala información que le suministraren estas.*" LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 29

<sup>15</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law*. Revista de processo, São Paulo, ano 33, n. 163, set/2008, p. 164.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989, p. 564.

não se sabe, ao certo, onde termina a tarefa de determinado sujeito processual e onde se inicia a outra.

É comum que, nesse sistema, o juiz detenha amplos poderes durante o desenvolvimento processual, principalmente na fase instrutória, sendo o protagonista ao lado das partes. Nesse modelo, ainda que as partes não requeiram a produção de provas, é autorizado ao juiz determiná-la de ofício – em maior ou menor escala, a depender do ordenamento jurídico analisado.

**Montero Aroca**, tecendo críticas ao processo inquisitivo, aponta que ele é uma contradição em seus próprios termos, pois nele não há um processo propriamente dito:

“El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*.”<sup>17</sup>

A grande diferença entre esses dois modelos está, portanto, na passividade do juiz, identificada no modelo adversarial, e na função ativa do magistrado, identificada no modelo inquisitorial.

Ademais, tal como observa **Fredie Didier Junior**, é comum relacionar o modelo adversarial com o princípio dispositivo e o modelo inquisitorial com o

---

<sup>17</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada na razón*. Valência, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 28-29.

princípio inquisitivo – ressalva o autor que princípio, aqui, é termo utilizado no sentido "fundamento/orientação preponderante". Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de inquisitividade; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a dispositividade.<sup>18</sup>

Ainda de acordo com esse mesmo autor, a dispositividade e a inquisitividade podem se manifestar em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. É possível que em relação a um tema o ordenamento adote o "princípio dispositivo" e, em relação ao outro, o "princípio inquisitivo".<sup>19</sup>

Os exemplos dados pelo autor, retirados do contexto processual brasileiro, evidenciam a combinação entre os dois modelos: a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (artigos 141, 312 e 492, do Código de Processo Civil). Já em relação à investigação probatória, o Código de Processo Civil admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (artigo 370).<sup>20</sup>

Disso resulta a constatação de que não existe modelo de processo puramente dispositivo (adversarial), tampouco puramente inquisitivo. Sobre esse último, **Michele Taruffo** assinala que não existiu, e atualmente não existe em

---

<sup>18</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, p. 91.

<sup>19</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, p. 91.

<sup>20</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, p. 91.

nenhum ordenamento jurídico um processo civil que pode ser considerado verdadeiramente como inquisitivo, ou seja, em que as partes não tenham direitos e garantias e todo o processo seja conduzido de ofício pelo juiz.<sup>21</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio, **Fredie Didier Junior**, citando a obra de **John Anthony Jolowicz**, assinala que não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Nesse sentido, o mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.<sup>22</sup>

A despeito de todas as críticas relacionadas à dicotomia adversarial-inquisitivo e mesmo diante da constatação de que não há modelo processual puramente inquisitivo ou adversarial, fato é que a sua utilização permanece em voga na academia e é útil para expor as diferenças existentes entre os modelos jurídicos adotados pelos países.

Se não são úteis para explicar o que acontece na prática – e realmente não são em muitos casos – servem, ao menos, para expor importantes conceitos jurídicos.

Há, ainda, um terceiro modelo de organização do processo que vem ganhando força nos últimos anos e que foi adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro: o modelo da cooperação. Nesse modelo, não há mais a figura de

---

<sup>21</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 160.

<sup>22</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, p. 92.

Ainda sobre esse tema, importante destacar a ponderação feita por Barbosa Moreira “*existirá, no mundo contemporâneo, sistema processual que se ajuste a esse modelo? Não seria adequado responder à pergunta sem primeiro advertir que modelos não costumam ver-se reproduzidos na realidade como substâncias “quimicamente puras”. A caracterização e a inclusão dos ordenamentos em categorias inspira-se em critério de predominância, não de exclusividade. Descrever um tipo é, forçosamente, pôr entre parênteses uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécime sua inconfundível singularidade. Cumpre ter em mente essa importantíssima ressalva ao ouvir ou ao ler qualquer exposição sobre o assunto.*” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Duelo e processo*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, n. 23, jan/jun, 2003, pp. 117-118.

apenas um protagonista; o processo se desenvolve, antes, com o equilíbrio de atuação das partes, do juiz e dos auxiliares da justiça, de modo que ele seja conduzido cooperativamente.<sup>23</sup>

A bem da verdade, o modelo cooperativo, utilizado no processo judicial contemporâneo, decorre do devido processo legal<sup>24</sup>, da boa-fé processual<sup>25</sup> e do contraditório<sup>26</sup>. Nesse modelo, o juiz não adota posição passiva, tampouco

---

<sup>23</sup> Sobre esse novo modelo processual, já destacou corretamente o STJ: “(...) 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.

8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao indispensável diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente “sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício” (MARIANI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209).

9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como também de democratização do processo e de legitimação decisória. (...)”

(STJ, 2.ª T., REsp 1676027-PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.9.2017, v.u., DJe 11.10.2017)

<sup>24</sup> Compartilhamos do entendimento de Nelson Nery Junior, para quem “(o) princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. (...) Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do devido processo legal a publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como os postulados do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110.

<sup>25</sup> “5. Dever de cooperação (Kooperationsmaxime). A cooperação e solidariedade processuais têm sua raiz no princípio da boa-fé (Morello. Prueba, p. 58), o qual, por sua vez, norteia a participação das partes no processo (v., p. ex. CPC 81, CPC/1973 16). A cooperação, a rigor, estaria inserida na regra de boa-fé, mas a sua explicitação neste artigo é muito importante, tendo em vista que as partes podem tender a certo individualismo quando da sua participação nos atos processuais, conduzindo-se de forma a privilegiar a sua versão dos fatos em detrimento da versão da outra parte – o que é autorizado pela famosa máxima de que o processo civil não privilegiaria a verdade real, ao contrário do que ocorre no processo penal.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.ª ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 5 CPC 6.º, p. 60.

<sup>26</sup> Nas palavras de Nelson Nery Junior “(a) garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo –, assim como também ao assistente litisconsorcial e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. (...) Ao juiz, como sujeito do processo, compete a participação ativa na observância do contraditório, pelo que se pode concluir que os litigantes têm a garantia, o direito ao contraditório, ao passo que o juiz tem o dever de lhes assegurar o contraditório.” NERY JUNIOR, Nelson.

exageradamente ativa; trata-se verdadeiramente de um meio de caminho em que se preza o diálogo processual e o respeito efetivo ao princípio do contraditório, que volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial.<sup>27</sup>

A ideia de cooperação também está presente na fase instrutória, momento em que o juiz pode determinar, ao lado das partes, a produção das provas que entende necessárias para o julgamento da lide. O juiz, portanto, deixa a posição de passividade e atua com mais vigor durante todo o *iter* processual.

É por meio dessa regra de condução de processo, cooperada e respeitando o contraditório, que o juiz deve exarar a sua decisão – essa sim, naturalmente, sem a participação das partes.

Ademais, como consequência do modelo cooperativo, há determinados comportamentos que são exigidos dos sujeitos processuais (deveres): i) deveres de esclarecimento: os demandantes devem redigir a demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; ii) deveres de lealdade<sup>28</sup>: as partes não podem litigar de má-fé, além de ter de observar o princípio da boa-fé processual; e iii) deveres de proteção: as partes não podem causar danos à parte adversa.<sup>29</sup>

Feitas todas essas explicações, nota-se que a marca diferenciadora entre os modelos processuais citados acima se refere à condução material e formal do

---

*Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 249-250.

<sup>27</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, p. 94.

<sup>28</sup> Citando Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ponderam que lealdade processual não é ônus, mas dever “*que deve ser observado pelas partes e seus procuradores. Caso a parte ou seu procurador descumpra o dever de probidade, fica sujeita à sanção repressiva do CPC 79 a 81, independentemente do resultado da demanda. O termo “parte” deve ser entendido em seu sentido lato, significando todo aquele que participa do processo, incluindo-se o assistente, o oponente, o litisdenunciado, o chamado ao processo (Arruda Alvim, CPCC, II, 122).*” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 2 CPC 6.º, p. 59.

<sup>29</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013, pp. 95-96.

procedimento pelo juiz<sup>30</sup>. Mais do que isso: refere-se também aos poderes instrutórios que são atribuídos ao juiz durante o curso do procedimento.

E, nesse contexto, o sistema adversarial confere exclusivamente às partes a tarefa de comprovar as suas alegações, cabendo ao juiz apenas a valoração daquelas provas que foram produzidas livremente por elas no decorrer processo.

Já no sistema inquisitivo a prova também é considerada meio de demonstração e do conhecimento da verdade dos fatos que, ao final do dia, resultará a prolação da chamada decisão justa; por essa razão, a atividade instrutória deixa de ser exclusivamente das partes e passa a ser também do magistrado.

Naturalmente, esse ‘ativismo probatório’ não será absoluto em nenhum sistema – ou ‘quimicamente puro’ tal como apontado por **Barbosa Moreira**. As bases que sustentam modelo inquisitivo são a presença desse ativismo em escalas variáveis e a verticalização da relação jurídica processual, assumindo o juiz posição de destaque.<sup>31</sup>

Por fim, no modelo cooperativo há a junção de traços do modelo adversarial com o modelo inquisitivo; os extremos são excluídos para se evitar exageros e, eventualmente, comprometer a função imparcial do juiz.

---

<sup>30</sup> Acerca do termo condução formal e material, leciona Pontes de Miranda que “a direção formal consiste em atos de o juiz ordenar o processo em sua marcha externa através da fixação de prazos, abertura e encerramento de audiências, oitiva de testemunhas etc. Por sua vez, a direção material trata da atuação do juiz para viabilizar que o material do processo se articule de modo que melhor se colha a verdade, esclareça as argumentações das partes e assim se obtenha uma visão conjunta de tais elementos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, v.2, p. 367 in CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 175-176.

<sup>31</sup> SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA.

### 3. DIREITO PROBATÓRIO

#### 3.1 PROVA: CONCEITO, FINALIDADE, OBJETO E DESTINATÁRIO

Na maioria dos casos, a fase instrutória do processo é a que ostenta maior importância<sup>32</sup>. Eis, nesse contexto, a famosa frase de **Jeremy Bentham**: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas”.<sup>33</sup>

É nesse momento que as partes poderão comprovar os fatos por elas alegados e o juiz, a depender do modelo adotado, também poderá requisitar a produção das provas que julgar pertinentes. É, ademais, com base nos resultados obtidos nessa fase, aliados aos fatos alegados pelas partes, que o juiz decidirá o processo de acordo com a formação de seu convencimento motivado.

Mas, afinal, qual seria o conceito exato de prova?

De acordo com **Fabiana Tomé**, não é aconselhável conceituar o termo prova em um único sentido, pois o seu significado pode variar de acordo com o instante em que ela é considerada.<sup>34</sup>

Para **Leonardo Greco**<sup>35</sup>, em artigo intitulado “o conceito de prova”, a prova pode ter as mais variadas concepções. De acordo com o autor, a prova pode ter uma concepção puramente processual (ancorado na lição de **Moacyr Amaral**

---

<sup>32</sup> Há, naturalmente, causas que não dependem de produção de prova alguma e, bem por isso, o artigo 355 I do Código de Processo Civil autoriza o julgamento imediato da lide pelo juiz, *verbis*: “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

*I - não houver necessidade de produção de outras provas;”*

<sup>33</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971. vol. I, p. 10.

<sup>34</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011, p. 76.

<sup>35</sup> GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 213-269.

**Santos**<sup>36</sup>, a prova seria o significado da soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo), uma concepção metajurídica (utilizando-se dos ensinamentos de **Jeremy Bentham**<sup>37</sup>, a prova, como meio de definição de fatos, dentro e fora do processo, seria fenômeno que o conhecimento humano faz uso em todas as áreas do saber), um sentido lógico (amparado em **Fernando Gómez Martín**<sup>38</sup>, a prova seria o processo mental através do qual se estabelecem as conclusões que derivam de certas premissas), um sentido vinculado com o sistema normativo (que, de acordo com **Carnelutti**<sup>39</sup> e **Devis Echandia**<sup>40</sup>, seria um conjunto articulado de regras jurídicas e princípios), uma noção de argumento/raciocínio jurídico (influenciado, aqui, pela retórica aristotélica) ou, por fim, uma noção de garantia (apta à descoberta da verdade objetiva como pressuposto da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos).

Por sua vez, **Arruda Alvim** aponta que prova é, ao mesmo tempo, meio, resultado e atividade. Nesse sentido, o conceito de prova seria o meio à disposição principalmente das partes e juridicamente aceito para convencer o juiz de determinados fatos alegados no curso do processo:

---

<sup>36</sup> “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo, Saraiva, 1983, p. 16.

<sup>37</sup> “...Se sigue de esta definición que las cuestiones relacionadas con la prueba tienen mayor extensión de lo que se piensa. Se presentan aún en circunstancias de la vida, en que ni siquiera se piensa que se está siguiendo un procedimiento lógico o, por así decirlo, judicial: el manejo de los asuntos domésticos se desarrolla enteramente sobre pruebas: nuestras más frívolas diversiones, suponen las más sutiles aplicaciones. Mirad un cazador: estas ligeras marcas sobre el cespèd, aquellas ramas quebradas, esas huellas sobre el suelo, estas materias imperceptibles que hieren su olfato, todo ello, es prueba suficiente de que la presa perseguida ha pasado por allí? Está ejerciendo el arte de juzgar sin conocer sus principios; razona por instinto, exactamente igual que Monsieur Jourdain escribía en prosa sin saberlo. El salvaje, qué digo?, incluso el animal saca de un hecho las conclusiones de otro. Juzga según reglas. MONTESQUIEU habría dicho según leyes naturales. Para las ciencias físicas se ha hecho un tratado del arte de observar. Es un tratado de las pruebas aplicado a un fin particular. Es el arte de sacar conclusiones justas de un hecho con respecto a otro: se trata de saber si todos los hechos observados corresponden entre sí.... Em todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin.” BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Comares: Granada, 2001, p.15-16

<sup>38</sup> GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Actuaciones profesionales em el ámbito judicial (Especial mención a la Prueba Pericial Contable)*. Barcelona: CEDECS, 2003. p. 22

<sup>39</sup> CARNELUTTI, Francesco. (La prueba civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 41.

<sup>40</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 26

“Há diversos conceitos jurídicos de prova, visto que prova é, ao mesmo tempo, *meio, resultado e atividade*. Os *meios* de prova são os instrumentos pelos quais se busca demonstrar a verdade de determinados fatos. Assim, por exemplo, a prova testemunhal, a prova pericial e a prova documental. A prova como *resultado* destes meios, *i.e.*, conduz à conclusão relativa à ocorrência ou não dos fatos objeto de prova. E a *atividade probatória* consiste na realização da prova em si, principalmente pelas partes e excepcionalmente pelo juiz.

Em resumo, pode-se afirmar que a prova consiste nos *meios*, definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico como idôneos a convencer (prova como *resultado*) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como *atividade*).<sup>41</sup>

Como ensina **José Frederico Marques**, “a prova é assim elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam as suas alegações.”<sup>42</sup>

Em **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, identificamos que a prova pode ser traduzida em “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 915.

<sup>42</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Instituições*, v. 3, p. 360 In NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Civil*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 182.

<sup>43</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 2 CPC 369, p. 957.

Nesse contexto, a prova serve, de um lado, como meio juridicamente aceito a corroborar os fatos controvertidos e relevantes alegados pelas partes e, de outro, também como meio juridicamente aceito, mas para convencer o juiz acerca desses fatos controvertidos e relevantes.

Daí a máxima de que “si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada” ou, ainda, “tanto vale no tener um derecho, como tenerlo y no poder probalo”.<sup>44</sup>

Já no que toca ao seu objeto, não são todos e quaisquer fatos alegados pelas partes que admitem a produção de prova. Para que ele seja objeto de prova, o fato deve ser relevante para o deslinde do processo e, ainda, controvertido entre as partes – leia-se, aqui, não apenas não admitidos, mas também negados.<sup>45</sup>

É por isso que, sempre fazendo a ressalva das provas legais<sup>46</sup>, não dependem de prova os fatos arrolados pelo artigo 374 do Código de Processo

---

<sup>44</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 5.

<sup>45</sup> É nesse sentido a lição de Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery e de Gildo dos Santos:

“Constituem objeto de prova os fatos pertinentes ao litígio e relevantes para a solução da causa. De um modo geral, somente são objeto de prova os fatos controvertidos, isto é, aqueles que são afirmados por uma parte e impugnados pela parte contrária.” ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*, 19.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 917.

“O fato probando, isto é, o fato objeto da prova, é o fato controvertido. É controvertido o fato afirmado por uma parte e contestado especificamente pela outra, vale dizer, não apenas não admitido, mas também negado (Carnelutti. *Prova*, p. 25, nota 19).” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.ª ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 11 CPC 369, p. 959.

“O objeto da prova é sempre um fato sobre que ele recai. Há de tratar-se, porém, de um fato controvertido, segundo a lição dos autos. Consideramos, todavia, que não basta trata-se de um fato controvertido, como quer o próprio Código de Processo Civil (art. 334, III), para que seja objeto de prova. É preciso que, além de controverso, seja relevante para a solução da lide. Se há um aspecto controverso, mas, apesar disso, não apresenta interesse ou relevância para a solução da lide, sobre ele não se há de fazer prova.” SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

<sup>46</sup> “É limite imposto à formação do convencimento do juiz. Quando a lei estabelece que somente por determinado meio se prova um fato, é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja. O estado da pessoa, por exemplo, somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil. Não pode o juiz considerar provado casamento, quando a demonstração desse fato tiver sido feita por testemunhas ou documentos que não a certidão do registro civil.” NERY JUNIOR, Nelson;

Civil, a saber: i) os fatos notórios; ii) os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, iii) os fatos admitidos no processo como incontroversos e iv) os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

Também não dependem de prova o direito (ou seja, a legislação invocada), salvo as exceções previstas no artigo 376 (direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário).

Esses dispositivos, aliados àquele que permite o julgamento antecipado da lide (artigo 355 do Código de Processo Civil), se coadunam à orientação do Código Processual vigente que, por sua vez, caminha no sentido da economia processual e da duração razoável do processo (artigos 4.º e 139 II do Código de Processo Civil).

Com relação aos fatos negativos, muito se propaga que eles não precisariam ser provados. Essa afirmação, no entanto, não representa uma verdade absoluta e, para desconstruí-la, é preciso esclarecer dois termos utilizados pela doutrina: fato negativo definido e fato negativo indefinido.

Exemplo de fato negativo definido se dá com a situação em que um indivíduo precisa provar que não estava em determinado local no dia e horário indicado pela parte contrária. Nesse cenário, o fato negativo poderá ser comprovado através do fato positivo em sentido oposto: basta o indivíduo comprovar que estava em outro local nesse mesmo dia e horário (fato positivo) para afastar a alegação (fato negativo) da parte adversa.

Há, entretanto, situações em que realmente a prova do fato negativo se torna materialmente impossível. Esses são os chamados fatos indefinidos e, como exemplo, pode-se imaginar acerca do ônus que recai sobre determinado indivíduo para demonstrar que ele nunca passou sobre determinada avenida. O

que obsta a prova desse fato é a sua indefinição e não simplesmente a circunstância de ele se tratar de um fato negativo.<sup>47</sup> Não há fato positivo em sentido oposto que comprove o fato negativo indefinido.

Por fim, deve-se pontuar que o destinatário da prova é o processo, e não o juiz.

Prova é circunstância objetiva, que independe do que o juiz pensa a respeito do fato (circunstância subjetiva). O fato se encontra ou não provado no processo, não nas considerações subjetivas do juiz. Feita a prova compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova; noutras palavras, provado o fato (circunstância objetiva), cabe ao juiz, aí sim, valorá-lo para decidir (circunstância subjetiva). O que comumente se diz a respeito do tema (“a prova é dirigida ao juiz”) é equívoco de lógica formal e de essência da filosofia e da ontologia do processo.<sup>48</sup>

Bem por isso que, ainda que o magistrado já esteja convencido sobre determinado fato, não poderá dispensar a realização da prova, sob pena de cerceamento de defesa, se esse fato for controvertido, relevante e, também, se não houver prova a respeito dele.

Há, ademais, para o julgador, o dever constitucional – e legalmente imposto – de indicar as razões jurídicas em função das quais acolhe ou rejeita determinada prova. Como pontua **Ovídio Baptista da Silva**, para que essa fundamentação seja completa, alcançando o nível de racionalidade exigido pela lei, faz-se necessário que ela abranja não apenas a versão aceita pelo julgador, mas também as razões pelas quais se recusou a versão oposta.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.

<sup>48</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 12 CPC 369, p. 959.

<sup>49</sup> BAPTISTA SILVA, Ovídio. *Fundamentos das sentenças como garantia constitucional*, in ABREU, Pedro Manoel e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (organizadores). *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 747 (destaques acrescidos).

Diante de todo esse contexto, é possível observar que o princípio do convencimento motivado do magistrado na apreciação das provas não lhe conferia a prerrogativa de ser arbitrário em sua valoração<sup>50</sup>. Assim, a valoração da prova<sup>51</sup> deve ser realizada em conformidade com os princípios constitucionais, em destaque, os da motivação, do contraditório e da ampla defesa.<sup>52</sup>

A respeito dos sistemas de valoração da prova, **Andrea Boari Caraciola** observa a existência de três e explica cada um deles:

“Três são os principais sistemas de valoração da prova no direito processual: o sistema da prova legal ou tarifada, no qual é a lei que preconcebe e fixa o valor da prova, vedada a valoração da prova pelo magistrado conforme critérios próprios; o sistema do livre convencimento puro, no qual o magistrado tem total liberdade para apreciar e valorar a prova, não havendo sequer necessidade de expor os motivos que lhe formaram convencimento; e, por fim, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, no qual se reconhece liberdade do julgador para apreciar e valorar a prova, com a condição de que, na decisão, exponha as razões de seu convencimento.”<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª. ed., Buenos Aires: Depalma, 1978, pp. 274/276.

<sup>51</sup> “*La valoración pretende establecer si las puebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado. Esta definición se centra en el resultado de la valoración que lleva a cabo el juzgador: un enunciado sobre los hechos está probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considera verdadero. A la inversa, un enunciado sobre los hechos es verdadero cuando se ha probado debidamente mediante las pruebas presentadas ante el tribunal (...). Del mismo modo, un enunciado sobre los hechos es falso cuando se ha probado que los hechos son inexistentes.*” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 132.

<sup>52</sup> Como bem aponta Andrea Boari Caraciola, o dever de motivação não deve ser interpretado de maneira restrita a apenas alguns pronunciamentos judiciais. Deve, antes, estar presente em todas as decisões judiciais, sem comportar exceção, sob pena de nulidade da decisão judicial. CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no código de processo civil*, São Paulo: LTr, 2010, p. 125.

<sup>53</sup> CARACIOLA, Andrea Boari et al. *Teoria geral do processo contemporâneo*, São Paulo: Atlas, 2016, p. 102.

Com efeito, é importante salientar que nem mesmo o artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 consagrava o princípio do livre convencimento em estado puro, mas sim estabelecia o princípio da valoração livre e motivada das provas, que afirmava a soberania judicial na análise das provas, possibilitando a manifestação do convencimento do julgador, desde que, sempre e necessariamente, ela viesse acompanhada de fundamentação plena e exauriente, como manda o artigo 93 inciso IX da Constituição Federal.<sup>54</sup>

Sobre a necessidade de corrigir essa perspectiva, observa **Lenio Streck** que a retirada do livre convencimento que vigorava no país foi responsável por encerrar um ciclo que tinha raízes no socialismo:

“Com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo. Desde o socialismo processual (Menger, Klein Bülow) se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois justificasse, como se a justificção ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia exatamente no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade (...)

