

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Adriana Delboni Taricco

**Critérios delimitativos da atividade
probatória de ofício no processo civil**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2015**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Adriana Delboni Taricco

**Critérios delimitativos da atividade
probatória de ofício no processo civil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

SÃO PAULO
2015

BANCA EXAMINADORA

Dedico este estudo a Valyrio Luiz Delboni (*in memoriam*), Nelly Pedrosa Delboni (*in memoriam*), Ítalo Francisco Taricco (*in memoriam*) e Ema Elisa Thompson Taricco (*in memoriam*), meus avós.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor João Batista Lopes, meu orientador, pela serenidade e disponibilidade.

A Solange Maria Luiz Delboni Taricco e Mario Augusto Taricco, meus pais, pelo exemplo.

À Maria Luiza Taricco Franco, minha filha, pelo modelo de alegria.

A Ricardo Augusto de Sousa Franco, pela caminhada em dupla.

À Luciana Delboni Taricco, minha irmã, por ser meu porto seguro.

A William Jacobsen Teixeira, cunhado-irmão, pelas boas ideias, sempre.

À Sílvia Melo da Matta, amiga da graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, companheira de profissão e parceira de mestrado, pelo estímulo.

Aos queridos servidores da 1ª Vara Federal de Ponta Porã - MS, da 5ª Vara Federal Criminal de Campo Grande - MS, da 2ª Vara Federal Cível de Campo Grande - MS, e da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo por terem sempre encampado os meus desafios, auxiliando-me em todos os aspectos, não apenas profissionais, mas pessoais e acadêmico.

RESUMO

TARICCO, Adriana Delboni. *Crítérios delimitativos da atividade probatória de ofício no processo civil*. 2015. 104 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

O cerne deste trabalho é a tentativa de fixação de critérios que delimitem a atuação judicial de ofício no campo probatório. Para tanto, são trazidas à discussão as teorias filosóficas do ativismo judicial e do garantismo processual, levando em conta o panorama atual do direito probatório no Brasil, sempre na tentativa de se fixar meios de controle à atividade probatória de ofício. Parte-se da análise de temas polêmicos no campo da prova judicial, tais como a sua conceituação, a definição de verdade processual, a delimitação da natureza das normas sobre provas, as regras referentes à aplicação do ônus da prova, o papel das provas atípicas no sistema jurídico e a aceitação das provas ilícitas por meio da aplicação da proporcionalidade. Nessa perspectiva, são consideradas as duas teorias filosóficas, do ativismo e do garantismo, seguidas do exame da figura do juiz no novo Código de Processo Civil. Ao final, são fixados três modos de se controlar a atividade probatória de ofício: o respeito ao sistema de enjuizamento, o prestar contas do magistrado no campo da interpretação e a viável, mas ainda inexistente, figura do juiz instrutor.

Palavras-chaves: Atividade probatória de ofício – Ativismo judicial – Garantismo processual – Princípio dispositivo – *Accountability* hermenêutica – Juiz instrutor.

ABSTRACT

TARICCO, Adriana Delboni. *Limiting criteria of ex-officio evidence activity in the civil process*. 2015. 104 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

The core of this work is the attempt to fix criteria that clarify the ex-officio judicial action in the evidence field. To do that, the philosophical theories of judicial activism and procedural guarantism are brought to discussion, taking into account the current situation of the evidentiary law in Brazil, always in an attempt to establish means to control the ex-officio evidence activity. It starts from the analysis of controversial issues in the field of judicial evidence, such as its concept, the definition of procedural truth, the delimitation of the nature of the rules on evidence, the rules concerning the application of the burden of proof, the role of atypical evidence in the legal system and the acceptance of illegal evidence through the application of proportionality. From this perspective, two philosophical theories, activism and guarantism, are considered, followed by the examination of the judge's figure in the new Civil Procedure Code. In the end, three ways to control the ex-officio evidence activity are fixed: the respect of the “*enjuizamento*” system, the judge's interpretation accountability and the viable, but still non-existent, figure of the investigating judge.