Observe que não foi somente nesse dispositivo que ocorreu a substancial alteração. Também o art. 401 do Projeto oriundo do Senado que dizia ‘a confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz’. Isso desapareceu. E no art. 490 lia-se que ‘a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e de outra’. Agora, no §3º do art. 480, lê-se, ‘cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e outra’. Mais um indicativo da vontade explícita de retirar os

---

<sup>54</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 3 e 4 CPC 371, pp. 965-966.

resquícios do solipsismo do sujeito da modernidade no CPC/2015”.<sup>55</sup>

Assim, o magistrado não pode dispensar a prova pretendida pela parte, sob pretexto de já estar convencido dos fatos da causa. A prova é destinada para o processo, e não para o juiz. Tampouco pode dispensar a prova, porque tem conhecimento privado (técnico) acerca do *thema probandum*.<sup>56</sup>

O convencimento motivado possibilita que o magistrado realize valoração distinta em relação às provas dos autos bem como indefira a sua realização, desde que pratique essas condutas de forma motivada.

De acordo com **Andrea Boari Caraciola**:

“Nesse sentido, pelo exame das razões declaradas pelo juiz na motivação do ato judicial, translúcidas devem exsurgir a imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão, a observância do contraditório, bem como e, principalmente, a análise de todas as questões de fato e de direito pelas partes suscitadas e debatidas na relação processual, advindo, daí, a imbricação com o princípio da congruência

(...)

Destarte, o magistrado tem liberdade para realizar a análise e exame crítico das provas constantes dos autos tendo em vista formar a sua convicção acerca dos fatos trazidos à sua apreciação, devendo, no entanto, ao estruturar formal e materialmente o julgado, expor as razões que o levaram a decidir de uma forma ou de outra,

---

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao art. 371*, In: STRECK, Lenio Luiz (ORG). et. alii. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, coment. n. 2.2 CPC 371, p. 552.

<sup>56</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 12 CPC 369, p. 959.

em observância ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional”.<sup>57</sup>

Expostos, assim, os principais pontos atinentes à prova, demonstramos a seguir os princípios constitucionais e processuais que regem as provas no direito processual brasileiro.

### **3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS QUE REGEM AS PROVAS**

O direito à produção de prova está previsto tanto na Constituição Federal como nas legislações infraconstitucionais e constitui-se direito fundamental, eis que as partes têm o direito de se defender dos fatos (contraditórios e relevantes) alegados pelo oponente.

Dessa constatação decorrem consequências para as partes e para o juiz.

Para as partes, o direito fundamental à prova tem o condão de autorizar a produção de todas as provas, típicas e atípicas, necessárias ao julgamento da lide. Noutras palavras, não deve haver limitação injustificada pela lei ou pelo juiz acerca do pedido de produção de prova requerido pelas partes. Já para o juiz, o direito fundamental à prova o obriga a autorizar que a parte produza todos os meios de prova admitidos no direito, negando apenas aqueles que não se coadunam com a norma jurídica ou, ainda, que se mostrarem inúteis (sempre, é claro, de maneira devidamente fundamentada).<sup>58</sup>

Conforme já tiveram a oportunidade de pontuar **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, comentando o artigo 212 do Código Civil, que

---

<sup>57</sup> CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no código de processo civil*, São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

<sup>58</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

versa sobre as provas à disposição das partes, o rol elencado nesse artigo é meramente elucidativo; significa dizer que não estão excluídos de prova outros meios que não os listados neste artigo.<sup>59</sup>

Com efeito, constitucionalmente, regem as provas os princípios da ampla defesa e contraditório e da proibição da prova ilícita, previstos, respectivamente, no artigo 5.º da Constituição Federal, incisos LV e LVI.

Para além do que já foi dito nos parágrafos anteriores, o respeito ao contraditório e ampla defesa durante fase instrutória pode ser verificado a partir dos artigos 466 § 1.º e 474, ambos do Código de Processo Civil, que regulam a prova pericial. Esses artigos têm o condão de assegurar o contraditório em sua totalidade, sendo certo que por contraditório deve se estender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e da obrigação de informar (*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações.<sup>60</sup>

Ademais, a garantia do contraditório compreende, para o autor, a possibilidade de poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir.<sup>61</sup> Para tanto é preciso dar as mesmas oportunidades para as partes (*Chancengleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer em juízo os seus direitos.

---

<sup>59</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 14.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, coment. 2 CC 212, p. 634.

<sup>60</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, n. 24, p. 250.

<sup>61</sup> ROSENBERG, Leo, SHWAB, Karl Heinz e GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht*, 17.ª ed., München: Beck, 2010, § 82, III, pp. 524/526.

A ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório. O conteúdo desse princípio significa, para o autor, poder alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e o conteúdo do processo e poder fazer-se ouvir.

Em **Andrea Boari Caraciola** notamos que o contraditório exsurge no cenário processual como “expressão dialética do processo, a revelar, a par do binômio informação-possibilidade de reação, o diálogo entre os sujeitos do processo para a formação do provimento jurisdicional.”<sup>62</sup>

Ainda sobre esse ponto, **Flávio Yarshell**, já na vigência do CPC/1973, destacava ser viciada a prova produzida sem a presença do juiz ou das partes, sendo o contraditório verdadeira condição de eficácia da prova:

“O contraditório também deve estar presente no decorrer da produção da prova. Não basta que se dê ciência à parte de prova produzida sem sua participação (ressalva feita à formação da prova documental, por sua própria condição de ser prova pré-constituída).

O contraditório, assim, é verdadeira condição de eficácia da prova, sendo viciada tanto a prova colhida sem a presença do juiz, quanto a colhida sem a presença das partes. Por essa razão que se diz que, em princípio, não possuem eficácia probatória os elementos informativos se tiverem sido colhidos sem a possibilidade efetiva e real de participação dos interessados na produção daquela prova, ou seja, os sujeitos que podem sofrer os efeitos do provimento a ser editado no processo.

Isso tem particular importância em matéria de prova pericial, na qual o contraditório se aperfeiçoa pela possibilidade da participação de assistentes técnicos

---

<sup>62</sup> CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no código de processo civil*, São Paulo: LTr, 2010, p. 113.

(CPC, arts. 429 e 433, parágrafo único). Esse é o motivo pelo qual as partes devem ser previamente informadas da data e local da perícia (CPC, art. 431-A). Com isso evitam-se diligências e atos secretos, permitindo-se que as partes e seus assistentes participem, diretamente, da produção da prova”.<sup>63</sup>

Ou seja, o órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo, inclusive (e principalmente) durante a fase instrutória<sup>64</sup>.

Ademais, tal como pontua **Carlos Alberto de Salles**, o direito à prova corresponde i) ao direito à produção probatória (compreendida com a disponibilidade de utilização dos meios no escopo de demonstração da ocorrência ou inoccorrência de determinado fato), ii) ao tratamento em contraditório (ciência acerca de determinada prova, oportunidade de manifestação e contraprova) e iii) à correta valoração da prova (adequada análise e consideração pelo juiz, de forma fundamentada).<sup>65</sup>

No que respeita à proibição da produção de prova ilícita, ela pode ser entendida como uma limitação ao princípio da liberdade dos meios de prova. É dizer: está autorizada a ampla produção probatória, desde que atendidos alguns requisitos, dentre os quais se destaca a proibição de que a prova tenha sido obtida ilicitamente.

---

<sup>63</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 1.ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014, n. 73, p. 109.

<sup>64</sup> De acordo com Marianella Ledesma Narváez, “*Las partes tienen derecho a conocer, a controlar y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas al proceso. Las tachas y las oposiciones constituyen los mecanismos para ese control. Es una posibilidad que tiene el sindicado o demandado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y ofrecido por el actor como prueba y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa.*” LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 16.

<sup>65</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Transição paradigmática na prova processual civil*. In: SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

Acerca do tema, é de sabença que a ilicitude de uma prova tem o condão de contaminar todas as demais provas dela originadas – ainda que essas últimas tenham sido produzidas licitamente. Isso porque, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, as informações estariam contaminadas desde a sua gênese, de modo que as prova lícitas derivadas também teria a pecha de ilicitude.<sup>66</sup>

Essa regra de contaminação comporta exceção se, aparentemente derivadas de prova ilícita, possuírem outra fonte – lícita – de conhecimento – é o que se denomina de fonte aparente – ou, ainda, caso o juiz verifique que o rumo natural das investigações/instrução fosse conduzir inevitavelmente à conclusão que se chegou a partir da prova ilícita – é o que se denomina descoberta inevitável.<sup>67</sup>

Diz-se, na doutrina, que o princípio da proporcionalidade é o responsável por ‘temperar’ aquilo que será admitido mesmo obtido ilicitamente daquilo que não poderá ser aproveitado.<sup>68</sup>

Quanto aos princípios processuais relacionados à prova, há pelo menos quatro: i) do convencimento motivado do juiz, ii) da oralidade, iii) da imediação, e iv) da aquisição processual (ou comunhão de prova).

De acordo com o princípio do convencimento motivado – ou da persuasão racional – o juiz está obrigado a ater-se aos fatos alegados pelas partes e ao material probatório produzido durante o curso processual, vedada a utilização de ciência privada ou conhecimento prévio, para proferir a sua decisão que, naturalmente, deverá ser motivada de maneira suficiente.

---

<sup>66</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 927.

<sup>67</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 927.

<sup>68</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 13 CPC 369, p. 959.

No que toca ao princípio da oralidade, estabelece o artigo 361 do Código de Processo Civil que as provas devem ser realizadas preferencialmente na audiência de instrução e julgamento, possibilitando ao juiz que, na mesma oportunidade, prolate sentença.

Já com relação ao princípio da imediação, entende-se que o juiz deve ter acesso fisicamente a todos os meios de prova para que conheça pessoalmente o material probatório coletado; não se pode substituir a atuação do juiz por funcionário judicial, uma vez que é o juiz o responsável por formar o seu convencimento dos fatos relevantes e controvertidos e obter a convicção necessária ao julgamento do caso.<sup>69</sup>

O último princípio diz respeito à aquisição processual (ou comunhão das provas), que reforça a nossa posição de que a prova é destinada ao processo, e não ao juiz. Em atenção a esse princípio, uma vez produzida, a prova é adquirida pelo processo, independentemente de quem a tenha produzido. Isso significa dizer que a parte que produziu a prova não está autorizada dela desistir ou renunciar; uma vez produzida, o seu ingresso no processo deverá ser considerado pelo juiz no momento de sua valoração e na formação de seu convencimento motivado.<sup>70</sup>

### 3.3 ÔNUS DA PROVA

É de sabença que o instituto processual do ônus da prova se caracteriza como sendo o encargo<sup>71</sup> que a parte tem, no processo, de produzir a prova

---

<sup>69</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 16.

<sup>70</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

<sup>71</sup> “A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.” NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 20.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 2 CPC 373, p. 969.

necessária para fundamentar suas afirmações sobre fato relevante para a aplicação do preceito jurídico relativo à sua pretensão,<sup>72</sup> tendo como finalidade obter o ganho de causa. Assim, ensina **Gian Antonio Micheli**<sup>73</sup> que o ônus da prova está fundado sobre a necessidade prática de que cada uma das partes alegue e prove, no processo, aqueles fatos sobre os quais a norma jurídica vincula o efeito desejado.<sup>74</sup>

É o encargo cuja inobservância pode colocar o indivíduo numa situação de desvantagem processual e, por essa razão, costuma-se afirmar que o indivíduo incumbido do ônus tem o interesse de observá-lo – justamente para evitar o resultado desfavorável que pode advir dessa situação.<sup>75</sup>

A finalidade do instituto é a de viabilizar o julgamento, atribuindo, por um lado, o encargo a uma das partes de produzir a prova e, por outro, carregando-lhe os ônus processuais pela eventual insuficiência das provas produzidas.<sup>76-77-78</sup>

---

<sup>72</sup> CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008, pp. 181/182.

<sup>73</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, Padova: Cedam, 1966, p. 59. Também afirma o autor que “*la determinazione del thema probandum, eppertanto l'ambito dell'onere della prova, viene così fissata, tenendo conto della pretesa avanzata da ciascuna parte in giudizio, dal rapporto che corre tra la parte e l'effetto giuridico richiesto, nel senso che si vedrà a suo luogo.*” MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1966, p. 442.

<sup>74</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p.15.

<sup>75</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, pp. 106-107.

<sup>76</sup> SERRANO NUNES JR., Vidal Jr. e SERRANO, Antônio Carlos Alves Pinto. *Direito do consumidor*, In SERRANO NUNES JR., Vidal (coord.). *Manual de Direitos Difusos*, São Paulo: Verbatim, 2009, p. 227.

<sup>77</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p.11.

<sup>78</sup> De acordo com Michele Taruffo, “*La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados. Por ello, las reglas en las cuales se articula el principio se definen en Alemania como Hilfsmitteln o como Operationsregeln, previstas sólo para el caso de falta de prueba de los hechos. Desde una perspectiva diferente, pero coincidente, esas reglas se conciben como criterios acerca del <riesgo de no persuasión>, pues prevén las consecuencias de no convencer al tribunal de la ocurrencia de un hecho principal. Según una elocuente definición, estas reglas son un puente entre la situación de falta de prueba de los hechos y la aplicación de la norma substantiva que rige el caso, porque evitan que el tribunal decida indebidamente la causa aplicando la norma substantiva en una situación en la que no podría ser aplicada.*” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 146.

De se pontuar que o conceito de ônus não deve ser confundido com o conceito de obrigação. A obrigação reclama uma conduta que deve ser adotada por um indivíduo e que, caso não adotada – inadimplida –, pode ser coercitivamente dele exigida. Ademais, o descumprimento da obrigação pode resultar, ainda, sanção pecuniária; noutras palavras, o seu descumprimento pode acarretar um ato ilícito, danoso e sancionável. Nada disso acontece com o ônus; seu descumprimento, aqui, acarreta apenas os efeitos processuais negativos dele advindos – v.g. menor chance de o juiz acolher as alegações da parte que alegou determinado fato.<sup>79</sup>

A diferença entre os dois termos também está clara na definição exposta por **Alfredo Buzaid**: “obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação, ou sujeição”<sup>80</sup>

Bem por isso que o ônus deve ser entendido como uma faculdade da qual resulta a consequência lógica e processual de seu atendimento – ou não. Justamente por ser uma faculdade, não necessariamente o seu descumprimento implicará um resultado desfavorável, uma vez que a prova produzida pela parte contrária pode beneficiá-lo.

Assim, não é totalmente verdadeira a afirmação de que a parte que não se desincumbiu do ônus da prova terá, em todos os casos, resultado desfavorável em sua demanda.<sup>81</sup> Por isso preferimos adotar a afirmação posta por **Marianella**

---

<sup>79</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 45.

<sup>80</sup> BUZOID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, jan.-dez 1962. pp. 126-127.

<sup>81</sup> Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 178-179.

**Ledesma Narváez:** “la carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular”.<sup>82</sup>

O ônus da prova pode ser analisado, ainda, sob dois aspectos distintos, que a doutrina costuma denominar de aspecto subjetivo do ônus da prova e aspecto objetivo do ônus da prova.

Sob o aspecto subjetivo, o ônus da prova se destina às partes e permite dar conhecimento a elas – como exige o contraditório – acerca de qual delas é encarregada de provar determinado fato, sob pena de sofrer as consequências lógicas processuais se não se desincumbir.<sup>83</sup> Já no que toca ao aspecto objetivo do ônus da prova, pode-se afirmar que ele é destinado ao juiz, que deve julgar o caso de acordo com as provas produzidas nos autos – valoração –; trata-se, pois, de regra de julgamento – ou de juízo –<sup>84-85</sup> que estabelece qual das partes sofrerá com as consequências processuais advindas do fato de não ter se desvencilhado do encargo, justamente para se evitar o *non liquet*.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 36.

<sup>83</sup> “*O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na construção da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)*”. MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – segunda série, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 74-75.

<sup>84</sup> “*A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)*”. MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – segunda série, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 74-75.

<sup>85</sup> “*O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.*” NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 3 CPC 373, p. 969.

<sup>86</sup> “*A vedação ao non liquet, reconhecida pela ordem processual inaugurada com o Código de Processo Civil de 1973, obsta ao julgador esquivar-se de seu múnus público de prestar a adequada tutela jurisdicional, com fundamento exclusivo na impossibilidade de formação de seu livre convencimento.*” NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, diversos CPC 140, p. 526.

O artigo 373 do Código de Processo Civil é expresso em dispor, como regra geral (*ope legis*), a distribuição estática do ônus da prova, de acordo com a qual que o ônus da prova de comprovar o fato constitutivo do direito é do autor da demanda, cabendo ao réu provar tão somente fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O fato constitutivo é o fato gerador que dá suporte à pretensão deduzida pelo autor em juízo que, enquadrado em determinada hipótese normativa, cria situação jurídica da qual ele afirma ser o titular. Como é de seu interesse, compete a ele, autor, o ônus de provar esse fato.

Já o réu, por sua vez, pode se defender simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor ou, ainda, trazendo novos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado pelo autor. Por serem de interesse do réu, cabe a ele o ônus de provar esses novos fatos.

O fato impeditivo é aquele capaz de obstaculizar a pretensão do autor, impedindo que o fato constitutivo produza efeitos (*v.g.* a incapacidade, o *venire contra factum proprium*, o desequilíbrio contratual etc).

O fato modificativo, por sua vez, é aquele capaz de alterar o direito do autor e, conseqüentemente a sua pretensão. Aqui, a pretensão do autor não fica obstaculizada, tampouco extinta; há a mera alteração (*v.g.* novação, pagamento parcial etc).

Já o fato extintivo é aquele capaz de fulminar o direito do autor e, conseqüentemente, extinguir também a sua pretensão (*v.g.* prescrição, decadência, pagamento integral, compensação etc).

Essa, a distribuição estática do ônus da prova, é a regra geral disposta no Código de Processo Civil<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> “11. Regra geral. Distribuição legal do ônus da prova. Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). Incumbe ao autor a prova do ato ou fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos

Todavia, nosso ordenamento jurídico admite também a flexibilização dessa regra, autorizando, em determinadas hipóteses, a alteração dos encargos probatórios destinados às partes. Assim, em casos excepcionais, pode haver a inversão do ônus da prova ou a sua atribuição de maneira dinâmica.

Ademais, a inversão do ônus da prova pode ser de três espécies: convencional, legal e judicial.<sup>88</sup>

Denomina-se convencional a inversão decorrente da livre manifestação convergente de vontades das partes litigantes, antes ou durante o processo, desde que não seja realizada nas relações de consumo (artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor), não recaia sobre direitos indisponíveis (artigo 373 § 3.º inciso I do Código de Processo Civil), não torne excessivamente difícil à parte o exercício de seu direito (artigo 373 § 3.º inciso I do Código de Processo Civil).

Já a inversão do ônus da prova de modo legal se caracteriza quando a própria lei, em abstrato e sem exigir análise do juiz, afasta as regras gerais de ônus da prova em determinada situação.

A inversão judicial ocorre quando a lei expressamente permite ao juiz distribuir, no caso concreto e desde que observados alguns requisitos, o ônus da prova de modo diverso da regra legal geral. Trata-se, portanto, de obra do juiz (*ope iudices*). Nesse ponto, importante ressaltar que deverá ser comprovada a hipossuficiência probatória da parte para que ocorra a inversão do ônus da prova, o que não se confunde com a hipossuficiência econômica. Isso significa dizer que o simples fato de uma parte estar assistida pelo benefício

---

*impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. “L’attore deve provare i fatti costitutivi, che sono il fondamento della sua domanda; toca pou al convenuto provare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi che possono giustificare il rigetto della domanda dell’attore” (Liebman. Manuale, n. 156, p. 135). Essa distribuição legal, objetiva, do ônus da prova é a regra geral do sistema probatório do processo civil brasileiro.” NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 20.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 11 CPC 373, p. 971.*

<sup>88</sup> CURY, Augusto Jorge. *Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial*. Revista de Processo | vol. 277/2018 | p. 79 - 110 | Mar / 2018 | DTR\2018\8982.

da Justiça Gratuita não a impede de produzir prova pericial e não é suficiente, por si só, para inverter o ônus.

A inversão do ônus da prova ou a sua distribuição dinâmica são, pois, exceções à regra, que somente tem aplicação quando há expressa previsão legal nesse sentido.

Exemplo dessa expressa previsão é aquela contida no artigo 6.º inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe expressamente referido artigo ser direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Assim, a inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor é condicionada à análise do juiz e, alternativamente, à análise da hipossuficiência do consumidor<sup>89</sup>, que está relacionada à impossibilidade ou à extrema dificuldade dele para produzir prova de determinado fato ou da verossimilhança das alegações, relacionada à probabilidade de veracidade dos fatos alegados pelo consumidor.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> De acordo com Bruno Miragem, “*não se deve confundir os significados de hipossuficiência e vulnerabilidade. Todos os consumidores são vulneráveis, em face do que dispõe o artigo 4.º, I, do CDC, constituindo-se a vulnerabilidade em princípio basilar do direito do consumidor. Já a hipossuficiência é uma circunstância concreta, não presumida a priori, de desigualdade com relação a contraparte, e que no processo se traduz pela falta de condições materiais de instruir adequadamente a defesa de sua pretensão, inclusive com a produção das provas necessárias para demonstração de suas razões no litígio. Na maior parte dos casos é correto identificar na ausência de condições econômicas a causa da impossibilidade fática de realizar a prova e sustentar sua pretensão. Mas não é, certamente, a única causa. Considerando o modo como se desenvolvem as relações de consumo, a impossibilidade de o consumidor demonstrar suas razões pode se dar, simplesmente, pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram em seu poder, mas sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito de não produzir provas contra seus próprios interesses. Nesta situação, não se trata de causa econômica que impeça a produção da prova, mas impossibilidade fática decorrente da ausência de condições – inclusive técnicas – de sua realização, em razão da dinâmica das relações de consumo, cujo poder de direção e o conhecimento especializado pertencem, como regra, ao fornecedor.*” MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 309-310.

<sup>90</sup> Para Bruno Miragem “*a verossimilhança se estabelece a partir de um critério de probabilidade, segundo os argumentos trazidos ao conhecimento do juiz, de que uma dada situação relatada tenha se dado de modo igual ou bastante semelhante ao conteúdo do relato. Ou como propõe Antônio Gidi, verossímil é o que tem aparência de verdade, o provável, que deste modo não contrarie a norma jurídica, ou regras de experiência comum.*” MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 314.

Além das causas relacionadas ao direito do consumidor, há a possibilidade de haver a inversão do ônus da prova nas causas cujo objeto não seja direito do consumidor (o que, por se tratar de exceção à regra, deve ser sempre aplicado com redobrada atenção)<sup>91</sup>.

A regra estática, no Direito Processual Civil, sempre foi alvo de preocupação na doutrina e jurisprudência, uma vez que a distribuição prevista em lei (de maneira abstrata) poderia ocasionar situações extremamente dificultosas ou até impossível à parte sobre a qual recaía o ônus probatório (prova diabólica<sup>92</sup>). Por essa razão, a teoria da carga dinâmica das provas permite a flexibilização dessa regra com base nos princípios da igualdade, da lealdade e da cooperação processual.<sup>93</sup>

Nesse sentido, o artigo 373 § 1.º estabelece que “(n)os casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Complementa, em seguida, o § 2.º deste mesmo artigo: “(a) decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

---

<sup>91</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 18 CPC 373, p. 972.

<sup>92</sup> “Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito””. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 114.

<sup>93</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*, 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 947-948.

Assim, por meio de decisão fundamentada<sup>94</sup>, isto é, que atenda aos critérios exigidos pelo artigo 93 inciso IX da Constituição Federal e artigo 489 § 1.º do Código de Processo Civil, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral quando verificar, no caso concreto, de um lado, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo probatório e, de outro, a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário<sup>95</sup>.

Naturalmente, caso a inversão ocasione a impossibilidade efetiva da produção de prova – prova diabólica –, ela não poderá ser autorizada – é o que dispõe expressamente o § 2.º transcrito acima.

Por fim, o momento para que ocorra a inversão do ônus da prova ou a sua distribuição dinâmica é antes da prolação da sentença, justamente para que, atendendo a parte final do artigo 373 § 1.º, que privilegia o contraditório, a parte possa ter a oportunidade de se desincumbir desse encargo.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Interessante, nesse ponto, é a observação feita por Eduardo Cambi, citado por Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do onus probandi para todos os fatos que beneficiam o consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica” CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 420 In DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 124.

<sup>95</sup> “A facilidade na obtenção da prova a que a lei se refere está relacionada com o conhecimento técnico a respeito de determinado assunto, como ocorre na hipótese do já lembrado erro médico. Também é possível imaginar que, por estar localizado em determinada região, o réu tenha mais facilidade para produzir a prova do que o autor teria, em virtude. Na mesma linha, se uma das partes é deficiente física ou portadora de grave doença, parece correto afirmar que eventuais deslocamentos para a produção de provas devam ser feitos pela parte que não possuir esses problemas.” BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 54

<sup>96</sup> “O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 125.

## 4. PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO

### 4.1 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO ESTRANGEIRO

A despeito das características peculiares existentes nos ordenamentos jurídicos de cada país no que se refere aos poderes instrutórios do juiz, a doutrina costuma classificá-los, didaticamente, em três tipos de modelos: i) os que proíbem os poderes instrutórios do juiz, ii) os que autorizam a iniciativa probatória em determinadas situações e iii) os que conferem amplos poderes instrutórios ao juiz.

Entre aqueles países que proíbem a concessão de poderes instrutórios ao juiz destacam-se Espanha, Inglaterra e Estados Unidos, todos eles sob forte influência do princípio dispositivo. Nesses países, é conferida exclusivamente às partes o papel de protagonistas do processo, ao passo que o juiz atua como mero espectador que, ao final, terá a função de decidir o caso de acordo com as provas que tiverem maior aderência aos argumentos do autor ou do réu.

O juiz, portanto, permanece inerte frente à atuação das partes durante o curso do processo; são elas, através de seus advogados, as únicas responsáveis pelo sucesso da demanda.

De acordo com o processualista espanhol **Juan Montero Aroca**, defensor do liberalismo, agiu com acerto o legislador da Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ao limitar os poderes instrutórios do juiz e atribuir esse ônus às partes.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> MONTERO AROCA, Juan (coord). *Proceso civil e ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 16.

José Roberto dos Santos Bedaque lembra que há vozes importantes na doutrina espanhola discordando dessa limitação dos poderes instrutórios do juiz, a exemplo de Joan Picò i Junoy, que fundamenta sua argumentação na garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, *verbis*: “*In definitiva, in virtù delle citate previsioni costituzionali, deve darsi una lettura della nuova LEC, che conceda ai giudici e ai magistrati i meccanismi adeguati per poter concedere una più giusta tutela dei diritti e degli interessi in conflitto.*” PICÒ I JUNOY, Joan. *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, p. 76 in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 84.

Realizando uma análise detalhada sobre o sistema processual espanhol, **Daniel Penteado de Castro** aponta que a vedação dos poderes instrutórios pode ser observada a partir da leitura dos artigos 434, 435 e 436 da Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. De acordo com esses artigos, diz o autor, as chamadas *providencias para mejor proveer* (com vistas a esclarecer dúvidas antes do julgamento) só podem ser realizadas, por iniciativa exclusiva das partes, após a fase regular de instrução probatória, salvo, é claro, a existência de fatos ou provas supervenientes.<sup>98</sup>

A única disposição da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 que mais se aproximaria ao poder instrutório do juiz é aquela disposta no artigo 429. De acordo com os §§ 3º e 4º do item 1 deste artigo, quando o tribunal considerar que as provas propostas pelas partes possam ser insuficientes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, advertirá as partes, indicando o fato ou fatos que, em sua opinião, poderiam ser afetados pela insuficiência da prova. Ao efetuar essa manifestação, o tribunal, limitando-se aos elementos probatórios cuja existência resulta dos autos, pode também indicar a prova ou provas cuja prática considere conveniente. Nesse caso, as partes podem completar ou modificar as suas propostas de provas, tendo em consideração a declaração feita pelo tribunal. Contudo, caso as partes quedem-se inertes, o órgão jurisdicional não pode produzir a referida prova de ofício.<sup>99</sup>

Trata-se, assim, de mera sugestão do juiz espanhol, e não de determinação para que as partes produzem aquela prova por ele apontada como necessária à formação de seu convencimento motivado.

---

<sup>98</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 202.

<sup>99</sup> GOMES DE QUEIROZ, Pedro. O poder do juiz de produzir prova de ofício. *Revista de Processo* | vol. 304/2020 | p. 179 - 200 | Jun / 2020 DTR\2020\7321.

Ao analisar o mesmo artigo 429 da Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Michele Taruffo assinala que “*es cierto que prevé únicamente una especie de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que dicha sugerencia está dotada de una importante fuerza persuasiva*”. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 172.

Na Inglaterra, outro país em que as partes são vistas como as verdadeiras protagonistas do processo, vigorava, até o ano de 1999, a tradição plurissecular de que o juiz nunca indicava de ofício a produção de provas. Com o advento do *Rules of Civil Procedure*, promulgado em 26 de abril de 1999, o juiz passou a ter maiores poderes de direção do processo, mas nada se alterou no que se refere aos poderes instrutórios de ofício.<sup>100</sup> Ou seja, vê-se crescente tendência do direito inglês nos poderes instrutórios do juiz, a despeito da manutenção da rígida estrutura contida no sistema adversarial.<sup>101</sup>

O direito processual civil norte americano talvez seja o que melhor se encaixe na definição de modelo adversarial: lá, o processo se desenvolve com as partes figurando como protagonistas, principalmente durante o *discovery*, e o juiz como mero árbitro responsável por exarar, ao final, a sua decisão devidamente fundamentada.<sup>102</sup>

Há verdadeira repulsa aos traços do sistema inquisitorial, de modo que o juiz age como se árbitro fosse, aguardando a apresentação dos fatos e das provas que são de incumbência exclusiva das partes.

No segundo grupo estão aqueles países em que os poderes instrutórios do juiz são permitidos em determinadas situações. Exemplos desses casos podem ser observados na Itália e na Alemanha.

---

<sup>100</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 170.

<sup>101</sup> CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 205.

<sup>102</sup> “Diferentemente, o direito processual norte-americano mantém-se fiel a tradição, especialmente porque seu sistema tem um procedimento chamado *Discovery*, em que os advogados podem explorar previamente, fora do âmbito judicial, as provas existentes, interrogando testemunhas, consultando documentos, realizando exames médicos, em profundo trabalho investigatório preparatório para o trial. (...) A revelação de todas as provas deve ocorrer 30 dias antes do início do julgamento (*disclosure*). “O autor pode desistir da ação (*dismissal*) antes do início do julgamento (*before trial*). De qualquer modo, realiza-se uma conferência que antecede o julgamento (*pretrial conference*). Essa é dirigida ao juiz e tem como objetivo verificar se as partes estão prontas, se há acordo, desistência. A *pretrial conference* presta-se a apurar a qualidade do julgamento que se lhe segue. A parte, em seguida, requer que data para o julgamento (*trial*) seja definida, indicada no *law calendar*. Segue-se em dia marcado para a sala de julgamento (*judge’s court*), em que há “debates, testemunhos e provas”, em que se “reproduzem a síntese do *discovery*”.” SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 230.

No que toca ao modelo italiano, há uma tentativa de equilíbrio, buscando a figura de um juiz regulador ideal diante de cada caso concreto<sup>103</sup>. O juiz italiano está restrito aos limites da lide, mas possui o chamado ‘poder qualificativo’, o que significa dizer que ele está sujeito ao princípio da legalidade, mas não está adstrito à qualificação jurídica dada pelas partes.<sup>104</sup>

Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no direito italiano, **Michele Taruffo** observa que em razão do reconhecimento da disponibilidade das provas, prevista no artigo 115 e do reconhecimento do princípio dispositivo por outras normas, a atribuição de alguns poderes de instrução ao juiz foi modesta, limitada e não chegou ao extremo de conferir ao juiz poder absoluto e autoritário.<sup>105</sup>

No que se refere ao processo civil alemão, os poderes instrutórios do juiz aumentaram significativamente com a reforma ocorrida no ano de 2002, em que foi concedida ao juiz a direção e o impulso formal e material do processo. Atualmente, o juiz alemão pode dispor de ofício de todos os meios de prova, com a única exceção da prova testemunhal. Trata-se, portanto, de uma iniciativa *cuasigeneral* concedida ao juiz que desempenha uma figura mais ativa na condução do processo.<sup>106</sup>

Há, finalmente, o grupo de países que confere amplos e irrestritos poderes instrutórios ao juiz, são eles, por exemplo: França, Chile, Portugal e Áustria.

Na França, os artigos 10, 143, e 144 do *Nouveau Code de Procedure Civile* evidencia que não há restrições quanto aos poderes instrutórios do juiz, sendo,

---

<sup>103</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006, pp. 51-52.

<sup>104</sup> CABRAL, Tricia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 85.

<sup>105</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 167.

<sup>106</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 168.

portanto, os mais amplos possíveis.<sup>107</sup> O juiz francês tem a possibilidade de determinar todos os meios de prova admitidos que considere úteis e, diferentemente do modelo verificado no direito espanhol, pode ir além de simples propostas às partes.<sup>108</sup>

Orientação semelhante é encontrada no Chile (v.g. artigo 15 da Lei 18.101, que dispõe sobre a locação), em Portugal (v.g. artigos 264 e 265, n. 3, artigo 266, 2, artigo 552, 1, artigos 579, 612 e 645, todos do Código de Processo Civil Lusitano e na legislação da Áustria, datada de 1895.<sup>109</sup>

Nos países de regime socialista os poderes instrutórios do juiz também eram amplos e irrestritos e serviam para proteger a ordem socialista comum, e não os interesses dos litigantes. Como aponta **Daniel Penteado de Castro** “o que releva os poderes instrutórios amplos do magistrado em países desse regime é a defesa do Estado, o que desvia por completo a finalidade da jurisdição de pacificar conflitos com justiça”.<sup>110-111</sup>

---

<sup>107</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006, pp. 74-75.

<sup>108</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 165.

<sup>109</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 212.

<sup>110</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 214-215.

<sup>111</sup> “A relação entre a atividade instrutória e os juízes no direito soviético era tão clara que o art. 5.º do CPC impunha: “(...) tratem, por todos os meios, de esclarecer as relações mútuas e os direitos efetivos das partes (...)”, o que denotava que “os juízes não se circunscrevem aos dados que as partes apresentam. O tribunal é obrigado a contribuir, ativamente, para o esclarecimento das relações entre elas, exigindo dados, esclarecimentos e documentos suplementares, citando testemunhas, designando peritos, adotando todas as medidas para proteger os direitos e interesses legais das partes, velando para que o desconhecimento do direito, a falta de instrução e outras circunstâncias similares não possam ser utilizadas em prejuízo destas” e, ainda segundo o autor, “a lei soviética não garante a igualdade meramente formal, mas a igualdade efetiva das partes no processo, e assegura uma investigação processual verdadeiramente plena em todos os seus aspectos, o que facilita o estabelecimento da verdade material.” SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 233.

## 4.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO BRASIL

Com relação ao Brasil, **José Roberto dos Santos Bedaque** aponta que, atualmente, a doutrina estrangeira classifica-o como um modelo em que se encontra consagrada e positivada a concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz.<sup>112</sup> Entretanto, nem sempre foi assim.

Em 1822, quando o Brasil se desvinculou politicamente de Portugal, foram adotadas integralmente as leis portuguesas, exceto a Constituição que fora elaborada logo em seguida. Nessa época, vigiam no país europeu as Ordenações Filipinas, que também foram adotadas como lei brasileira pelo Decreto de 20.10.1823<sup>113</sup> e cuja redação atribuía ao juiz um papel de fiscalizador durante a instrução probatória, e não propriamente de protagonista ou alguém que poderia determinar produção de prova de ofício.<sup>114</sup>

Posteriormente, em 1850, houve a sanção do Código de Processo Comercial através do Regulamento 737 e, no ano de 1876, todas as normas que regulavam o processo civil foram consolidadas (Consolidação das Leis do Processo Civil). Nesse período, o processo ganhou contornos altamente privados e, como consequência, o juiz não detinha poderes instrutórios amplos; era deixado exclusivamente às partes a tarefa da produção de provas. As únicas exceções estavam limitadas à vistoria (artigo 209 e 214)<sup>115</sup>, ao arbitramento (artigo 191)<sup>116</sup> e à hipótese de determinar a realização de diligências antes de

---

<sup>112</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

<sup>113</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 63

<sup>114</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 216.

<sup>115</sup> “Art. 209. A vistoria tem lugar ou sendo requerida pelas partes, como no arbitramento (art. 190), ou *ex officio*, ou nos casos prescriptos no Código.”

“Art. 214. O juiz, além das testemunhas do acto, chamará ou *ex officio* ou a requerimento da parte as testemunhas de facto, ou informadoras”.

<sup>116</sup> “Art. 191. Proceder-se-ha ao arbitramento na dilação probatoria, sendo anteriormente requerido pelas partes ou nos casos em que o Codigo o exige: terá porém lugar afinal quando for decretado pelo Juiz ou *ex officio*, ou a requerimento das partes.”

julgar o feito (artigo 230) <sup>117</sup>, o que, já nessa época, evidenciava a vontade do legislador<sup>118</sup> de conferir maiores poderes ao juiz (ainda que de modo tímido).<sup>119</sup>

A partir de 1905, os Estados passaram codificar suas regras processuais com relação aos processos de competência da Justiça Estadual e à União, por sua vez, coube a edição de regras dos processos de competência da Justiça Federal. Em sua maioria, os códigos seguiram as mesmas previsões que já constavam no Regulamento 737.<sup>120</sup>

Por volta de 1922, inaugurou-se, no Brasil, sob a liderança de Manuel Aureliano de Gusmão, a corrente de que o juiz poderia assumir posição mais ativa no processo, com a autorização para produção de prova *ex officio*. Influenciado pelas legislações alemã, austríaca e húngara, e na visão moderna e publicista do processo civil, que passou a ser um instrumento de pacificação social, o professor do Largo São Francisco já defendia, nessa época, “a possibilidade de o juiz ordenar – de ofício – qualquer diligência que lhe parecesse necessária à apuração dos fatos debatidos no processo” para que a justiça “se realizasse, quanto possível, do modo mais perfeito e integral”.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> “Art. 230. Si examinados os autos o Juiz entender necessaria para julgar afinal alguma diligencia, ainda que lhe não tenha sido requerida nas allegações finaes, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente”.

<sup>118</sup> Sobre a expressão “vontade do legislador” é necessário abrir parêntese para pontuar, com base na obra de Carmen Lígia Nery, que ela é incompatível com o Estado Democrático de Direito: “*Definitivamente, “descobrir a vontade do legislador” é tarefa completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Inexiste qualquer tipo de manifestação democrática na repetição dos sentidos produzidos pela fala autorizada na descoberta da vontade do legislador. E pior: inexiste qualquer possibilidade de controle das decisões emanadas, uma vez que se apoiam em verdades reais advindas de um significante-primordial-fundante (a famigerada vontade do legislador). De se concluir, portanto, que o conceito clássico de sentença determinativa é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. A uma porque resta inadmissível aceitar que, para a prolação de tal sentença, o juiz deverá “extrair a vontade do legislador” que não restou clara em determinado tipo legal de conteúdo impreciso. A outra porque também é inaceitável que, para que o julgador promova essa “extração”, esteja ele autorizado a exercer poder discricionário.*” NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

<sup>119</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 217-218.

<sup>120</sup> COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 63.

<sup>121</sup> GUSMÃO, Manoel Aureliano. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1924. v. 2. p. 105. In: SHIMURA, Sergio Seiji e TIBERIO LUZ, Tatiana. *Os limites aos poderes instrutórios do juiz*. Revista de Processo | vol. 310/2020 | p. 89-111 | Dez / 2020 DTR\2020\14334.

Essa corrente ganhou força nos anos seguintes e se viu presente no primeiro Código de Processo Civil editado pós reunificação do processo civil. Assim, no ano de 1939, a partir do projeto apresentado por Pedro Batista Martins, revisado por Francisco Campos, Guilherme Estelitta e Abgar Renault<sup>122</sup>, inseriu-se o artigo 117 que passou a prever amplos e irrestritos poderes instrutórios ao juiz: “A requerimento ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.”

No mesmo sentido, tal como observa **Daniel Penteadó de Castro**, a Exposição de Motivos do Código de 1939 evidenciou o amplo e irrestrito poder do juiz para determinar toda e qualquer prova necessária para o julgamento do caso<sup>123</sup>, *verbis*:

“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.”

Mais do que simplesmente determinar algumas diligências preordenadas em lei, o regramento processual agora autorizava o magistrado a determinar a

---

<sup>122</sup> CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 220-221.

<sup>123</sup> CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 221.

produção de toda e qualquer prova necessária à instrução da causa, limitando-se, sempre, aos pedidos, aos fatos e às provas já apresentadas.<sup>124</sup> Assim, ao juiz brasileiro do Código de 39 era dada liberdade na apreciação do valor da prova, mas tinha de ater-se aos fatos e circunstâncias constantes do processo, devendo declinar os motivos fundamentais de seu convencimento.<sup>125</sup>

**Moacyr Amaral Santos**, ao analisar a redação do artigo 117 do Código de Processo Civil de 1939, ponderava que o poder instrutório do juiz era meramente supletivo à iniciativa dos litigantes; mesmo assim, já denunciava que essa pretensa concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz flertava com o autoritarismo.<sup>126</sup>

**Juan Montero Aroca** denunciava, ainda no século XX, que a atribuição do poder de iniciativa probatória ao juiz no processo civil sugere uma conduta parcial e, portanto, era típica de legislações antidemocráticas elaboradas por governos autoritários, que ignoram as garantias dos jurisdicionados.<sup>127</sup>

Em sentido contrário, há vozes importantes não apenas no Brasil como ao redor do mundo (v.g. **Michele Taruffo**, **Barbosa Moreira**, **José Roberto dos**

---

<sup>124</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 47.

<sup>125</sup> MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1992, p. 36

<sup>126</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 120-122.

<sup>127</sup> AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria*, In AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 139.

No mesmo sentido: “Montero Aroca entende que a ideologia que inspirou o modelo social de processo tem respaldo em sistemas autoritários e fascistas. Por autoritário, entende o fenômeno no qual se observa um desenvolvimento anormal dos poderes do Estado em uma sociedade, ou, correlatamente, do juiz no processo. Esse incremento da participação do juiz, sobre uma base na qual o processo – até o final do século XIX – era “coisa das partes”, e ao magistrado cumpria um papel mais passivo, serve ao autor espanhol como premissa para desenvolver seu raciocínio de que a publicização corresponde a autoritarismo. Alguns elementos que justificariam sua conclusão são no sentido de que a pretensão jurisdicional de fazer justiça e de descoberta de verdade, e a participação expressiva do juiz na condução do processo, incluindo a previsão de poderes instrutórios, sugerem uma conduta parcial e, portanto, autoritária.” MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócio Processuais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

**Santos Bedaque** etc) tentando desvencilhar a ideia de ligação umbilical entre os poderes instrutórios do juiz e eventual autoritarismo do Estado.<sup>128</sup>

Os dois Códigos de Processo Civil seguintes, de 1973 e de 2015, seguiram, basicamente, a mesma regra do Código de 1939, conferindo ao juiz amplos poderes instrutórios.<sup>129</sup>

Verifica-se, assim, que muito embora as regras processuais tenham se iniciado com um caráter mais privado, voltado ao protagonismo exclusivo das partes, muito influenciado pelas regras advindas de Portugal à época da Proclamação da Independência do Brasil, fato é que, atualmente, vigora no cenário nacional a autorização para que o juiz determine, de ofício, a produção da prova que entender necessária ao julgamento do feito.

A fase instrutória deixa, portanto, de ser de tarefa exclusivamente destinada às partes e o juiz assume, ao lado delas, a figura de protagonista do processo. É assim que os defensores dessa corrente doutrinária entendem que o magistrado mais se aproximaria da prolação de decisão justa e da pacificação social.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> “*Cuanto se ha dicho hasta el momento demuestra, mas allá de toda duda razonable, que no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos.*” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 160.

No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual: (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 81-82.

<sup>129</sup> Confira-se, nesse sentido, a redação dos principais artigos relacionados aos poderes instrutórios do juiz em cada um dos Códigos:

CPC/1973 – Art. 130. 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.

CPC/2015 – Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

<sup>130</sup> “*Estabelecido que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, cuja preservação encontra nele o maior interessado, impossível aceitar a intransigente defesa que parte da doutrina faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura muito comum principalmente quando os direitos em questão são disponíveis. Não há como conciliar as duas conclusões. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos*

### 4.3 AS TRÊS CORRENTES DOUTRINÁRIAS EXISTENTES ACERCA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes no sentido de autorizarem a produção de prova *ex officio*, a teor do que prevê a redação do artigo 370 do Código de Processo Civil, que concede esse poder ao juiz.

No entanto, há relevantes argumentos por parte daqueles que enxergam nisso uma nítida ruptura sistêmica processual (relacionada, principalmente, à quebra de imparcialidade que deve nortear a função jurisdicional exercida pelo magistrado) e, também, por parte daqueles que adotam posicionamento intermediário, aceitando a concessão de poderes instrutórios ao juiz apenas em determinadas situações.

A primeira corrente, que admite que o magistrado detenha amplos e irrestritos poderes instrutórios é capitaneada por **José Roberto dos Santos Bedaque**<sup>131</sup>, que finca suas bases no modelo instrumentalista do processo.

Antes de adentrar às razões que levam essa corrente a admitir a produção de prova de ofício, é preciso tecer breves considerações acerca do modelo instrumentalista do processo, inaugurado no Brasil por **Cândido Rangel Dinamarco** em obra publicada no ano de 1986<sup>132</sup> que representava, à época, a proposta do autor de alterar a forma de como o processo civil brasileiro era enfrentado.

---

*pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário*". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

<sup>131</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>132</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986.

Como apontam **Georges Abboud** e **Guilherme Lunelli**, quatro são as principais características da visão instrumentalista: (i) o deslocamento da jurisdição para o centro gravitacional da ciência processual; (ii) a compreensão do processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição; (iii) a existência de escopos processuais; (iv) a verificação de um duplo sentido (positivo e negativo) para a instrumentalidade.<sup>133</sup>

Na visão instrumentalista, muito influenciada pelo pensamento de **Oskar von Bülow** e **Franz Klein**, estão presentes os pensamentos publicista e solidarista vindos da política e da sociologia do direito, o que demanda a transferência da jurisdição para o centro gravitacional do processo, a evidenciar, assim, a primeira característica desse modelo. A publicidade do processo também tem como causa a indisponibilidade de direitos e a sua inquisitividade, de modo que o interesse público se sobrepõe aos limites objetivos e subjetivos da lide; noutras palavras, é a sociedade, no final do dia, a verdadeira interessada no resultado do litígio.<sup>134</sup>

Ademais, a finalidade do processo – visto como um instrumento – tem fins que se confundem com aqueles do Estado, de manutenção do bem-estar da sociedade e da ordem jurídico-substancial. Isso significa dizer que o processo se apresenta como instrumento a serviço da jurisdição e dos fins pretendidos pelo Estado.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> ABBOUD, Georges e LUNELLI, Guilherme. *Ativismo e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de processo, n. 242, pp. 21-47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>134</sup> “A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O interesse público transcendente aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziriam indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito.