Keywords: Ex-officio evidence activity – Judicial activism – Procedural guarantism – Dispositive principle – Hermeneutical accountability – Investigating judge.

“Lutar por *uma verdade* é algo totalmente distinto de lutar **pela** verdade.”

(NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira. Fragmentos póstumos*).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PANORAMA ATUAL DO DIREITO PROBATÓRIO NO BRASIL.	14
1.1 Controvérsia doutrinária sobre o conceito de prova.....	14
1.2 A prova e a verdade possível de ser alcançada no processo.....	19
1.3 Natureza das normas sobre prova: direito processual ou direito material?	27
1.4 Doutrina contemporânea sobre o ônus da prova	31
1.5 Provas atípicas: um sistema aberto com relação ao ingresso de provas no processo em uma sociedade mutante.....	45
1.6 Provas ilícitas e a proporcionalidade: sempre um desafio.....	53
2 ATIVISMO JUDICIAL <i>VERSUS</i> GARANTISMO PROCESSUAL	59
2.1 Ativismo judicial e judicialização da política como temas diversos	59
2.2 Garantismo processual.....	65
2.3 O novo Código de Processo Civil e a figura do magistrado: um juiz ativo ou um juiz ativista?	74
3 FIXAÇÃO DE LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ POR MEIO DO SISTEMA DE AJUIZAMENTO E O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PARTES	79
3.1 A verdadeira face do princípio dispositivo e a colaboração entre as partes	79
3.2 A prestação de contas do juiz acerca suas interpretações perante a sociedade: <i>accountability</i> hermenêutica	81
3.3 O juiz instrutor, o juiz impedido e o princípio da identidade física do juiz	90
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Procurar o Poder Judiciário costuma ser a última opção de uma pessoa que tenta resolver algum problema na vida prática. Isso porque, além do dispêndio referente ao pagamento de honorários advocatícios, custas judiciais e à produção de provas, ainda há o inegável desgaste psicológico das partes, que passam a comparecer em juízo e frequentemente esperar anos, por vezes décadas, por uma resposta definitiva em última instância.

Assim que uma ação é ajuizada, um magistrado conhece fatos trazidos apenas pelo requerente e, porque o autor da ação visa a uma conduta do requerido, seja ela ativa ou omissiva, passa a ser necessário o chamamento do réu ao processo.

A partir dessa fase, em regra, o juiz tem acesso às alegações do réu, que normalmente afrontam a argumentação do autor provocador da lide em juízo. Por causa do usual dissenso, as provas passam a ter notável importância, já que o desfecho da relação processual depende, na maior parte das vezes, do resultado da produção probatória.

Não há ação judicial sem fato e, na maioria dos casos, o fato precisa ser provado em juízo. Não basta dar ao autor e ao réu a possibilidade de ingressarem em juízo se não puderem comprovar o que alegam, no intuito de convencer o julgador a decidir a favor ou contra o pedido da inicial. Além disso, a prova deve ser efetivamente analisada, considerada ou rechaçada pelo juiz de maneira motivada.

A finalidade do processo que tramita no Estado é pacificar a sociedade por meio de serviço público estatal (jurisdição) que substitui as condutas das partes, quiçá violentas, para buscar o bem almejado.

Diante da importância do tema *prova*, o ordenamento jurídico atual o regula, visando à segurança jurídica de toda a Nação, que passa a conhecer e a confiar no serviço público jurisdicional adotante de regras previamente estabelecidas pelos representantes do povo.

Estudar, portanto, o complexo e extenso tema *prova judicial* é mais do que pensar em quem, quando, como e para que levar as alegações sobre fatos para os autos de um processo

que tramita no Poder Judiciário, vai além da reflexão sobre a construção de fundamentos que motivarão a decisão final do juiz.