A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 41.

<sup>135</sup> “A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. (...) A ordem processual, como sistema aberto, ou “dependente”, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem

Com efeito, estando a jurisdição no centro, **Cândido Rangel Dinamarco** sugere que ela teria três escopos: o jurídico, o social e o político. O escopo jurídico está relacionado à ideia de que o juiz garanta às partes uma decisão justa.<sup>136</sup> Já o escopo social traz consigo a ideia de confiança no Poder Judiciário, de modo a conscientizar a população a levar suas insatisfações ao Juízo e, como consequência, a busca da paz social.<sup>137</sup> O político, por fim, subdivide-se em três e se caracteriza pela ideia da capacidade estatal de decidir, do culto ao valor da liberdade e da necessidade de participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política.<sup>138</sup>

Ainda na visão instrumentalista, a percepção publicista do processo, com influência de valores não jurídicos (sociais e políticos, por exemplo), confere ao modelo um duplo sentido: negativo e positivo. O negativo está relacionado, de um lado, à pretensão de combater os exageros processualísticos e, de outro, permitir a flexibilização dos procedimentos, assemelhando-se à ideia da instrumentalidade das formas.<sup>139</sup> O positivo, por sua vez, relaciona-se à ideia de

---

*jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição.)* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 67.

<sup>136</sup> *“Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.”* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 183.

<sup>137</sup> *“Sob esse aspecto, a função jurisdicional e a legislativa estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. (...) É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e mercê de serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. (...) São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade.”* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 143.

<sup>138</sup> *“São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo não se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o ordenamento jurídico, projeção positivada do poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor da liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, no destino da sociedade política.”* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 152.

<sup>139</sup> *“A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a*

efetividade processual, ou seja, “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os escopos institucionais”<sup>140</sup>.

**Cândido Rangel Dinamarco** conclui sua obra afirmando que o processo deve possuir feição humana e o Ministério Público e o juiz, este último tido como interessado no correto exercício da jurisdição, devem ter real participação. Cumprido esse *iter* processual, o juiz deve exarar sua decisão, podendo optar por aquela solução que melhor satisfaça o seu sentimento social de justiça. Por fim, a decisão proferida deve ser capaz de produzir as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. Confira-se:

“Quanto ao modo de ser do processo, é necessário, em síntese, ter-se um “processo com feição humana”. Entra aqui o valor dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo, para que prevaleçam o contraditório efetivo e a igualdade das partes; não só a participação destas é vital, como a real participação do juiz interessado no correto exercício da jurisdição; a legitimação do Ministério Público a intervir constitui também fator para a adequação do processo aos seus escopos.

(...)

Ele [juiz] tem na lei o seu limite, não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade, mas esses limites tem valor relativo, a saber: sempre que os tetos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual ele é portador, (ainda

---

*advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, pp. 251-252.

<sup>140</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 258.

que as palavras da lei ou a mens legislatoris possa insinuar solução diferente). Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério.

A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica.”<sup>141</sup>

Ou seja, adota-se, nesse modelo, uma visão axiológica de jurisdição “ativa” e participativa nos rumos das soluções dos conflitos, cujo objetivo final é a realização de “justiça”. Nasce, como aponta **Antônio Carvalho Filho**, “a teorização sobre o “processo justo”, com grande influência do desenvolvimento do “*giusto processo*” italiano, que ganha novos ares e fôlego com a tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo”.<sup>142</sup>

**José Roberto dos Santos Bedaque**, adotando o modelo instrumentalista do processo, inicia a defesa de amplos poderes instrutórios ao juiz (inclusive os de ofício) com base na premissa de que o direito processual é um ramo autônomo, regido por princípios publicistas e, por essa razão, os fins do processo se confundem com os fins do próprio Estado (ou seja, a manifestação da observância do ordenamento jurídico e do bem-estar da sociedade).<sup>143</sup>

Admitindo que a finalidade básica da jurisdição é a correta aplicação das normas jurídicas, o autor prossegue afirmando não ser admissível que o juiz, em razão da submissão a dogmas superados, profira decisão quando fatos não estiverem suficientemente demonstrados, ainda mais nos casos em que ele, juiz,

---

<sup>141</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.ª ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986, p. 308.

<sup>142</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 26.

<sup>143</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 13.

tem a possibilidade de contribuir para a formação do conjunto probatório mediante sua iniciativa instrutória.<sup>144</sup>

Nesse contexto, considerando que o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, defende que o juiz deve adotar postura ativa durante todo o *iter* processual (inclusive na fase instrutória), pois, somente assim, a jurisdição terá cumprido a sua função social.<sup>145</sup> Prossegue a defesa de seu posicionamento afirmando que “quanto maior a sua [juiz] participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.”<sup>146</sup>

Pontua, ademais, que, considerando que as partes defendem suas pretensões (são, portanto, defesas dotadas de parcialidade), compete ao juiz, enquanto sujeito imparcial, manter o equilíbrio necessário ao bom funcionamento do processo. Nesse sentido, se ele, juiz, “verifica que, por qualquer motivo, provas importantes, necessárias ao esclarecimento dos fatos, não foram apresentadas, deve, *ex officio*, determinar sua produção”.<sup>147</sup>

Ainda, para **José Roberto dos Santos Bedaque**, a relação entre a produção de prova de ofício e a imparcialidade seria plenamente compatível. Isso porque, quando o juiz determina a produção de prova de ofício, não tem condições de saber, de antemão, qual o seu resultado. Para o juiz manter a sua imparcialidade, basta que permita às partes que se manifestem a respeito.<sup>148</sup> Ou seja, pode o juiz se manter imparcial ainda que atue ativamente na fase de instrução probatória; para isso, basta que “suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes”.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

<sup>145</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 16-17.

<sup>146</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

<sup>147</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

<sup>148</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

<sup>149</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

Agindo de maneira ativa, o juiz demonstra estar atento aos fins sociais do processo e comprometido com a efetividade do direito material em disputa.<sup>150</sup>

Também defendendo a possibilidade de produção de prova de ofício, **Daniel Amorim Assumpção Neves** assevera que a figura de um juiz passivo, que não tem a oportunidade de determinar a produção da prova que entende necessária, não tem mais lugar no direito processual moderno e não responde aos anseios de uma prestação jurisdicional de qualidade. Afirma que a paridade de armas, em muitas situações, somente é passível de atingimento com a posição mais ativa do juiz de modo a igualar, concretamente, as chances de ambas as partes do processo saírem vitoriosas.<sup>151</sup>

**Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero**, defensores da tese de que o juiz deve deter amplos poderes instrutórios, afirmam que, de acordo com o princípio da igualdade, não há como se permitir que a verdade seja construída pelo advogado mais atuante ou mais capaz durante o *iter* processual; é por isso que se exige a função ativa do magistrado, justamente para equilibrar a relação processual.<sup>152</sup>

Os autores prosseguem pontuando que a imparcialidade não deve ser vista como um obstáculo para que o juiz ordene as provas de ofício. Isso porque, será parcial aquele juiz que, sabendo a necessidade da produção de determinada prova, julga o processo mesmo sem a determinação de sua realização.<sup>153</sup>

**Sidney da Silva Braga**, por sua vez, defende que a limitação dos poderes instrutórios do juiz implanta uma odiosa discriminação na distribuição da justiça

---

<sup>150</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

<sup>151</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2017, p. 673.

<sup>152</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 507.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7.ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 507.

e ofende a igualdade processual, uma vez que nesse cenário os iguais não são tratados igualmente e os desiguais não são tratados de forma desigual.<sup>154</sup>

**Candido Naves**, defensor de amplos poderes instrutórios do magistrado, aponta que a atuação ativa do juiz, inclusive na fase probatória, caminha no sentido de alçar o magistrado a serviço da verdade e contra a chicana e a fraude processual.<sup>155</sup>

**Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello**, pautando-se pela ótica de que o processo é instrumento de direito público e que há interesse público na pacificação social, defendem que os poderes instrutórios do juiz não comprometem qualquer direito fundamental. O juiz que determina a produção de prova de ofício, dizem os autores, o faz não para privilegiar uma determinada parte, mas, sim, para melhor decidir. Ademais, considerando que o processo pertence ao ramo do direito público, toda a questão relacionada ao interesse das partes fica mitigada (e superada).<sup>156</sup>

Para **William Santos Ferreira**, “o juiz ativo na instrução probatória não é um juiz parcial, porque seu móvel é o esclarecimento dos fatos voltados a garantir-lhe a convicção para julgamento fundamentado”<sup>157</sup>, pontuando, ainda, que “um juiz pode ser tão ou mais parcial quando é negligente”.<sup>158</sup>

**Michelle Taruffo**, outro defensor da possibilidade de produção de prova de ofício, argumenta que o juiz não perde a sua imparcialidade no momento em que ordena, de ofício, produção de prova necessária ao correto julgamento da lide.

---

<sup>154</sup> BRAGA, Sidney Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 102

<sup>155</sup> NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A, 1949, p. 124.

<sup>156</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 641.

<sup>157</sup> SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

<sup>158</sup> SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

De acordo com o autor, o juiz pode ‘tomar partido’ a favor de uma ou outra parte durante qualquer fase do processo (quando decide alguma questão relacionada ao procedimento, por exemplo) e nem por isso ele deixa de ser imparcial.<sup>159</sup>

Prossegue afirmando que “no se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte”.<sup>160</sup>

**Michelle Taruffo** ainda reconhece a existência do *confirmation bias* (e, portanto, todos corremos o risco de confirmar aquilo sobre o que estamos convencidos), mas pondera que o remédio para esse risco não pode consistir em impedir que o juiz requeira a produção de provas de ofício. Em vez de privar o juiz da possibilidade de praticar esse ato, o autor sugere que o juiz seja submetido a controles adequados ao exercício desse poder (por exemplo, garantido o amplo contraditório às partes).<sup>161</sup>

Divergindo sutilmente dos autores citados acima há a corrente intermediária, de que fazem parte, por exemplo, **Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira**, e tem como ideia principal a possibilidade de produção de prova de ofício pelo juiz, mas de maneira complementar às partes, e não substitutiva (exceto, como ponderam os autores, nos casos de vulnerabilidade econômica ou técnica – hipóteses em que seria admitida a substituição da atividade probatória das partes pelo juiz).<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 182.

<sup>160</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 183.

<sup>161</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 205-206.

<sup>162</sup> “A atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que, segundo pensamos, a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente complementar. Em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 90.

Para esses autores, há um certo equívoco por parte daqueles que defendem os amplos e irrestritos poderes instrutórios ao juiz na medida em que são esquecidas a autonomia privada e o modelo cooperativo. A interpretação equilibrada proposta por essa corrente intermediária entende que o juiz não é o protagonista do processo – ao menos, não é o único – e, por isso, as partes também devem ter seu papel de importância – especialmente durante a instrução probatória.

Nesse sentido, os autores defendem que a exegese do artigo 370 do Código de Processo Civil deve ser aquela que atribui às partes, em primeiro momento, o dever e produzir as provas que entendem necessárias e, somente num segundo momento, deve haver – eventualmente – a atuação *ex officio* por parte do magistrado, complementando o ato de atribuição das partes:

“A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja finalidade do processo revelar a verdade, constitui imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova têm aplicação subsidiária; esgotadas as atividades probatórias – inclusive, se for o caso, a oficial –, aí sim elas terão lugar.”<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 90.

**Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira** finalizam ressaltando que, eventualmente, as partes podem dispor expressamente do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante negócio jurídico processual com a parte contrária. Nesse caso, os autores entendem que não há inércia da parte, mas vontade manifestada de não se valer de determinado meio de prova, razão pela qual o juiz não poderia ignorar esse ato de vontade.

Assim, a melhor exegese que se extrai dos artigos 190 e 370 do Código de Processo Civil seria a seguinte: “se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova.”<sup>164</sup>

No mesmo sentido, **Moacyr Amaral Santos** defende que os poderes instrutórios do juiz devem ser entendidos como supletivos da iniciativa das partes. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes e, por exceção, o juiz poderá, *ex officio*, determinar as diligências necessárias à instrução da causa.<sup>165</sup>

**João Batista Lopes**, também ocupando a corrente intermediária, aponta que não se deve converter o magistrado em investigador dos fatos ou juiz de instrução, de modo que não afigura adequado permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída. Da mesma maneira, não se deve subestimar a força dos poderes instrutórios do juiz que, segundo ele, insere-se nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, p. 91.

<sup>165</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 3, p. 309.

<sup>166</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 74-77.

De acordo com **Arruda Alvim**, duas são as situações em que o juiz deve determinar a produção de prova de ofício: “se os direitos versados na causa forem indisponíveis (hipótese, ao nosso ver, que deve ser aplicada com cautela); quando o contexto dos autos trouxer à tona a existência de uma fonte de prova acessível (por exemplo, no caso de uma testemunha referida por outra, ou mencionada num documento).<sup>167</sup>

A terceira corrente que trata do tema é aquela, capitaneada por autores ligados ao garantismo processual, que defendem a impossibilidade de o juiz determinar a produção prova de ofício, em qualquer hipótese.

Assim como feito quando explicamos as principais características dos instrumentalistas, o mesmo deve ser feito para expor detalhes dos garantistas, antes de adentrar propriamente ao termo da produção de prova de ofício.

Nas palavras de **Adolfo Alvarado Velloso**, o garantismo, como movimento jusfilosófico, pretende o respeito irrestrito à Constituição Federal e aos Pactos Internacionais que se encontrem no mesmo nível jurídico, pouco importando demais fatores que não aqueles que zelam pelas garantias constitucionais. Noutras palavras, o garantismo se mostra como oposição ao solidarismo processual ou, indo além, àqueles que enxergam o processo como instrumento à disposição do Estado para “fazer justiça”<sup>168</sup>:

“Não me escapa que as bandeiras levantadas pelo solidarismo (a Justiça, a Verdade, o compromisso do juiz com seu tempo, com a sociedade, com o litigante mal defendido etc.), ganham adeptos rapidamente. Afinal, quem não quer a Justiça? Quem não quer a verdade?”

---

<sup>167</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 920.

<sup>168</sup> Maira Scavuzzi, em obra dedicada ao tema, aponta que “o modo como é feita a transposição do valor da justiça para a dogmática jurídica o torna um enunciado performativo, isto é, uma expressão instrumentalizada para um fazer, desprovida de qualquer significado sujeitável a um controle e, portanto, sobremaneira pernicioso ao Estado Democrático de Direito.” SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, p. 208

Contudo, não se trata de abandonar ou substituir essas bandeiras para sempre, mas, sim, de não colocá-las por sobre a Constituição (rogo que se recorde que os códigos processuais nazistas, fascistas e comunistas soviético, pretendiam um juiz altamente comprometido com a filosofia imperante nos respectivos governos de Estado. E rogo também para que se recorde no que e como terminaram os países que tudo isso proclamavam!...)

Insisto: o garantismo processual não tolera tergiversação da norma fundamental; ao contrário, contenta-se modestamente que os juízes – mais uma vez: comprometidos apenas com a Lei – declarem a certeza das relações jurídicas conflitivas através da outorga do direito de defesa a todos os interessados, resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos.”<sup>169</sup>

O processo, para essa corrente, é visto como garantia contrajudicial de liberdade das partes; funciona assim, como freio do poder judicial, não tendo a função de servir à jurisdição estatal.<sup>170</sup> Noutras palavras, o processo se arranca da Constituição, sem que dela possa ser arrancado.<sup>171</sup>

Ainda, segundo os ensinamentos de **Glauco Gumerato Ramos**, “o garantismo defende uma maior valorização da categoria fundamental processo, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os

---

<sup>169</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual* In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 29.

<sup>170</sup> ROSSI, Júlio César. *Garantismo processual versus “neoprocessualismo”*: as iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais? *Revista de Direito Processual Civil*, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p. 99.

<sup>171</sup> PEREIRA, Mateus Costa. *Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco, 2018, p. 273.

pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada (...) Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade”.<sup>172</sup>

Para essa corrente de pensamento, explica **Diego Crevelin de Sousa**, citando **Eduardo José da Fonseca Costa**, que “o processo — porque elo dialogal — habita a zona friccional entre a sociedade e o Estado, entre os jurisdicionados e a jurisdição, entre as partes e o juiz. Não se é de estranhar, assim, que o processo seja uma instituição estabelecida pela CF-1988”. Consequentemente, “uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a institucionalidade garantística como o “ser” do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; “instituição garantística a serviço dos jurisdicionados”, não “instrumento a serviço do Poder jurisdicional (...) presta-se, enfim, a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas”.<sup>173</sup>

Como bem explica **Diego Crevelin de Sousa**, essa visão dos garantistas não retira a natureza pública do processo; o processo continua ostentando natureza pública. No entanto, o processo é público não para que atenda ao interesse público, mas, sim, para que instaure uma relação jurídica de garantia entre cidadãos-jurisdicionados e o Estado-jurisdição; ele merece ao Estado-juiz quando age com arbítrio.<sup>174</sup>

A diferença de visão do processo para a corrente instrumentalista e para a corrente garantista é detalhada por **Diego Crevelin de Sousa**: “enquanto para

---

<sup>172</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício*. Revista de Processo, vol. 190/2010, p. 315-337, Dez/2010.

<sup>173</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. *Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?! O Dilema em torno do Art. 379, CPC*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provarcontra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

<sup>174</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. *Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?! O Dilema em torno do Art. 379, CPC*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provarcontra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

o instrumentalista o processo serve à jurisdição, para o garantista o processo serve ao indivíduo; enquanto que para o instrumentalista o processo é prójurisdicional, para o garantista o processo é contrajurisdicional; enquanto que para o instrumentalista o ponto de partida constitucional é a jurisdição, para o garantista o devido processo é o único ponto de partida constitucional possível<sup>175</sup>

Ainda, contrapondo os três escopos do processo apresentado pelos instrumentalistas – sociais, políticos e jurídicos –, os garantistas apontam que (a) a tarefa de pacificação do juiz é decorrência de sua atividade de julgamento, de modo que não cabe a ele ultrapassar as barreiras da cognição judicial, limitada pelas postulações e pela instrução probatória<sup>176</sup>; (b) o juiz-cidadão, acessível aos problemas sociais, age sempre de forma interessada para a consecução dos objetivos estatais – verificados exclusivamente por ele –, mesmo que contra a lei e os limites constitucionais<sup>177</sup>; e (c) a tese criada por **Cândido Rangel Dinamarco** rompe em absoluto com a garantia da imparcialidade judicial, especialmente sobre sua dimensão objetivo-funcional (imparcialidade), uma vez que o juiz busca se desprender das amarras legais em nome e em representação da sociedade.<sup>178</sup>

**Georges Abboud e Mateus Costa Pereira** apontam que a teoria instrumentalista representa um desapego à lei democraticamente posta. Isso porque, de acordo com os autores, os juízes são estimulados a decidirem para além das regras legais, sob o argumento de que estariam em busca da “justiça”,

---

<sup>175</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. *Segurando o Juiz Contraditor pela Imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes*; Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Vol. 96. 2016, pp.70-71.

<sup>176</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 36.

<sup>177</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 40.

<sup>178</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 42.

fazendo-os acreditar que a sua subjetividade teria mais valor que o processo legislativo-democrático.<sup>179</sup>

Esse verdadeiro ativismo judicial pregado pela teoria instrumentalista é marcado pela utilização exagerada de princípios, valores, conceitos jurídicos indeterminados e tudo mais o que for necessário para o atingimento da “justiça. Exatamente sobre esse ponto, são esclarecedores os apontamentos feitos por **Jorge Octávio Lavocat Galvão**:

“É curioso que esse protagonismo dos tribunais não tenha proporcionado um maior interesse no estudo sobre o Estado de Direito. A rigor, uma ênfase maior no Poder Judiciário deveria desencadear um incremento nas pesquisas sobre o modo como as normas jurídicas restringem a discricionariedade dos agentes públicos e trazem previsibilidade e certeza para a vida dos cidadãos, focando-se no papel dos magistrados na promoção desses valores. Não foi isso o que aconteceu. (...) alega-se que os juízes, com seu senso moral aguçado, necessitam de maior flexibilidade para desenvolver suas capacidades emancipatórias. Leis e códigos? Isso tudo é coisa do passado. Interpretar a letra da lei? Nem pensar! O importante mesmo são os valores e os princípios constitucionais. Como consequência dessa lógica, o trabalho dos neoconstitucionalistas tem sido basicamente o de desenvolver instrumentos que possibilitem uma atuação judicial mais expansiva e criativa, Hércules virou Zeus. Razoabilidade, proporcionalidade, constitucionalização do Direito, eficácia horizontal dos

---

<sup>179</sup> ABOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. *O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível*. In PEGINI, Adriana Regina Barcellos; FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin de; MALAFAIA, Evie Nogueira e.; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. PEREIRA, Mateus Costa e FILHO, Roberto. Campos Gouveia (Orgs.). *Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa*. Londrina: Thoth, 2019, p. 364.

direitos fundamentais, derrotabilidade das normas jurídicas, força normativa da Constituição, sobre interpretação constitucional, filtragem constitucional etc., são todas expressões que possuem em comum o fato de conferirem aos juízes um maior poder de interferência na realidade social. Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, standards, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. A indeterminação dos textos legais é paradoxalmente festejada e admirada. Quando mais abstrato, mais sentido tem. O que tem significado é que passa ser insignificantes.”<sup>180</sup>

No que toca ao objeto desse trabalho, ou seja, os poderes instrutórios do juiz, entendem os garantistas que sempre que for autorizada a determinação de produção *ex officio*, haverá inexoravelmente a quebra da imparcialidade do juiz.

De acordo com essa corrente, o juiz deve atuar como órgão expectador e imparcial, sendo-lhe vedado criar ou modificar regras do processo e, muito menos, determinar e produzir provas que não foram solicitadas pelas partes; não compete a ele, juiz, a função de atuar como investigador e/ou como substituto das partes nessa fase processual, tudo isso sob pena de promover desequilíbrio na sua necessária imparcialidade.<sup>181</sup>

Para **Diego Crevelin de Sousa**, os motivos expostos por aqueles que defendem a possibilidade de produção de prova *ex officio* – como, por exemplo, o desejo de “fazer justiça” – são interessantes e sedutores. No entanto, eles se

---

<sup>180</sup> LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octávio. *Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 307-308.

<sup>181</sup> ROSSI, Júlio César. *Garantismo processual versus “neoprocessualismo”*: as iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais? *Revista de Direito Processual Civil*, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p. 100.

revelam incompatíveis com a conformação constitucional do contraditório e da imparcialidade em sentido objetivo-funcional.<sup>182</sup>

Nos dizeres de **Antônio Carvalho Filho**, esses motivos massacram o direito a partir da moral, em nome de uma “legitimidade” social, para a obtenção da paz. Estando o direito em confronto com a “justiça”, preferem seus defensores que o direito seja desconsiderado e que em seu lugar seja realizada a “justiça”. Nesse cenário, repellido a todo custo pelos garantistas, o direito se amoldaria àquilo que o intérprete quer que ele seja e não ao que ele é.<sup>183</sup>

Nessa visão do juiz instrumentalista, o Estado avoca para si o poder de interferir no direito subjetivo das partes; determina se e como esses direitos devem ser provados. Nesse cenário, o Estado se apropria de direito alheio – sob o argumento de que está protegendo-o – e o juiz, por sua vez, deixa o papel de mero julgador; passa, também, a agir no lugar da parte, como se ela fosse incapaz de prover seus próprios interesses.<sup>184</sup>

Ainda nesse cenário, o juiz do modelo instrumentalista se vê com a “missão” de fazer justiça, mesmo que para tanto precise abandonar as amarras do direito, mesmo que em violação à Constituição.<sup>185</sup> Esse juiz recebeu a denominação de juiz-antena por **Georges Abboud** e **Guilherme Lunelli**, pois sujeito supostamente capaz de captar e decifrar os anseios e clamores de justiça de uma sociedade<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. *Segurando o Juiz Contraditor pela Imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes*. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96, 2016, p.74-75.

<sup>183</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*, 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 57.

<sup>184</sup> MALUF DE ARAÚJO, André Luiz. *Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil*. disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/71-pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil> - acesso em 13.10.2022

<sup>185</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*, 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 60.

<sup>186</sup> ABOUD, Georges e LUNELLI, Guilherme. *Ativismo e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de processo, n. 242, pp. 21-47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Para essa parcela da doutrina, outorgar poderes ao juiz para determinar a produção de prova *ex officio* caminha contra o espírito democrático, em que as partes são as verdadeiras protagonistas do processo. Esta restrição aos poderes instrutórios do juiz é o ônus que o Estado suporta dentro de uma democracia; o contrário é incorrer em arbitrariedade, típico de Estado totalitário.<sup>187</sup>

**Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro** ainda aponta que a determinação de produção de prova *ex officio* fomenta, no inconsciente do magistrado, a situação de que ele já sabe onde quer chegar em relação ao fato a ser investigado. O juiz, nesse cenário, passa a buscar (confirmar) a sua verdade, que nem sempre converge com a vontade concreta da lei, tampouco das partes.<sup>188</sup>

A crítica dos garantistas, portanto, reside no fato de que o juiz instrumentalista, em busca da prolação de decisão justa, pode agir para além das regras legais. Isso, para os garantistas, é inconcebível<sup>189</sup>. É como se fosse sacrificado o direito – e todas as garantias a ele inerentes – em busca da justiça – do juiz.

Além disso, os garantistas também se preocupam com a quebra da imparcialidade do juiz que determina a produção da prova *ex officio*, pois, como se viu, ela sempre favorecerá aquele que tinha o ônus de provar, mas não o fez.

---

<sup>187</sup> RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual*, In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 642.

<sup>188</sup> RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual*, In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 644.

<sup>189</sup> Analisando o argumento daqueles que defendem a atuação ativa do juiz, Eduardo José da Fonseca Costa analisa, sob o enfoque da eficiência, como ela tem servido para conferir verniz de legalidade a atitudes ilegais: “(N)a realidade, a bandeira da eficiência – sempre embebida em heterodoxias semânticas – tem servido como o novo véu dos justiceiros. Hasteiam-na ora para fazer criativos juízes, permitindo que se arvore legisladores, ora para fazê-los parciais, permitindo que favoreçam a acusação [punitivismo processual] ou o <hipossuficiente socialmente injustiçado> [socialismo processual]. Todavia, no processo, a eficiência não pode justificar infra- ou extra-legalidades, flexibilizações procedimentais per officium iudicis, pré-exclusão de competência absoluta ou monocracias em instâncias recursais.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Processo e garantia*. Londrina, Thoth, 2021, p. 100.

#### 4.4. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO TEMA

Se o debate acerca do tema na doutrina ainda está acalorado, com estudos sendo desenvolvidos por cada corrente de pensamento, o mesmo não é possível dizer quando se analisa a jurisprudência dos tribunais brasileiros, onde parece estar sedimentada a ideia de que o juiz está autorizado a determinar a produção de provas de ofício.

Muitas das vezes, a decisão que autoriza a produção de provas *ex officio* não vem acompanhada de muitos subsídios; fundamenta-se, em geral, no artigo 370 do Código de Processo Civil que, como se sabe, autoriza essa atuação ativa do magistrado e, também, na premissa de que o juiz é o destinatário da prova. Unificando essas duas ideias, os tribunais entendem que não há óbice algum para que o magistrado atuante na causa determine, de ofício, a produção da prova que julga necessária ao correto deslinde do processo.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Nesse sentido, confira-se os julgados abaixo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. PRODUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO NÃO ATACADA. SÚMULA Nº 283/STF.

1. Nos termos do art. 130 do CPC/1973, o magistrado é o destinatário das provas produzidas no processo, cabendo-lhe, até mesmo de ofício, determinar aquelas que entender necessárias, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

2. A ausência de impugnação específica de fundamento suficiente do acórdão recorrido atrai a incidência da Súmula nº 283/STF. 3. Agravo interno não provido. (STJ, 3.ª T., AgInt no AREsp 673.743/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.9.2017, DJe 26.9.2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL – DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. 1 – O Juiz é o destinatário da prova, podendo determinar a sua produção, inclusive, de ofício. a produção da prova documental se insere dentro dos poderes instrutórios do julgador, não ofendendo a imparcialidade da função jurisdicional. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, 30.ª Câmara. Dir. Priv., AI 2098594-54.2019.8.26.0000, rel. Desa. Maria Lúcia Pizzotti, j. 31.7.2019, DJe 1.8.2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DETERMINAÇÃO DE PROVA PERICIAL DE OFÍCIO. DESISTÊNCIA PELA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 370, DO CPC. PROVA QUE TEM COMO DESTINATÁRIO O MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA DE IMPARCIALIDADE. (TJPR, 16.ª Câmara Cível, AI 0009517-76.2021.8.16.0000, rel. Des. Paulo Cezar Bellio, j. 10.5.2021, DJe 15.5.2021)

Ainda, nesse mesmo sentido: STJ, 4.ª T., AgInt no AREsp 1.581.285-RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 18.2.2020, DJe 2.3.2020; STJ, 2.ª T., REsp 1.818.766-AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.8.2019, DJe 18.10.2019; TJRJ, 24.ª Câmara Cív., AP. 0002957-66.2019.8.19.0207, rel. Des. Luiz Eduardo C Canabarro, j. 2.6.2021, DJe 10.6.2021.

Em alguns casos, os julgadores reconhecem a discussão existente na doutrina a respeito do tema – a despeito da previsão contida no artigo 370 do Código de Processo Civil – e afirmam que compartilham do entendimento doutrinário segundo o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, sem que isso implique violação ao tratamento isonômico que deve ser dispensado às partes. Dizem, ainda, que a determinação de produção de prova de ofício não agride o princípio do dispositivo, porque as partes podem dispor da relação processual e não acarreta violação ao princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que sua maior atuação no processo apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos – além de o juiz não ter ciência quem será beneficiado com a produção daquela prova específica.<sup>191</sup>

Em um dos casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, a 3.<sup>a</sup> Turma, sob relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, entendeu que, a despeito de o pedido de produção de provas formulado pela parte ter sido protocolizado intempestivamente, o juiz poderia deferi-lo se entendesse que a prova era imprescindível para o julgamento do processo.

De acordo com os Ministros, o processo civil moderno caminha no sentido de conferir amplos poderes ao magistrado e encontra-se marcado inexoravelmente pela maior participação do órgão jurisdicional na construção do conjunto probatório, o que, no caso analisado, seria o bastante para se relevar a intempestividade da petição apresentada pela parte e priorizar a autonomia do magistrado – que, de acordo com eles, seria o destinatário da prova.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> (...) 1. Compartilho do entendimento doutrinário segundo o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, sem que isso implique violação ao tratamento isonômico que deve ser dispensado às partes. Segundo essa corrente, a determinação de produção de prova de ofício não agride o princípio do dispositivo, porque as partes podem dispor da relação processual. 2. A produção de provas de ofício não acarreta agressão ao princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que sua maior atuação no processo apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Precedentes do STJ. 3. Mantida a decisão que, em sede de execução de sentença contra a União, determinou, de ofício, o uso de peças processuais do processo de conhecimento para fins de liquidação do julgado. (TRF-4, 1.<sup>a</sup> T., AI 5028570-05.2013.404.0000, rel. Des. João Batista Lazzari, j. 5.2.2014, DJe 5.2.2014)

<sup>192</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INTEMPESTIVIDADE DA ESPECIFICAÇÃO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A moderna sistemática do processo civil privilegia a autonomia do Magistrado e a maior amplitude dos seus poderes instrutórios, cabendo a ele, como destinatário final das provas, verificar a necessidade (ou não) das provas requeridas e determinar a sua produção, inclusive de ofício, quando imprescindível para a formação de seu convencimento. Precedentes. Acórdão recorrido

Em outro caso, registrado como REsp 1.693.334-RJ<sup>193</sup>, dessa vez analisado pela 2.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, os julgadores entenderam que os poderes instrutórios conferidos ao magistrado se traduzem em mera faculdade, o que significa dizer que não devem ser compreendidos como uma obrigação que o juiz possui para determinar a produção de prova específica.

Com efeito, ainda que o artigo 370 do Código de Processo Civil admita que o juiz determine, de ofício, produção probatória para se aproximar daquilo que seria “justo” no processo, é exclusivo do julgador o juízo de conveniência quanto às diligências necessárias que, para serem determinadas, dependem da existência de um mínimo de convicção quanto aos fatos narrados.

Foi com base nesses fundamentos que os Ministros afastaram a tese do Recorrente, Ministério Público Federal, que tentava emplacar uma suposta violação ao artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 370), pois o magistrado de primeiro grau não poderia ter julgado improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública, por falta de provas, sem determiná-las de ofício. Para o *Parquet*, era atribuição do magistrado determinar a produção das provas necessárias antes de julgar os pedidos improcedentes por falta de prova.

---

em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, 3.<sup>a</sup> T., AgRg no AREsp 740.150-SP, rel. Min Marco Aurélio Bellizze, j. 3.11.2015, DJe 16.11.2015)

No mesmo sentido:

(...) 2. Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC). 3. De fato, o processo civil contemporâneo encontra-se marcado inexoravelmente pela maior participação do órgão jurisdicional na construção do conjunto probatório, o que, no caso em apreço, autorizaria o Juízo a determinar a produção da prova consubstanciada em documento público, tornando irrelevante o fato de ela ter permanecido acostada aos autos a despeito da ordem para seu desentranhamento. 4. Nada obstante, essa certidão foi objeto de incidente de falsidade, o qual foi extinto pelo Juízo singular, em virtude da perda superveniente do interesse de agir decorrente da determinação de desentranhamento dos documentos impugnados dos autos. Assim, verifica-se que o contraditório não foi devidamente exercido, sendo tal cerceamento contrário à norma insculpida no art. 398 do CPC. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 1072276-RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.2.2013, DJe 12.3.2013)

<sup>193</sup> STJ, 2.<sup>a</sup> T., REsp 1.693.334-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.12.2021, DJe 14.12.2021.

No entanto, a tese não vingou em nenhum dos tribunais, que entenderam que não haveria como responsabilizar o magistrado por solicitar diligências que uma das partes deixou de requerer a tempo.

Noutras palavras, entenderam que no caso concreto, em que não havia a existência de mínima convicção quanto aos fatos narrados, o magistrado não poderia substituir a parte na tarefa de requerer provas pertinentes ao julgamento do feito. Não haveria como a parte transferir a sua falha processual – de não requerer prova – ao magistrado.

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência é uníssona no sentido de reconhecer os poderes instrutórios conferidos ao magistrado e a possibilidade de sua participação na formação do conjunto probatório, variando apenas no que toca ao seu alcance: ora fala-se em poderes amplos e independentes, outrora em poderes supletivos e/ou complementares às partes.

## **5. O JUIZ DEVE SE LIMITAR ÀS PROVAS REQUERIDAS E PRODUZIDAS PELAS PARTES**

Como visto acima, o tema está longe de encontrar uma solução que seja unânime – pelo menos no que diz respeito à doutrina. No entanto, compreendemos que a posição que melhor se enquadra às garantias constitucionais é aquela que veda a produção de prova de ofício pelo juiz.

Os motivos que justificam a nossa conclusão são, basicamente, três: a determinação de produção de prova de ofício i) contamina a necessária imparcialidade do julgador; ii) atenta contra a efetividade e duração razoável do processo; e iii) é, muitas das vezes, fundamentada em enunciados performáticos e perigosos à manutenção do Estado Democrático.

## 5.1. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO CONTAMINA A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Começemos pela quebra de imparcialidade que acomete o julgador que determina a produção de prova *ex officio*.

De acordo com **Nelson Nery Junior**, a garantia do juiz natural, extraída do artigo 5.º, incisos XXXVII e LII da Constituição Federal, possui tripla dimensão: “1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por um juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”<sup>194</sup>

A despeito de não estar prevista de maneira expressa na Constituição Federal, a imparcialidade decorre, no Brasil, principalmente<sup>195</sup> das regras de impedimento e suspeição (artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil) e dos artigos 1.º, 8.º e 9.º do Código de Ética da Magistratura: “(o) magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (artigo 8.º do Código de Ética da Magistratura).

Ora, considerando que o Estado avoca para si a solução de determinados conflitos subjetivos, é natural que se espere que o indivíduo responsável por apreciá-lo e solucioná-lo seja imparcial. Noutras palavras, é natural que se espere que ele não tenha relação alguma com as partes envolvidas e, por isso mesmo, não se importe com o resultado do processo.

---

<sup>194</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>195</sup> “Para além dos regramentos citados, Eduardo José da Fonseca Costa observa que “a imparcialidade do juiz tem sido alçada por diversos textos constitucionais à categoria de direito fundamental [plano interno] e garantida por tratados de direitos humanos [plano internacional]: Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, LIV); Código de Ética da Magistratura Nacional (arts. 1.º e 8.º); Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8.º 1); Convenção para Proteção de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (mais conhecida como “Convenção Europeia dos Direitos Humanos”) (art. 6.1); Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. X); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 14); Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (Valor 2).” FONSECA DA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 22.

A imparcialidade é, assim, a garantia fundamental de todo jurisdicionado de ser julgado por juiz que ostente absoluto desinteresse e originalidade cognitiva não apenas pelo julgamento de qualquer questão de mérito, como também pelo procedimento em si. Ou seja, é a garantia de que o juiz não está interessado no resultado do processo, de modo que se mostra indiferente, para o magistrado, a parte que sairá vencedora daquela demanda.<sup>196</sup>

A finalidade da imparcialidade não é outra senão impor um limite aos efeitos que a subjetividade do magistrado pode surtir sobre o processo, preservando-lhe a cognição para que, nem mesmo inconscientemente, beneficie uma das partes em detrimento da outra.<sup>197</sup>

A imparcialidade figura também como a garantia de que os juízes não deturparão o conteúdo impessoal da lei para beneficiarem a si, a uma causa político-social ou à parte no processo que tenha merecido seu 'apadrinhamento' (ainda que com propósitos altruísticos). É o freio necessária a que o Judiciário não invada atribuições do legislativas e administrativas.<sup>198</sup>

Ela, a imparcialidade, não é uma "virtude" ou uma "qualidade" pessoal do juiz; é, antes, um dever do próprio exercente da função, que coloca em "suspeição" a sua condição de terceiro desinteressado.<sup>199</sup>

**Eduardo José da Fonseca Costa**, compreendendo o processo como garantia contrajurisdicional de liberdade das partes em face do Estado-juiz, considera a imparcialidade como uma garantia arquifundamental contrajurisdicional, existindo pelo menos doze sentidos para o seu conceito:

---

<sup>196</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 307.

<sup>197</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 56.

<sup>198</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 23.

<sup>199</sup> CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP, p. 307.

“i) o juiz deve ser *im*-parcial, não-parte, alheio ou terceiro ao conflito [GARANTIA FUNDAMENTAL DA TERCEIRIDADE]; ii) o juiz não pode ter objetivamente qualquer interesse jurídico, moral ou econômico no desfecho da causa [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DESINTERESSE]; iii) o juiz da causa não deve ter conexões fortes de afeição, aversão ou envolvimento profissional com qualquer das partes (ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, noivo, namorado, amigo íntimo, inimigo, sócio etc.) [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DISTANCIAMENTO]; iv) o juiz deve *lutar* contra eventual predisposição, preferência, antipatia ou preconceito que nutra subjetivamente por qualquer das partes - em razão de raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, idade, estado civil, ideologia político-social, status socioeconômico, grau de escolaridade etc. -, ainda que na prática seja impossível um grau absoluto de neutralidade ou um nível zero de contaminação psicológica [GARANTIA FUNDAMENTAL DO ESFORÇO PELA NEUTRALIDADE PSICOLÓGICA]; v) o juiz não se deve enviesar cognitivamente pelas heurísticas de *confirmação* (ex.: o juiz da liminar tende a confirmá-la na sentença; o juiz de garantias na investigação criminal tende a receber a denúncia), *representatividade* (ex.: o juiz da prova oral tende na sentença a valorar nervosismo como mentira e tranquilidade como verdade), *ancoragem* (o juiz da prova ilícita excluída tende a perseguir nos autos o mesmo resultado prático da reinclusão; o juiz da sentença terminativa nulificada tende a rejulgar pela improcedência), etc. [GARANTIA FUNDAMENTAL DO NÃO-ENVIESAMENTO COGNITIVO]; vi) o juiz não deve, mediante iniciativas oficiosas, favorecer ou perseguir funcionalmente qualquer das partes, devendo agir somente por provocação

[*GARANTIA FUNDAMENTAL DA INÉRCIA FUNCIONAL*]  
(obs.: um dos seus corolários é a *GARANTIA DA DISPOSITIVIDADE* ou *DA AUTORRESPONSABILIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES*, a qual evita o risco de que o juiz favoreça uma das partes ordenando *ex officio* provas que a auxiliem; outra derivação é a *GARANTIA DA AÇÃO PROCESSUAL*, que atribui à parte a provocação do exercício da função jurisdicional, evitando o risco de que o juiz o faça *sponte sua* com a intenção de favorecer ou prejudicar alguém); *vii*) o juiz não deve sofrer interferências nem pressão interna ou externa, direta ou indireta, de ordem política ou técnica, para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes; sofrendo, não deve curvar-se em hipótese alguma [*GARANTIA FUNDAMENTAL DA INDEPENDÊNCIA*]; *viii*) o juiz não deve externar em público predisposição, preferência, antipatia ou preconceito por qualquer das partes, mesmo que essa condição íntima jamais redunde em privilegiamento ou perseguição funcional [*GARANTIA FUNDAMENTAL DA APARÊNCIA DE NEUTRALIDADE*]; *ix*) o juiz deve manter a sua imparcialidade absolutamente incorruptível e aparentar em sua conduta pública essa incorruptibilidade [*GARANTIA FUNDAMENTAL DA INTEGRIDADE E DA CORREÇÃO*]; *x*) o juiz deve tratar as partes com urbanidade e lhanza, evitando atritos que o indisponham contra elas e que lhe iniquem, conseqüentemente, a imparcialidade [*GARANTIA FUNDAMENTAL DA URBANIDADE E DA LHANEZA*]; *xi*) o juiz da causa deve integrar órgão cuja competência haja sido definida *ex ante facto* por critérios impessoais e objetivos estabelecidos em lei, impedindo-se com isso nomeações *ad hoc* que visem deliberadamente favorecer ou prejudicar qualquer das partes [*GARANTIA FUNDAMENTAL DO JUIZ NATURAL*]; *xii*) o juiz que não queira, não possa ou não

consiga ser imparcial deve ser substituído por iniciativa sua ou a requerimento da parte interessada [GARANTIA FUNDAMENTAL DA SUBSTITUIBILIDADE]<sup>200</sup>

Isso, de acordo com o autor, demonstra que a imparcialidade não se resume apenas e tão somente aos róis legais de impedimento e suspeição dispostos nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil; numerosos são os motivos que tornam o juiz parcial e, portanto, impedido ou suspeito para julgar a causa.

Interessa-nos, para este trabalho, a imparcialidade objetivo-funcional (ou *imparcialidade*) listada por **Eduardo José da Fonseca Costa** nos itens (i) e (vi). Para que o agente seja *imparcial* (dimensão objetivo-funcional), basta que não ocupe formalmente a posição processual de parte e não adote comportamento ou função de parte.<sup>201</sup>

Nesse sentido, **Diego Crevelin de Sousa** ensina que a imparcialidade se caracteriza pela clara divisão dos trabalhos em um processo judicial. Isso significa dizer que cada parte deve exercer sua própria função e se limitar a ela. O julgador, por exemplo, não pode ultrapassar a barreira do julgamento e agir como se autor ou réu fosse; deve se ater aos fatos e provas trazidos pelas partes e decidir de acordo com aquele material constante dos autos.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Processo e garantia*. Londrina, Thoth, 2021, pp. 95-96.

<sup>201</sup> RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 74.

<sup>202</sup> “A imparcialidade se aproxima do sentido de imparcialidade ou neutralidade objetiva – sentido (b) – e significa que o julgador não pode ser parte nem pode exercer funções de parte. Dizer que ninguém pode ser, simultaneamente, acusador, defensor e julgador não significa apenas que deve haver órgãos distintos para o exercício das funções de acusar, defender e julgar, mas que eles têm funções próprias e distintas entre si. Cada órgão deve assumir suas funções e limitar-se a elas, sem pretender exercer também as dos outros, mesmo parcialmente. Juiz imparcial é aquele que é distinto do autor e do réu e que não exerce funções de parte. O enfoque assenta na divisão de funções processuais, sem qualquer relação com o que se passa na psique do magistrado. Colocando em forma de pergunta, a imparcialidade pretende responder: “quaisquer que sejam o procedimento e as partes, a função procedimental x pode ser exercida pelo Estado-juiz?” Busca-se por delimitação – quando não isolamento – funcional do juiz em relação às partes” SOUSA, Diego Crevelin de. *Imparcialidade. A divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. São Paulo: Casa do Direito, 2021, pp. 133-134. Ver ainda: MONTERO AROCA, Juan Montero. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 224-225.

Ainda, de acordo com **Fermín Canteros**, essas barreiras e divisões de trabalhos são bem claras: se o juiz é juiz, então não é parte; logo, não pode e nem deve fazer coisas que são próprias das partes, pois se o fazem deixam de atuar como juízes e passam a ocupar o lugar de parte. Assim, como as partes não podem fazer atividades próprias dos juízes, eles também não devem fazer atividades próprias das partes.<sup>203</sup>

Veja que, em todos os casos em que o juiz age de ofício, seja introduzindo fato, fundamento jurídico, argumento, pedido ou prova, ele auxilia a parte que tinha o ônus de introduzir e, por conseguinte, desequilibra a disputa. Ou seja, ainda que sem dolo de privilegiamento ou perseguição, o juiz toma parte na vitória do autor ou do réu e, nesse cenário, deixa de ser um magistrado imparcial.<sup>204</sup>

O juiz parcial desnatura o cargo que ocupa e as funções que desempenha. Por essa razão, parte da doutrina afirma que “não há juiz se não houver imparcialidade”<sup>205</sup>, ou que “a jurisdição não existe se não for imparcial”.<sup>206\_207</sup>

Ademais, para que se evite a parcialidade do julgador, há a necessidade de se controlar também o seu enviesamento judicial. Ou seja, não basta que o juiz fique restrito à sua atuação como julgador – não exerça a função de parte; é preciso que ele exerça sua função livre de atalhos decisórios previsíveis e de enviesamentos judiciais – imparcialidade objetivo-cognitiva.

Nesse contexto, não podemos esquecer que o juiz, inevitavelmente, é um indivíduo sujeito às mesmas perturbações psicológicas que qualquer outro. Por

---

<sup>203</sup> CANTEROS, Fermín. *Garantismo Procesal vs Activismo Judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 99, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 179.

<sup>204</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Processo e garantia*. Londrina, Thoth, 2021, p. 247.

<sup>205</sup> LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 245.

<sup>206</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 86.

<sup>207</sup> CORDÓN, Faustino Moreno. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2.<sup>a</sup> ed. Navarra, Arazandi, SA, 2002, p. 109.

essa razão, o estudo dos possíveis viesamentos judiciais, traduzidos pelos vieses cognitivos, surge como uma forma de compreender como poderíamos limitar seus efeitos negativos no processo.

Dentre os estudos realizados a respeito do tema, tornou-se reconhecida, em 1957, “*A Theory of Cognitive Dissonance*”, de **Leon Festinger** que trata, essencialmente, de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano, que foi adaptada para o direito, por **Ruiz Ritter**, em obra sobre o tema.<sup>208</sup>

Os estudos em questão partem da premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre suas opiniões, crenças e atitudes – isto é, seus conhecimentos. Dessa forma, existiria um processo involuntário e, por conseguinte, inevitável, para alinhar os conhecimentos em questão.

Quando o indivíduo se encontra diante de uma incoerência entre seus próprios pensamentos, ou seja, quando há o rompimento desse estado, é gerado um desconforto intitulado dissonância ou incongruência cognitiva, que, por ser desagradável, sempre buscamos eliminar ou, quando menos, reduzir.<sup>209-210</sup>

Esse, segundo **Ruiz Ritter**, é justamente o postulado básico do estudo, que se desenvolve, então, a investigar de que modo a eliminação ou redução se opera.

---

<sup>208</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 84.

<sup>209</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, pp. 85-86.

<sup>210</sup> “1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância.” FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar

Ed., 1975. p. 12 In RITTIER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 87.

De acordo com o estudo, os meios de eliminar ou reduzir a dissonância e, assim, retomar o estado de coerência são quatro, a saber: i) a mudança de elementos cognitivos dissonantes – e.g. alterar o comportamento/opinião para adequá-lo aos novos conhecimentos recebidos, em prol da coerência com a cognição existente que refuta tal atividade; ii) a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes – e.g. desacreditar as informações que recomendam a alteração do comportamento ou opinião anterior; iii) a adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição pré-existente – e.g. o indivíduo, diante dos novos conhecimentos que confrontam uma opinião anterior, voluntariamente busca informações para confirmá-la; e iv) a evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes – e.g. fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes.<sup>211</sup>

Toda essa contextualização feita acima tem importância para este trabalho, pois, como evidenciado a seguir, a partir do momento em que o magistrado age de ofício – principalmente durante a fase instrutória –, ele age como se parte fosse e, nesse contexto, toma partido a respeito daquele fato. Noutras palavras, ainda que de maneira inconsciente, o juiz que determina a produção de prova de ofício sabe perfeitamente o que quer comprovar; ele está em busca de subsídios técnicos que fundamentarão a sua decisão – já tomada – repelindo aqueles que vão de encontro com a sua opinião.

Nesse contexto, existe uma primazia da cognição favorável à decisão anteriormente adotada, de modo que o juiz amplia a importância dos elementos que a confirmam e, inclusive, utiliza novas cognições se assim preferir.<sup>212</sup> Em sua obra, **Ruiz Ritter** cita um exemplo que traduz perfeitamente esse cenário:

“Como exemplo, imagine-se o sujeito que recebe dois convites distintos: um para jantar com um amigo e outro

---

<sup>211</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 90.

<sup>212</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 102.

para ir ao cinema. Optando pelo primeiro (decisão), as características favoráveis ao segundo produzirão dissonância, fazendo com que se passe a exaltar os elementos cognitivos referentes ao jantar (boa companhia, boa comida, boa música, etc), enquanto se reflete aspectos negativos em relação ao segundo programa (filme não atrativo, distância, etc), seja considerando cognições já existentes, seja adicionando novas. Dessa maneira, operar-se-á a redução ou até a eliminação da dissonância existente. “Portanto, depois de ser tomada uma decisão, há uma tendência para passar a gostar mais daquilo que se escolheu e a gostar menos do que não se escolheu”<sup>213</sup>

Ainda, como ensina **Cordón Moreno**, o magistrado que determina a produção de prova de ofício tende a conferir maior crédito à prova por ele produzido do que aquela produzida pelos litigantes, colocando em dúvida a sua imparcialidade: “el órgano jurisdiccional, siquiera sea en el ámbito interno, tenderá a dar más crédito a los médios de prueba (y a sus resultados) aportados por él que a los aportados por las partes, poniendo en peligro su imparcialidade”.<sup>214</sup>

Outro autor que possui obra de referência acerca do tema é **Eduardo José da Fonseca Costa**. Em sua obra, dedicada a analisar o tema da imparcialidade, aponta que há pelo menos quatro enviesamentos cognitivos que devem ser evitados pelo julgador: a) a heurística da representatividade; b) de ancoragem e ajustamento; c) da confirmação; e d) de grupo.

Quanto ao viés da representatividade, o autor explica que estudos empíricos comprovam que o julgador é levado por erros de representatividade na valoração das declarações das partes ou das testemunhas. Isso porque, as pessoas frequentemente raciocinam a partir de um caso representativo (ou

---

<sup>213</sup> RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 102.

<sup>214</sup> MORENO, Cordón. *Introducción al derecho procesal*. Pamplona, EUNSA, 1994, p.142.

típico), tratando-o como se ele fosse inteiramente descritivo de uma gama total de casos possíveis.

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor argumenta que quando as pessoas tecem juízos categóricos, como por exemplo ponderar a probabilidade de culpabilidade do acusado, concluem que a evidência concreta analisada, como o comportamento do acusado na audiência, representa a categoria a culpabilidade ou inocência do réu. Se a amostra é representativa ou similar à categoria (o réu se mostra nervoso durante o interrogatório), o magistrado tende a julgar a probabilidade da categoria – a prova da culpabilidade – na mesma medida. Se a amostra não se parece com a categoria (o réu se mostra calmo durante o interrogatório), o julgador tende a ver nisso a prova da inocência.<sup>215</sup>

Para evitar esse enviesamento, que contamina a necessária imparcialidade do julgador, legisladores de alguns países<sup>216</sup> têm separado as funções instrutória da decisória, de maneira que o juiz que instruiu a causa não deve ser o mesmo a sentenciá-la. Essa proposta de separação das atuações do magistrado é similar àquela sugerida por **Glauco Gumerato Ramos**, que indica um juiz para a urgência, um para a instrução e um para a sentença.<sup>217</sup>

Outro viés cognitivo que pode contaminar a imparcialidade do julgador é o da ancoragem e ajustamento, espécie de processo mental que se fundamenta na realização de uma estimativa, por parte do sujeito, a partir de um valor inicial, que progressivamente é ajustado à medida que se obtém informação adicional.

---

<sup>215</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 136.

<sup>216</sup> O autor cita, por exemplo, o caso da Espanha, em que o juiz que instrui não decide. FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 137.

<sup>217</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado): repensando o modelo de processo*, Revista Brasileira de Direito Processual, ano 89, n. 71, p. 65-68, jul/set. 2010. In FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 144.

Noutras palavras, o indivíduo é inclinado a amoldar a sua conclusão a partir da informação inicial recebida. A decisão do juiz, ao decretar a prova de ofício, estará sustentada numa estimativa a partir do chamado valor inicial [=ancoragem], formado pelas razões que tenha para decidir decretar determinada prova, o que pode levá-lo a resultados diferentes, revelando-se que normalmente a valoração inicial exerce uma influência indevida e desproporcional, o que pode provocar erros que passam inadvertidos para o próprio interessado.<sup>218</sup>

**Eduardo José da Fonseca Costa** cita diversos exemplos de estudos estrangeiros relacionados a esse tema e o mais esclarecedor, em nosso sentir, é aquele que foi feito nos Estados Unidos com um grupo de juízes:

“Em relação a essa propensão, é célebre o experimento levado a cabo com juízes profissionais norte-americanos. A um primeiro grupo, formado por 66 juízes, foi descrita uma demanda indenizatória proposta perante um tribunal federal (já que demandante e demandado residiam, no caso descrito, em estados diferentes), na qual o autor teria sido atropelado e confinado a uma cadeira de rodas para toda a vida; todavia, aqui o autor não especificou na petição inicial a quantia exata pretendida. Em contrapartida, a um segundo grupo, composto por 50 juízes, se ofereceu o mesmo caso; porém, acrescentou-se um detalhe: a empresa demandada arguiu uma exceção de incompetência alegando que o caso não superava os 75.000\$ necessários para que o caso estivesse sob a competência de um Tribunal federal. Pois bem. Embora o dano causado ao ator fosse muito superior a 75.000\$ (e embora a menção a essa cifra pela empresa demandada

---

<sup>218</sup> OAKLEY, Hugo Botto. *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico*. In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 311

devesse ser irrelevante para o deslinde da causa), a indenização média fixada pelos juízes do primeiro grupo foi de 1.250.000\$ (sem ancoragem), enquanto que a indenização média arbitrada pelos magistrados do segundo grupo foi de 888.200\$ (com ancoragem), o que supõe uma diferença significativa de mais de 40%.”<sup>219</sup>

É justamente em razão desse viés que se encaixa a sugestão de que o juiz que teve contato com a prova ilícita não deve julgar o caso. Isso porque, ainda que ele seja orientado a desconsiderá-la, é praticamente impossível ignorá-la.<sup>220</sup>

Podemos exemplificar a importância da preservação cognitiva do juiz mediante aquilo que se denominou hermenêutica integrativa, que impõe a necessidade de interpretação do ordenamento jurídico como algo uno e permitindo, assim, a utilização de subsídios oriundos de outros diplomas legais.

Nesse ponto, é incontestável que o diploma que melhor trata da necessidade de preservação do juízo do juiz – por ser critério de imparcialidade – é o Código de Processo Penal, em especial nos artigos 157 § 5.º e 478. O artigo 157 § 5.º do Código de Processo Penal determina o impedimento para proferir sentença ou acórdão do juiz que conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível, justamente porque tal conteúdo cria no julgador imagens mentais que não são, por óbvio, desfeitas com o mero desentranhamento da prova ilícita ou da proibição de sua utilização como fundamento de decidir.

Noutro giro, o artigo 478 do Código de Processo Penal limita materialmente as teses arguíveis em Plenário do Tribunal do Júri como forma de preservar a higidez e imparcialidade dos jurados a partir da impossibilidade de menções a

---

<sup>219</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 151.

<sup>220</sup> GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., *Altering attention in adjudication*, *UCLA Law Review*, v. 60, n. 1586, pp. 1586-1618, 2013. In FONSECA DA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 152.

atos como a determinação do uso de algemas, que podem causar impressões impassíveis de controle.

Outro viés que assombra os magistrados e pode torná-los parciais para julgar o processo é o viés da confirmação. Esse viés se caracteriza pela tendência de o indivíduo filtrar as informações que recebe, de modo a amoldá-las, de forma inconsciente, para confirmar sua própria posição inicial. Noutras palavras, a primeira impressão cega o indivíduo e o impede de analisar as provas e os argumentos que não respaldam essa posição inicial.

Por força dessa influência, somos, todos, tentados a reafirmar nossas posições pretéritas, até mesmo como uma autoafirmação da correção da postura anteriormente assumida. Não há nisso nenhum demérito, senão a reação natural do ser humano. Nada obstante, é inegável que, sob influência de conhecimento anterior da causa, a imparcialidade é posta à prova.

Nesse sentido, a determinação de produção de prova *ex officio* pode resultar em consequências que filtrem uma informação recebida, sendo que, de maneira inconsciente, busca e sobrevaloriza as provas e argumentos que confirmam a sua própria posição inicial, ignorando e não valorando as provas e argumentos que não estejam respaldados na própria posição.<sup>221</sup>

É natural, e totalmente compreensível ao ser humano, que o juiz que determina a produção de prova *ex officio* já esteja com o seu pré-conceito formado sobre a causa. Ao determinar a produção da prova que entende pertinente, o juiz já possui um pré-convencimento formado acerca do fato, de modo que a prova será necessária apenas para amoldá-lo juridicamente em sua decisão. Noutras palavras, determina-se a realização da prova apenas para confirmar, juridicamente, aquilo que já está fixado no pré-conceito do julgador.

---

<sup>221</sup> OAKLEY, Hugo Botto. *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico*. In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 311

O exemplo dado por **Eduardo José da Fonseca Costa**, extraído de um estudo holandês dirigido por **Eric Rassin, Anieta Eerland e Ilse Kuijpers** é esclarecedor quanto à possibilidade de o viés da confirmação contaminar a imparcialidade do julgador:

“Os pesquisadores Eric Rassin, Anieta Eerland e Ilse Kuijpers apresentaram a esse grupo de especialistas um caso de homicídio em que a vítima era uma psiquiatra do sexo feminino e o principal suspeito era a esposa de um de seus pacientes: a esposa foi acusada de matar a psiquiatra, supostamente por ciúmes. Os participantes foram convidados a examinar vinte elementos de prova e avaliar o grau de culpabilidade ou de inocência da principal suspeita. No entanto, metade desses participantes também foi informada sobre a possibilidade de outro suspeito: um ex-paciente do sexo masculino, que havia assediado a psiquiatra por um longo tempo. Surpreendentemente, todos os participantes avaliaram os elementos de prova de forma semelhante e concluíram, com o mesmo grau de certeza, que a esposa ciumenta era a culpada. Ou seja, juízes, advogados e policiais deixaram de considerar o cenário alternativo. A prova foi tomada em consideração apenas quando os ajudou a confirmar suas crenças iniciais de culpa do primeiro suspeito e foi desconsiderada quando apontou para um suspeito diferente.”<sup>222</sup>

O último viés cognitivo que pode desnaturar a necessária imparcialidade do julgador é o viés de grupo. Esse viés é responsável por provocar o erro de se valorar de forma idêntica as atitudes, atos e opiniões de sujeitos tão somente por pertencerem a determinado grupo.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 158.

<sup>223</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 162.

Trata-se, pois, do tratamento preferencial que membros de um determinado grupo dão aos sujeitos que a ele pertencem; e, a *contrario sensu*, do tratamento desigual dado a indivíduos de grupos diferentes.

Nesse ponto, **Eduardo José da Fonseca Costa** cita o estudo dirigido por **Moses Shayo** e **Asaf Zussman**, em 2010. Nele, foram analisadas 1748 decisões judiciais, proferidas entre 2000 e 2004, em casos civis entre litigantes particulares por juizados de pequenas causas israelenses, nos quais é aleatória a distribuição do caso a um juiz árabe ou a um juiz judeu. O estudo revelou que uma demanda teria de 17% a 20% mais chance de ser aceita se o juiz encarregado pertencesse à mesma etnia do demandante. Além disso, juízes árabes eram mais propensos a proferir sentença favorável ao demandante quando ele pertencia à mesma etnia (o mesmo ocorria com os juízes judeus).<sup>224</sup>

Outro exemplo dado no livro de **Eduardo José da Fonseca Costa**, e mais próximo à nossa prática forense, diz respeito à supervalorização, pelos juízes, de laudos periciais produzidos por peritos oficiais em detrimento daqueles elaborados pelos assistentes técnicos das partes. Nesses casos, a supervalorização se dá pelo simples fato de o trabalho pericial ter sido elaborado por um funcionário público – o mesmo ocorre com os argumentos lançados pelo Ministério Público que, por serem servidores públicos, teriam maior credibilidade do que aqueles trazidos por particulares.<sup>225</sup>

Diante de todo esse contexto, não nos parece haver espaço para atribuição de poderes instrutórios ao magistrado no processo, sem que se esteja colocando em risco a sua imparcialidade, em decorrência de sua possível e provável vinculação com as decisões (*ex officio*) que proferir a respeito da prova. Isso porque, ao determinar a produção de uma prova ou tomar outra decisão de ofício, invariavelmente o magistrado está assumindo sua parcialidade para

---

<sup>224</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 163.

<sup>225</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, pp. 164-167.

condução do caso e tomando partido a respeito de determinada tese em detrimento da outra, ainda que no plano do inconsciente.<sup>226</sup>

Em nosso sentir, considerando que a formação do convencimento do magistrado está umbilicalmente atrelada à fase instrutória, não haverá como ele, juiz, desvencilhar-se de um pré-conceito formado na determinação da prova *ex officio* quando for julgar o caso.

Nem mesmo o argumento dos partidários da prova *ex officio*, no sentido de que o juiz, ao determinar a produção da prova, ainda não sabe quem dela se aproveitará, é capaz de afastar a nossa conclusão pela parcialidade do julgador nesses casos.

Como bem explica **Eduardo José da Fonseca Costa**, citando **Fermín Canteros**, “cuado el juez comienza a buscar la verdade no sabe a quién ésta habrá de beneficiar, pero sabe perfectamente a quién él quiere beneficiar.”<sup>227</sup> Ou seja, ainda que não saiba quem irá beneficiar, o magistrado, ao agir de ofício, sabe perfeitamente que quer beneficiar. Nesse contexto, ele deixar de ser um terceiro imparcial e passa a agir como se parte fosse.

A respeito do tema, **Eduardo José da Fonseca Costa** explica que nos casos em que o juiz determina a produção de prova *ex officio*, cinco resultados são 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. Ora, se o juiz tem dúvida somente sobre a existência do fato constitutivo do

---

<sup>226</sup> RITTIER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre, RS, p. 175.

<sup>227</sup> CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, p. 19. In **FONSECA DA COSTA**, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 171.

direito do autor, o único beneficiário real da prova de ofício é o autor, porquanto os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam dilação probatória inútil: posto que favoreçam o réu, há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. (...) Por sua vez, se o magistrado tem dúvida sobre a existência do fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, o único beneficiário real da prova de ofício é o réu, uma vez que os resultados (1) e (5) revelam dilação probatória inútil: embora favoreçam o autor, há tempos a demanda já poderia ter sido julgada procedente. Em suma: a prova *ex officio* sempre favorece a parte que tinha o ônus de provar, mas não provou.”<sup>228</sup>

Ainda que o julgador esteja norteado das melhores intenções, não há como ele determinar a produção de prova de ofício. A investigação unilateral do julgador, nesses casos, é capaz de tirá-lo da imparcialidade e, de maneira inconsciente, torná-lo um indivíduo parcial. O magistrado passa a acreditar mais naquilo que tenha sido objeto de sua própria imaginação [=posição inicial] e deixa de considerar eventuais contraprovas que possam ser feitas.

Em sentido semelhante, **Francesco Carnelutti** afirma: “la investigación y la valoración de las pruebas (...) es malo que estén juntas, por exigir la búsqueda un extremo interés y la valoración, en cambio, un extremo desinterés; quien busca se siente instintivamente llevado a sobrevalorar lo que es, después de todo, obra suya”.<sup>229</sup>

Ademais, é interessante observar como esse mesmo tema é tratado de maneira diferente na seara penal.

---

<sup>228</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 172.

<sup>229</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. v. I, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, p. 109 In FONSECA DA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 174.

No processo penal, a doutrina é esmagadora no sentido de que “a manutenção do juiz nas diversas fases do processo pode contaminar sua imparcialidade”.<sup>230</sup> Na atualidade, isso não poderia ser diferente, uma vez que o artigo 3.º-A do Código de Processo Penal deixa claro que “(o) processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Valendo-nos, ainda, da doutrina da área processual penal, nota-se que “somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual”.<sup>231</sup>

Ora, se na seara penal é vedado ao juiz participação ativa nas investigações e na função de substituição da atividade probatória da acusação, por macular a sua necessária imparcialidade, por que seria diferente no processo civil? Isto é, por que, no processo civil, o juiz que produz prova *ex officio* não teria maculada a sua necessária imparcialidade?

Essa esquizofrenia doutrinária foi apontada por **La Olivia Santos**, citada por **Artur Cesar Souza**, ao afirmar que o processualista se encontra em uma situação constrangedora de admitir dupla personalidade:

Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del Juez civil, terminando con el Juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del Juez

---

<sup>230</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os poderes do juiz penal na América Latina, na obra coletiva 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 (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 177.

<sup>231</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 6.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 213.

penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en Juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.<sup>232</sup>

Ontologicamente, é impossível tratar a imparcialidade judicial como coisas diferentes no âmbito do processo civil e do processo penal. Ou a consideração de que o órgão jurisdicional perde sua imparcialidade quando pratica atividade probatória é válida em todos os sentidos, ou não há mácula à imparcialidade quando assim age o juiz, seja no processo penal, seja no processo civil.<sup>233</sup>

Parece-nos evidente que, em qualquer seara, a determinação de prova de ofício contamina a imparcialidade do julgador. Ora, se no processo penal é onde se discute e estão em jogo relevantes valores de nossa sociedade, como vida, liberdade e, mesmo assim, não se permite a atuação *ex officio* do magistrado, a lógica e a coerência indicam que o mesmo – e com maior razão – deveria ocorrer no âmbito do processo civil, em que, normalmente, estão em disputa apenas valores patrimoniais.<sup>234</sup>

Assim como acontece na seara processual penal, é preciso que o juiz, também na seara processual cível, permaneça inerte, sem substituir a parte ou agindo de maneira suplementar a ela na produção de provas. Nesse sentido, ensina-nos **Piero Calamandrei** que “(a) inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade. Agir significa tomar partido”.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> SOUZA, Artur Cesar. *O princípio da imparcialidade e a atividade probatória ex officio do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago.2019.

<sup>233</sup> SOUZA, Artur Cesar. *O princípio da imparcialidade e a atividade probatória ex officio do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago.2019.

<sup>234</sup> OAKLEY, Hugo Botto. *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico*. In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 311

<sup>235</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Editora Pilares, 2013, p. 46.

## 5.2. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO VIOLA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISIDICIONAL

Segundo o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." No mesmo sentido, estabelece o artigo 4.º do Código de Processo Civil que "as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Ou seja, as normas asseguram o direito à razoável duração do processo e uma garantia dos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo para que a entrega da tutela jurisdicional seja efetiva.

Noutras palavras, a garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfação de seu direito reclamada em juízo, em prazo razoável. Esse preceito, da satisfatividade jurisdicional, envolve as tutelas de urgência, de conhecimento e de execução, de sorte que ele somente estrará preenchido se a sentença, os recursos, o cumprimento da sentença e a satisfação da pretensão estiverem findos em prazo razoável.<sup>236</sup>

Satisfação essa que, como bem aponta **Andrea Boari Caraciola**, não se esgota com o reconhecimento e a declaração de direitos. Envolve, principalmente, a concretização desses direitos a partir de um modelo sincrético de tutelas (modelo esse que concentra as fases cognitiva, executiva e de medidas acautelatórias).<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, coment. 3 CPC 4.º, p. 49.

<sup>237</sup> CARACIOLA, Andrea Boari et al. *Teoria geral do processo contemporâneo*, São Paulo:Atlas, 2016, p. 82.

Com efeito, não é autorizado ao magistrado ferir outras garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal com o objetivo de atender apenas a duração razoável do processo. É justamente esse equilíbrio que a duração razoável do processo objetiva: permitir que as partes usufruam de todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico lhes concede, atendendo ao devido processo legal e, ao mesmo tempo, conferir-lhes a solução integral de seu caso, e a efetividade da tutela jurisdicional, no prazo razoável.<sup>238-239</sup>

Em **Sérgio Massaru Takoi**, percebemos que a preocupação dos operadores do direito com a duração razoável do processo não é nova. Desde o ano de 1950, o artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, já garantia que "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela".<sup>240</sup>

No Brasil, o aumento exponencial da litigiosidade, ocorrido nos últimos anos, fez crescer a preocupação dos operadores do direito e dos jurisdicionados que dependem da movimentação da máquina judiciária para efetivação de seus direitos; fez com que a duração razoável do processo voltasse ao cenário de discussão com uma força ainda maior.

---

<sup>238</sup> “Entretanto, ressalta-se que o magistrado não pode ferir garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade das partes, a imparcialidade e a efetividade da tutela, para buscar a qualquer custo a celeridade na tramitação da demanda. A duração razoável do processo é o tempo necessário para que o magistrado, seguindo o procedimento previsto em lei, possa proferir decisão e, posteriormente, vê-la cumprida, disponibilizando de período necessário para que proceda a atividade cognitiva, além de permitir que as partes usufruam de todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico lhes concede.” CAMBI, Eduardo e HAAS, Adriane. *Normas Fundamentais no Novo Código de Processo Civil*. Fundamental rules in the new Civil Process Code Revista de Processo | vol. 290/2019 | p. 95 - 132 | Abr / 2019 | DTR\2019\26182

<sup>239</sup> “Atualmente o maior desafio do processualista é conciliar segurança do processo com a celeridade, pois a brevidade não pode comprometer o contraditório, a ampla defesa e outros princípios constitucionais.” TAKOI, Sérgio Massaru. *A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5.º, LXXVIII da CF/1988)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 70/2010 | p. 225 - 238 | Jan - Mar / 2010 | DTR\2010\55

<sup>240</sup> TAKOI, Sérgio Massaru. *A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5.º, LXXVIII da CF/1988)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 70/2010 | p. 225 - 238 | Jan - Mar / 2010 | DTR\2010\55

Ciente desse problema – que não é exclusividade do Brasil – o legislador tem se movimentado para buscar atingir a garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo. Nesse sentido, com a edição do atual Código de Processo Civil, no ano de 2015, houve o encurtamento substancial de prazos, procedimentos e cabimentos de recursos que, a todo momento, visavam a conferir à parte a tutela jurisdicional em prazo razoável – respeitadas as demais garantias constitucionais.

No entanto, passados quase sete anos desde a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o que se viu foi que essas medidas não foram suficientes para resolver, ou melhor, amenizar o problema da morosidade do Poder Judiciário.

Isso se deve, principalmente, pelo fato de a solução desse problema não decorrer apenas e tão somente de uma previsão normativa. Consoante observa **Artur César de Souza**, é preciso que se ataquem os diversos fenômenos que contribuem para a morosidade do dos processos, a saber: (a) endêmicas carências organizativas dos aparatos Judiciários, sob o aspecto da racional distribuição no território nacional de recursos humanos e dos meios materiais, fenômeno que aproxima o Poder Judiciário às outras formas de administração do Estado brasileiro; (b) legislação supra-abundante e caótica; (c) elevada taxa de litigiosidade, sobretudo em determinados setores Judiciários e em particular áreas geográficas, localizadas, sobretudo, em regiões de grande concentração de massas.<sup>241</sup>

Muito embora a previsão normativa, em si mesma, não seja a única solução para extirpar a morosidade que ronda o processo civil brasileiro, é certo que ela ostenta papel fundamental para o desenvolvimento de meios seguros para que se atinja a duração razoável do processo. Isto é, ela pode ser considerada como

---

<sup>241</sup> SOUZA, Artur César de. *Celeridade processual e a máxima da razoabilidade no novo CPC (aspectos positivos e negativos do art. 4.º do novo CPC)*. Procedural Celerity and a maximum of reasonableness in the new CPC (positive and negative aspects of art. 4.º of the new CPC) Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 43 - 57 | Ago / 2015 | DTR\2015\13227.

uma das bases fundamentais da transformação do processo, abandonando a morosidade e inserindo a tão sonhada celeridade processual.

Dentre essas previsões normativas que podem contribuir com a maior morosidade ou celeridade do processo, uma que merece atenção é aquela que confere amplos poderes instrutórios ao magistrado.

No cenário processual civil brasileiro, parece-nos que o protagonismo do magistrado, inclusive – e especialmente – durante a fase instrutória, contrapõe-se à duração razoável do processo que, como apontado acima, é garantida constitucionalmente a todos os cidadãos.

Analisando os poderes instrutórios do magistrado, no processo civil brasileiro, sob o enfoque da duração razoável do processo, **André Luiz Maluf de Araujo** observa como o tratamento diferenciado conferido aos magistrados e às partes pode contribuir com a morosidade do processo.

Nesse sentido, o autor aponta que, por um lado, as partes, sobrecarregadas de maneira programática pelo ônus da prova, são oprimidas por preclusões rígidas, a ponto de impedir de apelar pela produção de novos documentos. Por outro, o juiz tem o poder de determinar prova de ofício em cada etapa do procedimento, tanto na primeira instância quanto na segunda.<sup>242</sup>

Nesse sistema, que alça o magistrado à posição de destaque, pode facilmente haver abusos e inconvenientes significativos, na medida em que os juízes podem prolongar drasticamente a duração do julgamento, sob a justificativa de estarem em busca do resultado 'justo'. Juízes esses, é bom que se diga, que carregam ao seu lado prazos impróprios, ou seja, prazos destinados aos juízes e auxiliares da justiça, previstos nas legislações, mas que, uma vez desrespeitados, não geram qualquer consequência no processo.

---

<sup>242</sup> MALUF DE ARAÚJO, André Luiz. *Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil*. disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/71-pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil> - acesso em 13.10.2022

O autor, então, conclui que esse tratamento esquizofrênico conferido pela legislação processual civil brasileira demonstra duas coisas: i) que não há verdadeiramente ansiedade pela justiça e pela busca da verdade, porque, se fosse esse o caso, as partes não deveriam ser impedidas de fazer o que é permitido ao juiz: pedir a qualquer momento qualquer prova, estas admissíveis e relevantes para apurar os fatos levantados em juízo; e ii) que esse sistema não se importa com a razoável duração do processo, enquanto a preclusão causa dano as partes, pois na teoria, estão destinadas a impedir o abuso de ferramentas processuais para fins dilatórios, ficando esvaziadas pelo poder do juiz em superá-las, apresentando as provas das quais já caducaram.<sup>243</sup>

Ademais, demandas que poderiam ser solucionadas rapidamente, aplicando-lhes as regras do ônus probatório, prolongam-se no tempo sob o comando de um juiz que, imbuído das melhores intenções, busca fazer justiça. Nesse ponto, relembremos a passagem da obra de **Eduardo José da Fonseca Costa**, em que o autor afirma que a produção de prova *ex officio* apresenta cinco resultados possíveis<sup>244</sup>, todos eles favorecendo aquele que tinha o ônus de provar e não provou.

Num cenário em que o juiz entende que não há provas suficientes, não deve ele prolongar a demanda de maneira desnecessária e agir como se parte fosse<sup>245</sup>; deve, em seu lugar, julgar a demanda, aplicando a regra de julgamento

---

<sup>243</sup> MALUF DE ARAÚJO, André Luiz. *Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil*. disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/71-pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil> - acesso em 13.10.2022

<sup>244</sup> “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.” FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 172.

<sup>245</sup> Em sentido semelhante, Hugo Botto Oakley afirma: “O que realmente acontece com as provas decretadas de ofício é subsidiar o dever das partes e seus advogados, especificamente daquela que o juiz acredita ter razão, em total detrimento do direito da parte contrária, como já dito. Que se diga de forma mais clara: o juiz não tem necessidade de decretar a prova de ofício se as partes e seus advogados realizaram bem seu encargo probatório e, portanto, poderá sentir ou ter a necessidade de decretar prova de ofício quando uma ou as duas partes não tenham se desincumbido adequadamente de seu encargo probatório e isso se chama subsidiar o dever das partes processuais, o que pode ser louvável, mas que não resiste ao teste de constitucionalidade, que obriga o juiz a tratar as partes com a imparcialidade e igualdade. Insisto: cada vez que o juiz determina a prova de ofício que favorecerá uma das partes, automaticamente estará prejudicando a outra.” OAKLEY, Hugo Botto. *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico*. In DIDIER JUNIOR,

(ou de juízo) que estabelece qual das partes sofrerá com as consequências processuais advindas do fato de não ter se desvencilhado do encargo do ônus da prova que lhe competia. Evita-se, assim, o *non liquet* e o prolongamento desnecessário de processo judicial que já poderia ter sido solucionado.

### **5.3. A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO, SOB A JUSTIFICATIVA DE ESTAR EM BUSCA DA DECISÃO JUSTA, ATENTA CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO**

Como visto, a busca pela verdade real e pela justiça da decisão são as principais justificativas que levam os partidários da possibilidade de produção de prova *ex officio* a aceitarem esse sistema. No entanto, essa corrente de pensamento se esquece do mesmo direito que tem a outra parte do processo de ser julgada por um juiz imparcial, que atue sem prejulgamentos e sem juízo prévio – o que, como visto nos tópicos anteriores, não ocorrerá se o juiz decreta uma prova de ofício, já que neste momento haverá o início de um pré julgamento.<sup>246</sup>

Para além dessa parcialidade e contaminação cognitiva do julgador que determina a produção de prova de ofício – ambas já analisadas nos tópicos antecedentes –, é possível notar que utilização dessas justificativas, de busca por justiça, busca da verdade real etc, podem representar verdadeiras ameaças ao Estado Democrático e ao controle das decisões judiciais.

Isso porque, tais justificativas representam frases vazias de conteúdo e que, por isso mesmo, são de difícil controlabilidade. Noutras palavras, justamente pelo fato de não carregarem consigo conteúdo algum, essas frases

---

Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 307.

<sup>246</sup> OAKLEY, Hugo Botto. *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico*. In DIDIER JUNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013, p. 307.

podem ser utilizadas em quaisquer contextos e para atender a quaisquer subjetividades do julgador. Enunciados desse tipo, que não guardam nenhuma relação com a facticidade do caso concreto, são denominados de enunciados performáticos.

A respeito do tema, em **Maira Scavuzzi** notamos que **John Langshaw Austin** foi um dos pioneiros no desenvolvimento da teoria dos atos de fala, que contribuiu para a superação de uma visão composicional da linguagem, em que ela era entendida como termos e proposição que descrevem estados de coisas, para o estabelecimento de uma visão pragmática, em que a linguagem é feita de ações enunciativas.<sup>247</sup>

A autora prossegue, ainda com base na teoria de **John Langshaw Austin**, explicando que é possível notar a distinção entre dois enunciados: os enunciados constativos e os enunciados performativos. Os constativos são aqueles que se prestam apenas à descrição ou constatação de algo e, por isso, estão sujeitos ao um juízo de falsidade ou veracidade. Os performativos, por sua vez, são aqueles cujo fim não é a descrição, mas sim a execução, a realização de algo e, justamente por isso, não podem ser considerados verdadeiros ou falsos.<sup>248</sup>

De acordo com **John Langshaw Austin**, nenhum enunciado é meramente descritivo ou performativo. Por isso, o autor sugere nova abordagem do tema, distinguindo os aspectos locutório, ilocutório e perlocutório dos atos enunciativos. O locutório corresponde ao próprio ato de dizer; o ilocutório designa a intenção subjacente ao discurso empregado; e o perlocutório diz respeito às consequências da enunciação.

Diante disso, o que se percebe é que a diferenciação entre o enunciado performático e o constativo reside no fato de que o performático está centrado no ilocutório, ou seja, na ação desejada pelo interlocutor (perguntar, avisar,

---

<sup>247</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, p. 183.

<sup>248</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, pp. 183-184.

nomear etc) ao passo que o constativo privilegia o valor locutório, ou seja, ao conteúdo da fala.<sup>249</sup>

**Maira Scavuzzi** prossegue reconhecendo que a teoria de **John Langshaw Austin** centrava-se muito mais no estudo linguístico puro, não visando a análise da argumentação jurídica. No entanto, a autora propõe a transposição das ideias de **John Langshaw Austin** para o cenário jurídico, mais especificamente para a construção da teoria da decisão – e de seu potencial fiscalizatório – no Estado Democrático.<sup>250</sup>

Para tanto, consideram-se “constativos os enunciados que possuem forte carga constativa, que contêm em si um conteúdo semântico passível de controle de veracidade. Por outro lado, nomearemos performativos aqueles enunciados semanticamente vazios, cuja carga constativa é ínfima – e que, por isso, resistem a um controle de veracidade”.<sup>251</sup>

Ainda, em **Georges Abboud** verificamos que, no campo judicial, a utilização de enunciados performáticos se apresenta nos casos em que os julgadores se utilizam de fórmulas vazias para decidirem o caso concreto; são frases soltas que não dizem nada e não guardam relação com a facticidade *sub iudice*.<sup>252</sup>

O autor cita que “quando usados em contexto judicial, enunciados desse gênero fazem com que o mérito da lide deixe de ser avaliado em nome de um subterfúgio qualquer. Os termos frequentemente usados com função performática são interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, vontade da lei, princípio

---

<sup>249</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, pp. 188-189.

<sup>250</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, pp. 189-190.

<sup>251</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, p. 190.

<sup>252</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 335.

republicano e justiça. Em regra, esses conceitos são utilizados para conferir verniz normativo a decisões ativistas. O intérprete julga de acordo com sua própria subjetividade e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performáticos são lançados como elemento de suposta normatividade”.<sup>253</sup>

Nessa ordem de ideias, não raras vezes o termo justiça, como enunciado performático, é empregado para fazer prevalecer a subjetividade do julgador, em detrimento do direito posto. Ou seja, utiliza-se esse termo apenas para conferir verniz de legalidade à interpretação subjetiva do julgador.

Em **Maira Scavuzzi**, identificamos que aqueles que utilizam o termo justiça para a defesa de seus posicionamentos, normalmente o fazem com o intuito de atender à subjetividade do interlocutor. No caso das decisões judiciais, o termo justiça, que não diz absolutamente nada, é empregado pelos magistrados em determinados casos para manipular o direito. Ou seja, para mascarar a indevida subjetividade do agente prolator da decisão.

“O enunciado “decido para atender a um ideal de justiça”, não obstante possa se estruturar em quantidade maior ou menor de palavras, não diz absolutamente nada – poderia, inclusive, ser sintetizado na fórmula “decido porque quero”. Esse resumo só não se opera porque, num Estado Democrático de Direito, não se admite que as funções públicas sejam realizadas conforme a vontade de quem as exerce; decisão nenhuma poderia sobreviver se não fosse, ao menos, disfarçada de juridicidade, ou seja, fundamentada formalmente.

A justiça, quando é pretexto para a realização de algo, torna-se a vontade de quem detém o poder, isto é, daqueles que possuem força política para sobrepujar a sua vontade sobre as demais. Por esse prisma, a justeza, na

---

<sup>253</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 534.

qualidade de enunciado performático, assume um caráter extremamente subjetivista, no sentido de que visa aos interesses do sujeito que a emprega. Daí se dizer que “a ‘injustiça’ é um termo maleável que oferece uma roupagem erudita a preferências pessoais.”<sup>254</sup>

**Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery**, ao tratarem a respeito da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada, relembram que durante a 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, Adolf Hitler assinou uma Lei conferindo ao Ministério Público Alemão a possibilidade de dizer se determinada sentença seria justa ou não, se atendia às pretensões do Reich ou não, se atendia aos anseios do povo alemão ou não. A injustiça da decisão, nesse cenário, era motivo para que o MP alemão pudesse propor ação rescisória.<sup>255</sup> Ou seja, a justiça da decisão foi utilizada por Adolf Hitler para atender aos seus anseios totalitários, evidenciando, assim, a sua maleabilidade e, conseqüentemente, o perigo para o Estado Democrático.

Em **Rodrigo Ramina de Lucca** podemos observar que o problema da tese que confere amplos poderes instrutórios ao juiz, sob o pretexto da busca da verdade real e da justiça da decisão, é supor que o aspecto subjetivo do julgador é mais importante do que o das partes; é presumir que a verdade do juiz é mais legítima do que a verdade construída no processo:

“o equívoco não é retirar o órgão julgador da sua: (...) posição de inércia desinteressada, como se a boa prestação jurisdicional não lhe dissesse respeito, nem valorizar os mecanismos para a apuração dos fatos alegados pelas partes. O problema é supor que a verdade descoberta pelo órgão julgador é mais verdade ou mais legítima do que a verdade construída democraticamente e

---

<sup>254</sup> SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021, p. 207.

<sup>255</sup> NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, coment. 36 CPC 502, p. 1186.

paritariamente no processo pela atuação das partes. O viés autoritário faz parecer que a parcialidade das partes e de seus procuradores contamina os seus comportamentos processuais, sendo imprescindível a angelical intervenção do juiz estatal para definir o justo, o bom e o verdadeiro.”<sup>256</sup>

Por essas razões, não podemos aceitar, juridicamente e sob pena de atentarmos contra o Estado Democrático, o argumento daqueles defensores dos amplos poderes instrutórios dos magistrados que afirmam que somente assim se atingiria a justiça<sup>257</sup>. Como visto, esse enunciado não carrega em si conteúdo algum, de maneira que a sua controlabilidade – essencial num Estado Democrático – se mostra de difícil alcance – senão impossível.

## 6. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO

Como bem se sabe, a caracterização do direito defendido em juízo como difuso, coletivo, ou individual homogêneo não se dá em função da sua natureza – ou, melhor dizendo, do seu conteúdo intrínseco. Antes disso, é a soma da causa de pedir e do pedido deduzido que irá determinar o seu perfil.

Seguindo essa lógica de definição, imposta pelas regras básicas do direito processual coletivo brasileiro<sup>258</sup>, os direitos difusos são aqueles cujos titulares

---

<sup>256</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 134.

<sup>257</sup> Em sentido semelhante, André Luiz Maluf de Araújo pondera: “Concluindo, não pode haver justiça, sentença correta ou veracidade quando o juiz assume o papel da parte, pois resta certo que o poder de determinar a prova de ofício compromete a justiça e a verdade na mesma medida em que o torna parcial.”

MALUF DE ARAÚJO, André Luiz. *Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/71-pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil> - acesso em 13.10.2022.

<sup>258</sup> **CDC 81** - “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

são indetermináveis e cujo objeto é indivisível. Dito de outra forma, estaremos diante dessa espécie de direito coletivo, em sentido amplo, sempre que o pedido não puder ser dividido e quando não se puder determinar em favor de quem ele é feito. Exemplos de direitos difusos seriam o direito de respirar ar puro, ou o direito de não ser alvo de publicidade enganosa.

Já nos direitos coletivos, os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica de base. Tal como nos direitos difusos, aqui o objeto também é indivisível.

De acordo com **Patricia Miranda Pizzol**, “os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são essencialmente coletivos, tendo em vista o objeto (indivisível). Quanto à titularidade, o direito difuso pertence a uma coletividade indeterminada e indeterminável e o direito coletivo a um grupo, classe ou categoria de pessoas.”<sup>259</sup>

No mesmo sentido, **Regina Vera Villas Boas** e **Carine Valeriano Damascena** ensinam que tanto os direitos difusos como coletivos têm natureza indivisível, distinguindo-se pela sua origem e pela possibilidade de se determinar a sua titularidade.<sup>260</sup>

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos titulares são perfeitamente identificáveis e individualizáveis e cujo objeto, por conseguinte, é divisível e cindível. O que caracteriza certos direitos individuais como homogêneos é sua origem comum, e não qualquer qualidade intrínseca.

Nosso sistema de direito positivo, objetivando promover a economia processual e a evitar decisões conflitantes a respeito de um mesmo ato ilícito, permite a cumulação de indenizações por danos individuais homogêneos, coletivos e difusos, em um só processo, por meio da propositura de ACP, a ser

---

<sup>259</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 75.

<sup>260</sup> VILLAS BOAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. *Direito e Paz*. Ano 06 – n.º 11 – 2.º Semestre/2004, Lorena, Centro UNISAL, p. 110.

movida por uma das entidades listadas no rol do **CDC 82**.

Tal acúmulo de pretensões é possível, embora não seja obrigatório. Isso porque a regra geral, no sistema brasileiro, é que cada ação individual seja independente tanto em relação a outra de mesmo tipo, como quanto à eventual ação coletiva que a englobe.<sup>261</sup>

Dito de outra forma, tratando-se de direito individual homogêneo, cada lesado pode optar por mover sua ação individualmente. Caso também seja ajuizada ação coletiva com o mesmo objeto da individual, o particular lesado poderá optar pela suspensão da sua demanda. Nessa hipótese, ele poderá, no futuro, utilizar-se da decisão coletiva, se essa lhe for benéfica (coisa julgada *in utilibus*). Se desfavorável ao litigante individual, a decisão proferida nos autos da ação coletiva não o prejudicará, sendo-lhe facultado continuar com o processo outrora suspenso.

A rigor, são interesses disponíveis os quais a lei torna possível defender em juízo pela mesma via exigida para os difusos e coletivos *stricto sensu*.

É que, quando se trata de direitos individuais homogêneos, o pedido que os tem por objeto engloba, por óbvio, sua faceta patrimonial, privada. Coletiva, em oposição, é apenas a forma do seu processamento, a maneira como o direito processual permite que tais interesses sejam tutelados, sem determiná-lo de forma exclusiva.

No que toca ao objeto deste trabalho, entendemos que o fato de uma ação ser coletiva ou individual não altera a nossa conclusão pela impossibilidade de produção de prova de ofício pelo magistrado.

A se admitir uma alteração de posicionamento para tratar das ações

---

<sup>261</sup> **CDC 104** - “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

coletivas, estaríamos incidindo no mesmo equívoco daqueles que autorizaram a produção de prova de ofício no sistema processual civil e a vedaram no sistema penal. Ou seja, estaríamos criando dois conceitos de imparcialidade, o que, com a devida vênia, não é possível.

Assim, se entendemos que a imparcialidade é um dos motivos que nos levaram à conclusão pela impossibilidade de produção de prova ofício nas demandas individuais, o mesmo deve valer para as demandas coletivas. Nada muda em relação à vedação imposta ao juiz em razão da indisponibilidade do direito material ou da vulnerabilidade das partes.

A bem da verdade, nos casos das demandas coletivas, a determinação de produção de prova *ex officio* se mostra ainda mais incabível. Isso porque, quando a causa envolve direitos indisponíveis, há a atuação do Ministério Público (artigo 176 do Código de Processo Civil), que tem poderes para, observando a omissão da parte, requerer a produção das provas necessárias ao julgamento da causa.

“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.”<sup>262</sup>

Ou seja, não é o magistrado quem deve substituir a função das partes; o próprio ordenamento jurídico determina a necessidade de participação do Ministério Público para que ele, Ministério Público, se for o caso, requeira a produção de determinada prova.

É evidente, assim, que ainda quando o direito *sub iudice* for indisponível, não há a possibilidade de o juiz determinar a produção de prova *ex officio*, atuando como se parte fosse.

## **7. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO LIMITADOR À PRODUÇÃO DE PROVAS**

Outro ponto conectado ao objeto deste trabalho e de extrema relevância aos operadores do direito respeita à (im)possibilidade de as partes limitarem os poderes instrutórios do juiz mediante a celebração de negócio jurídico processual.

O negócio jurídico processual, novidade trazida no artigo 190 do Código de Processo Civil, dispõe que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, as partes plenamente capazes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdade e deveres processuais.

Além de ter o condão de promover a solução mais célere do processo, esse dispositivo também confere espaço aos litigantes na construção democrática do procedimento. Nesse contexto, **Rosa Maria de Andrade Nery** observa que a

---

<sup>262</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90, 2015, p.159.

novidade trazida pelo artigo citado ampliou o espectro de disposição das partes: “não apenas permite-se a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841 do CC/2002), como também com relação a regras procedimentais de processo em que o objeto litigioso verse sobre os direitos que admitem autocomposição, quais sejam direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841 do CC/2002 e art. 190 do CPC/2015).”<sup>263</sup>

Com efeito, o negócio jurídico pode ser dividido em típico ou atípico. Estamos diante de negócio jurídico típico nos casos em que o seu objeto se relaciona àquilo que está previsto no ordenamento jurídico; já o atípico é aquele que não possui previsão expressa e não é proibido por lei – há, aqui, necessidade maior de o juiz controlar a validade e eficácia do negócio, tal como prevê o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil.

No que toca à utilização do negócio jurídico processual como limitador da produção de provas do magistrado, **Michele Taruffo** manifesta-se de maneira contrária em artigo intitulado “Verdade Negociada”.<sup>264</sup>

O artigo é escrito em partes a que o autor denomina de premissas: P1 – O mundo externo existe na sua materialidade empírica; P2 – Um enunciado no qual se diz que um evento do mundo externo verificou-se assim e assim, é verdadeiro se aquele evento se verificou assim e assim, e é falso em caso contrário; P2-bis Um enunciado sobre um evento do mundo externo é considerado verdadeiro se existem razões suficientes a justificar aquilo que o enunciado diz acerca daquele evento; P3 Existe a possibilidade de descobrir, com métodos adequados e confiáveis, a verdade sobre eventos do mundo externo; P4 O processo é justo se é sistematicamente orientado para a produção de decisões justas; P5 Uma decisão é justa se se funda sobre uma averiguação veraz dos fatos relevantes.

---

<sup>263</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação*. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 DTR\2016\129.

<sup>264</sup> TARUFFO, Michele. *Verdade Negociada?* trad. Pedro Gomes de Queiroz, *In* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 8, vol. XIII, jan./jun. 2014, p. 634-657, Rio de Janeiro.

Feita a exposição das premissas, o autor as sintetiza da seguinte forma:

“As premissas que são agora sinteticamente formuladas sugerem um modelo ideal de decisões que parece indicado sobre dois fatores fundamentais. De um lado, as premissas P1, P2 (ou P2-bis) e P3 demonstram a possibilidade que se consiga um conhecimento verdadeiro de acontecimentos que se colocam no mundo externo em relação ao sujeito que os conhece. Em termos processuais, isso significa que existe a possibilidade de averiguar com métodos adequados que dizem respeito à admissão, à assunção e à valoração das provas, a verdade “real” (não uma verdade “processual” ou “formal”) dos fatos relevantes para a decisão. Deste modo, se fornecem razões para justificar a rejeição de todas as teses céticas, irracionais e subjetivas, que de várias formas tendem a excluir que no processo possa aceitar-se a verdade “real” dos fatos. Por outro lado, as premissas P4 e P5 mostram que, em linhas gerais, e, em particular no contexto determinado da cláusula do “justo processo”, ocorre reconhecer que a averiguação da verdade dos fatos não é só possível, mas também é necessária a fim de que o justo processo explique efetivamente a função que lhe é própria.”<sup>265</sup>

O autor conclui seu artigo afirmando que não seria possível às partes a negociação da verdade mediante negócio jurídico que teria o condão de vincular o magistrado; assim, a verdade dos fatos não seria passível de negociação pelas partes.

Para contrapor o equivocado posicionamento de **Michele Taruffo**, **Blaceute Oliveira Silva** escreveu o artigo intitulado “Verdade como objeto do

---

<sup>265</sup> TARUFFO, Michele. *Verdade Negociada?* trad. Pedro Gomes de Queiroz, In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 8, vol. XIII, jan./jun. 2014, p. 634-657, Rio de Janeiro.

negócio jurídico processual”, em que aponta as inconsistências da tese do Professor italiano e as razões pelas quais a verdade pode ser objeto de negociação.<sup>266</sup>

Para o que interessa ao presente trabalho, o autor brasileiro aponta que, nesses casos, não é a verdade que está sendo negociada, mas, sim, os meios para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão. Assim, se o critério de aferição for a verdade, que esta seja medida pelo meio adequado fixado em lei ou pelas partes.<sup>267</sup>

Noutras palavras, não se negocia a verdade, mas a verdade é, segundo a prova e esta pode ser, segundo os meios previstos em lei, ou negocialmente estabelecido pelos interessados. Ou seja, o negócio jurídico processual sobre a prova estipula o modo como irá ser produzida a norma de decisão e quais os critérios aptos a estabelecer a fixação dos fatos no processo. Já é assim. O autor e o réu provam como querem e o que querem, mas isso de modo unilateral. Por que não de forma plurilateral?<sup>268</sup>

Prossegue o autor, de maneira acertada, afirmando que não se está a defender que o magistrado seja manipulado pelas partes, mas que, quando as partes assim o desejarem, elas possam usar sua liberdade para estabelecer como o fato pode ser fixado no processo judicial – que, naturalmente, deverá passar sob o crivo de validade e eficácia do magistrado.

Também defendendo a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual para limitar os poderes instrutórios do juiz, **Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave** aponta que o artigo 190 do Código de Processo Civil prevê

---

<sup>266</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Disponível em: [https://www.academia.edu/30493760/VERDADE\\_COMO\\_OBJETO\\_DO\\_NEGOCIO\\_JURIDICO\\_PRO\\_CESSUAL\\_1\\_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRO_CESSUAL_1_.pdf) - acesso em 22.10.2022.

<sup>267</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Disponível em: [https://www.academia.edu/30493760/VERDADE\\_COMO\\_OBJETO\\_DO\\_NEGOCIO\\_JURIDICO\\_PRO\\_CESSUAL\\_1\\_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRO_CESSUAL_1_.pdf) - acesso em 22.10.2022.

<sup>268</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Disponível em: [https://www.academia.edu/30493760/VERDADE\\_COMO\\_OBJETO\\_DO\\_NEGOCIO\\_JURIDICO\\_PRO\\_CESSUAL\\_1\\_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRO_CESSUAL_1_.pdf) - acesso em 22.10.2022.

que o objeto do negócio processual é o direito, ônus ou dever das partes. Entretanto, o fato de as partes negociarem sobre os seus ônus, direitos ou deveres não impede que esta negociação impacte na atividade judicial.<sup>269</sup>

Assim, por ser a produção de provas um ônus das partes, havendo negócio jurídico processual entre elas a respeito da produção ou não produção de determinada prova, seja esse negócio pré ou pós-processual, o juízo competente para o julgamento do processo deverá obedecer ao quanto estipulado pelas partes, funcionando tal disposição como efetivo limitador da atuação do juiz na produção de provas de ofício. Essa é apenas a decorrência natural da validade do negócio, nada mais do que isso.<sup>270</sup>

No mesmo sentido, **Blaceute Oliveira Silva** aponta que a despeito de o juiz não estar vinculado ao negócio jurídico do qual não participou, deve observar o que nele foi posto:

“Pode-se assim afirmar que o negócio jurídico vincula as partes que participaram do acordo. Se o magistrado não participou do acordo, estará vinculado? Não. Mas deverá analisar o aludido fato jurídico nos contornos do que fora estipulado pelas partes. Já é assim quando analisa qualquer negócio jurídico. Não será diferente. Em juízo as partes levam o caso para que ele apresente a solução. O caso pode ou não ter negócio jurídico sobre a prova. Se tiver, deverá seguir seus contornos, sob pena de negar

---

<sup>269</sup> PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. *O negócio jurídico processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz: primeiras impressões*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-12-o-negocio-juridico-processual-sobre-provas-e-os-poderes-instrutorios-do-juiz-primeiras-impressoes-por-ana-beatriz-ferreira-rebello-presgrave> - Acesso em 22.10.2022.

<sup>270</sup> PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. *O negócio jurídico processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz: primeiras impressões*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-12-o-negocio-juridico-processual-sobre-provas-e-os-poderes-instrutorios-do-juiz-primeiras-impressoes-por-ana-beatriz-ferreira-rebello-presgrave> - Acesso em 22.10.2022.

eficácia a negócio jurídico válido.”<sup>271</sup>

Em **Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira** encontramos o mesmo posicionamento: o juiz está obrigado a se ater às limitações probatória livremente determinadas pelas partes:

“A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há inércia, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinada prova.

Nesses casos, poderia o juiz, com base no art. 370 do CPC, determinar, ainda assim, a produção da prova?

Parece-nos que não.”<sup>272</sup>

Para **Robson Renault Godinho**, a preocupação de o negócio jurídico processual limitador de provas influenciar demasiadamente na atividade do juiz sequer deveria ser um problema, ou preocupação. Isso porque, todo e qualquer negócio jurídico repercute inexoravelmente na atividade do magistrado – e isso não é um problema:

“Os exemplos poderiam se multiplicar, mas a ideia que deve ser fixada é a inevitabilidade de um negócio

---

<sup>271</sup> SILVA, Blecaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Disponível em: [https://www.academia.edu/30493760/VERDADE\\_COMO\\_OBJETO\\_DO\\_NEGOCIO\\_JURIDICO\\_PRO\\_CESSUAL\\_1\\_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRO_CESSUAL_1_.pdf) - acesso em 22.10.2022.

<sup>272</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015. v. 2, pp. 90-91.

processual afetar a atividade do juiz, o que, por si só, não atinge sua admissibilidade. Na medida em que a eficácia de um ato processual em sentido amplo se dará no contexto de um processo, a atividade jurisdicional será atingida. Isso vale para qualquer negócio processual e, por isso, não caracteriza uma nota distintiva dos acordos probatórios e, muito menos, constitui argumento válido para inadmiti-los aprioristicamente.”<sup>273</sup>

Evidenciando que não há qualquer irregularidade no negócio jurídico processual que discipline matéria probatória, **Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave** observa que o artigo 472 do Código de Processo Civil é outro que possibilita a negociação sobre provas, limitando a atuação do juiz à perícia consensual.<sup>274</sup>

Com a devida vênia àqueles que pensam de maneira diversa, entendemos que não há interesse estatal na realização de uma prova que as próprias partes dispensaram – desde que, naturalmente, essa dispensa não tenha como objetivo a prática de atos vedados pela lei, daí a importância do controle de validade.

Os motivos que levam as partes a dispensarem a produção de determinada prova são diversos (v.g. alto valor, embaraço às partes ou a terceiros etc) de modo que não cabe ao juiz, enquanto agente estatal, impor às partes um custo processual – de tempo, desgaste pessoal ou econômico - que elas, consensualmente, não estão dispostas a pagar.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015.

<sup>274</sup> PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. *O negócio jurídico processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz: primeiras impressões*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-12-o-negocio-juridico-processual-sobre-provas-e-os-poderes-instrutorios-do-juiz-primeiras-impressoes-por-ana-beatriz-ferreira-rebello-presgrave> - Acesso em 22.10.2022.

<sup>275</sup> PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. *O negócio jurídico processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz: primeiras impressões*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-12-o-negocio-juridico-processual-sobre-provas-e-os-poderes-instrutorios-do-juiz-primeiras-impressoes-por-ana-beatriz-ferreira-rebello-presgrave> - Acesso em 22.10.2022.

Tem-se, assim, que o negócio jurídico processual a respeito de provas decorre da inovação procedimental trazida pelo Código de Processo Civil, que conferiu maior autonomia aos litigantes.

## 8. CONCLUSÃO

Feitas as reflexões acima, parece-nos evidente que a disposição contida no artigo 370 do Código de Processo Civil deve ser objeto de análise crítica. A bem da verdade, aqueles que enxergam nesse dispositivo um sinal de que o juiz estaria, a partir dele, aproximando-se de uma decisão mais justa ou da verdade real, estão mais guiados pela emoção do que pela razão.

Nesse sentido, é preciso analisar com cautela os argumentos dos defensores dos amplos poderes instrutórios do juiz, que prometem uma decisão mais justa, sob o risco de ele resultar, ao final do dia, a perda de importantes garantias do jurisdicionado.

Ademais, no caso dos poderes instrutórios, ao substituir a função da parte, ou agir de maneira complementar a ela, o juiz, naturalmente, toma partido e deixa de lado a sua necessária imparcialidade; tudo isso sob o argumento de que estaria em busca de uma decisão mais justa que mais se aproxima da verdade real.

Aos juízes, ou melhor, aos seres humanos, ainda não foi dada a atribuída a capacidade de apagar da memória o pré-conceito formado a partir de determinado fato, de modo que, ao determinar a prova *ex officio*, por mais que esteja norteado pelas melhores intenções, o juiz se contamina pela parcialidade daquela tese que o levou a requerer a prova.

Ao perder esse atributo necessário, que representa garantia fundamental à disposição do jurisdicionado, o qual deve ser respeitado em todos os casos, o juiz, automaticamente, deixa de possuir legitimidade para julgar o caso, devendo

ser imediatamente substituído por outro que não tenha participado dessa instrução oficiosa.

Ainda, é curioso notar que o tratamento conferido a esse mesmo tema, na esfera penal, é completamente diferente.

O artigo 3.º-A do Código de Processo Penal estabeleceu, de maneira expressa, o sistema de processo acusatório e, conseqüentemente, vedou a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. De acordo com os doutrinadores, somente assim, com a divisão clara dos trabalhos durante o processo, seria possível atingir a imparcialidade do julgador.

Compreendemos que essa correta disposição contida no Código de Processo Penal também deveria ser reproduzida para as ações cíveis, afinal, não há como conferir interpretações antagônicas a respeito de um mesmo tema. Isto é, não há como dizer que o juiz que produz prova de ofício perde a sua parcialidade no civil, mas não no penal. Ou se entende para todas as situações que o magistrado que age de ofício perde a sua parcialidade – com o que concordamos – ou se entende que isso não macula a imparcialidade do julgador.

Além disso, o juiz que determina a produção de prova de ofício viola a garantia constitucional da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional. A produção de prova *ex officio* atrasa o curso natural do processo e, conseqüentemente gera prejuízo às partes.

Como demonstramos neste trabalho, caso em que o juiz determina a produção de prova *ex officio* deveria, em verdade, ser julgado imediatamente, aplicando às partes os ônus probatórios que lhes competem. Isso significa dizer que, falhando o autor na produção de prova do fato constitutivo de seu direito, o resultado será a improcedência dos pedidos; falhando o réu na produção de prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor – e havendo prova do fato constitutivo – o resultado será a procedência dos pedidos.

Não há como o juiz se desvencilhar das regras do ônus probatório para,

sob o argumento de ‘fazer justiça’, determinar a produção de prova *ex officio*, como se fosse um investigador de fatos.

Ademais, também deve ser analisado com cautela o argumento daqueles que defendem amplos poderes instrutórios do juiz, pois assim seria alcançada a justiça. Justiça, como demonstramos, é um enunciado performático, que não carrega em si um conteúdo. Justamente por não carregar conteúdo algum, pode ser utilizada nos mais diversos contextos e ajustada confere a interpretação subjetiva do interlocutor – juiz.

Tudo isso evidencia que esse termo – assim como todos os enunciados performáticos – não possui um mínimo de controlabilidade, o que representa verdadeira ameaça ao Estado Democrático, que se vê de mãos atadas diante da excessiva subjetividade do julgador.

Neste trabalho, também analisamos se a produção de prova *ex officio* seria permitida nas ações coletivas. Em nosso sentir, nada se altera quando estamos diante de ações coletivas: o juiz, ainda nesses casos, continua impedido de produção provas *ex officio*, pelos mesmos motivos listados acima.

Ora, não há como se adotar dupla e antagônica interpretação a respeito do mesmo tema. Assim, para não cometer o mesmo equívoco daqueles que possuem diferentes visões do processo civil e penal, entendemos que nos casos das ações coletivas também deve ser vedada a atuação ativa do magistrado durante a fase instrutória – essa atividade, se for o caso, poderá ser desempenhada pelo Ministério Público, órgão devidamente investido por lei para requerer as provas que entender necessárias ao julgamento da ação coletiva.

Por fim, não vislumbramos óbices no que toca à elaboração de negócio jurídico prevendo a limitação dos poderes instrutórios do juiz. Sobre esse particular, o artigo 190 do Código de Processo Civil prevê que o objeto do negócio processual é o direito, ônus ou dever das partes. Por se a produção de provas ônus das partes, havendo negócio jurídico processual entre elas a respeito da produção ou não produção de determinada prova, o magistrado deve

obedecer ao quanto acordado pelas partes.

Assim, sem a pretensão de esgotar as discussões a respeito do tema, concluímos por meio deste estudo que o artigo 370 do Código de Processo Civil não deve ser entendido como uma ‘carta branca’ conferida ao magistrado para determinar, de ofício, a produção de toda e qualquer que entender necessária; deve-se, antes, analisar esse dispositivo de maneira crítica, percebendo-se, ao final, que ele representa nítida violação às garantias fundamentais do jurisdicionado – destacando-se, aqui, a garantia que todo indivíduo possui de ser julgado por um magistrado imparcial.

## 9. REFERÊNCIAS

- ABOUD, Georges e LUNELLI, Guilherme. *Ativismo e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de processo, n. 242, pp. 21-47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 335.
- ABREU, Pedro Manoel e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (organizadores). *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*, 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo, Atlas, 2006.
- AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada na razón*. Valência, Tirant lo Blanch, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Temas de Direito Processual (quarta série), São Paulo, Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Duelo e processo*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, n. 23, jan/jun, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual: (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- \_\_\_\_\_. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – (segunda série), São Paulo, Saraiva, 1988.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.
- BRAGA, Sidney Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, jan.-dez 1962.
- CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, São Paulo: Método, 2008.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012.
- CAHALI, Francisco José Cahali. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Editora Pilares, 2013, p. 46.
- CAMBI, Eduardo e HAAS, Adriane. *Normas Fundamentais no Novo Código de Processo Civil*. Fundamental rules in the new Civil Process Code Revista de Processo | vol. 290/2019 | p. 95 - 132 | Abr / 2019 | DTR\2019\26182. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- CANTEROS, Fermín. *Garantismo Procesal vs Activismo Judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 99, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

- CARACIOLA, Andrea Boari *et al.* *Teoria geral do processo contemporâneo*, São Paulo: Atlas, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da congruência no código de processo civil*, São Paulo: LTr, 2010.
- CARVALHO FILHO, Antônio. *Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal*. 2021, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – São Paulo, SP.
- CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo, Saraiva, 2013.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- CORDÓN, Faustino Moreno. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2.<sup>a</sup> ed. Navarra, Arazandi, SA, 2002.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Depalma, 1978.
- CURY, Augusto Jorge. *Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial*. Revista de Processo | vol. 277/2018 | p. 79 - 110 | Mar / 2018 | DTR\2018\8982. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press, 1986
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul/set 2013.

- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11.<sup>a</sup> ed., Editora JusPodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., Salvador, JusPodivm, 2015.
- \_\_\_\_\_.; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rumo Gráfica Editora Ltda., 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989.
- FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Processo e garantia*. Londrina, Thoth, 2021.
- \_\_\_\_\_. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90, 2015.
- FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law*. Revista de processo, São Paulo, ano 33, n. 163, set/2008.
- GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015.

- GOMES DE QUEIROZ, Pedro. O poder do juiz de produzir prova de ofício. Revista de Processo | vol. 304/2020 | p. 179 - 200 | Jun / 2020 DTR\2020\7321. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os poderes do juiz penal na América Latina, na obra coletiva 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 (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GUMIERI VALÈRIO, Marco Aurélio. *Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social*. Revista de Direito Privado. vol. 69/2016. p. 15-27. Set/2016, DTR\2016\23053, São Paulo. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- JOLOWICZ, John Anthony. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation*. On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octávio. *Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. 1.ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2017.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019.
- MALUF DE ARAÚJO, André Luiz. *Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil*. disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/71->

pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil - acesso em 13.10.2022.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- \_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

- MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, Padova: Cedam, 1966.

- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.

- MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1992.

- MONTERO AROCA, Juan (coord). *Proceso civil e ideologia: un prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- \_\_\_\_\_; *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- MORENO, Cordón. *Introducción al derecho procesal*. Pamplona, EUNSA, 1994.

- MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção de prova*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A, 1949.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 20.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.

- \_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_. *Código Civil Comentado*, 14.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Thomson Reuters Brasil, 2022.
- NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação*. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 DTR\2016\129. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.<sup>a</sup> ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2017.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Civil*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEGINI, Adriana Regina Barcellos; FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin de; MALAFAIA, Evie Nogueira e.; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. PEREIRA, Mateus Costa e FILHO, Roberto. Campos Gouveia (Orgs.). *Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa*. Londrina: Thoth, 2019.
- PEREIRA, Mateus Costa. *Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco, 2018.
- PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. *O negócio jurídico processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz: primeiras impressões*. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-12-o-negocio->

juridico-processual-sobre-provas-e-os-poderes-instrutorios-do-juiz-primeiras-impressoes-por-ana-beatriz-ferreira-rebello-presgrave - Acesso em 22.10.2022.

- RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício*. Revista de Processo, vol. 190/2010, p. 315-337, Dez/2010.

- RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS – Porto Alegre.

- ROSENBERG, Leo, SHWAB, Karl Heinz e GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht*, 17.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 2010.

- \_\_\_\_\_. *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

- ROSSI, Júlio César. *Garantismo processual versus “neoprocessualismo”: as iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais?* Revista de Direito Processual Civil, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020.

- SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007.

- SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo, Saraiva, 1983.

- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 3.

- SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA.

- SANTOS FERREIRA, William. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- SCAVUZZI, Maira. *Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte, Letramento, 2021.
- SERRANO NUNES JR., Vidal (coord.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SHIMURA, Sergio Seiji e TIBERIO LUZ, Tatiana. *Os limites aos poderes instrutórios do juiz*. Revista de Processo | vol. 310/2020 | p. 89-111 | Dez / 2020 DTR\2020\14334. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- SILVA, Blecaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Disponível em: [https://www.academia.edu/30493760/VERDADE\\_COMO\\_OBJETO\\_DO\\_NEGOCIO\\_JURIDICO\\_PROCESSUAL\\_1\\_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PROCESSUAL_1_.pdf) - acesso em 22.10.2022.
- SOUSA, Diego Crevelin de. *Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provarcontra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>. Acesso em 15 de agosto de 2022.
- \_\_\_\_\_. *Segurando o Juiz Contraditor pela Imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes*; Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Vol. 96. 2016, pp.70-71.
- \_\_\_\_\_. *Imparcialidade. A divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. São Paulo: Casa do Direito, 2021.
- SOUZA, Artur Cesar. *O princípio da imparcialidade e a atividade probatória ex officio do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago.2019.

- \_\_\_\_\_. *Celeridade processual e a máxima da razoabilidade no novo CPC (aspectos positivos e negativos do art. 4.º do novo CPC)*. Procedural Celerity and a maximum of reasonableness in the new CPC (positive and negative aspects of art. 4.º of the new CPC) Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 43 - 57 | Ago / 2015 | DTR\2015\13227. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- STRECK, Lenio Luiz (ORG). *et. alii. Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, coment. n. 2.2 CPC 371.
- TAKOI, Sérgio Massaru. A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5.º, LXXVIII da CF/1988). Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 70/2010 | p. 225 - 238 | Jan - Mar / 2010 | DTR\2010\55. Disponível em: [www.rtonline.com.br](http://www.rtonline.com.br).
- TARUFFO Michele, *Cultura y proceso en Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- \_\_\_\_\_. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Verdade Negociada?* trad. Pedro Gomes de Queiroz, *In* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 8, vol. XIII, jan./jun. 2014, p. 634-657, Rio de Janeiro.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011.
- VILLAS BOAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. *Direito e Paz*. Ano 06 – n.º 11 – 2.º Semestre/2004, Lorena, Centro UNISAL.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.