A matéria tem perfil processual e material, inclusive constitucional, na medida que a Constituição Federal de 1988 abarcou todas as disciplinas do direito. Não há ramo jurídico que não encontre embasamento na Carta e com base nesta, portanto, as regras processuais legais devem ser analisadas.

Dentre os inúmeros tópicos relacionados ao tema, o corte epistemológico realizado pretende propiciar a investigação sobre até que ponto o juiz pode provocar a produção da prova sem gerar insegurança jurídica, sem afrontar o sistema formado pelas regras pré-postas e pelos respectivos princípios.

A escolha por essa ruptura na matéria surgiu de constatações empíricas, na medida que, no dia a dia, o resultado da lide pode variar, e muito, de acordo com a atuação de ofício de cada magistrado.

No mundo experimental, se o juiz, na dúvida, diante de alegações contrapostas, provoca a produção de prova e leva em conta o respectivo resultado, a sentença será diversa daquela proferida pelo magistrado que, diante da mesma incerteza, nada faz além de aplicar a regra do ônus da prova.

Se todos os magistrados agissem e pensassem da mesma forma com relação ao tema, não haveria insegurança jurídica ou dúvidas quanto aos possíveis resultados de uma lide. A realidade, porém, é outra, o que torna o corte sobre o objeto de estudo interessante para a análise pontual da atividade probatória de ofício.

Enquanto há magistrados mais ativos que usam todos os sistemas de informação existentes e colocados à disposição do Judiciário, há outros que entendem que, assim agindo, estariam usurpando as funções dos advogados, deixando de lado a sua imparcialidade e a sua equidistância, para agir como parte.

Como efeito disso, há respostas judiciais diversas em casos equivalentes, unicamente por conta da atuação dos juízes que presidem os processos. O que acontece na prática é

aflitivo, não só pelo motivo da disparidade nos resultados finais que poderiam ser semelhantes, mas pelo fato de que, inúmeras vezes, a postura omissa do magistrado consiste em afronta ao acesso à jurisdição.

Mas, em contrapartida, até que ponto pode o julgador agir? A atuação probatória de ofício não deve ser ilimitada. A boa intenção do magistrado não pode embasar a decisão judicial. A conduta do magistrado deve ser fundamentada no sistema jurídico brasileiro, composto por regras legais e principiológicas.

As regras não permitem que o juiz trabalhe de ofício sem restrições, pois não há poder ilimitado na Constituição Federal de 1988. O tema da dissertação foi escolhido justamente por causa da dificuldade de visualização do limite ao poder de provocação de prova de ofício.

O tema *prova judicial* é analisado na esfera do processo civil, já que, no âmbito processual penal, com princípios próprios, seria necessário trilhar outros caminhos, que não serão aqui levados em conta.

Em que pese a motivação para a escolha do tema ter sido a prática do dia a dia, a metodologia utilizada neste estudo é a análise de algumas obras doutrinárias, nacionais e estrangeiras.

O objeto não é comprovar a existência de diferentes comportamentos de magistrados quanto à provocação de produção de prova de ofício e as respectivas consequências. O que interessa, por ora, é buscar, dentre os ensinamentos de alguns estudiosos, combinados às regras do sistema jurídico, a existência e a definição de lindes à atuação judicial de ofício no campo probatório.

O tema referente aos poderes instrutórios do juiz, no processo civil brasileiro, é matéria amplamente debatida e objeto de várias obras doutrinárias de relevo, dissertações e teses, mas ainda gera discussões e polêmicas.

A exposição é dividida em três partes, sendo a primeira um panorama do direito probatório atual, levando em conta temas que continuam a instigar os estudiosos do processo civil, como o controverso conceito de prova, o mito sobre a verdade real ou substancial, a

natureza da prova, a aplicação da regra do ônus probatório, a existência e a aceitação de provas atípicas e o desafio de se levar em conta as provas ilícitas no processo, em face do chamado princípio da proporcionalidade.

A segunda parte do trabalho considera o atual empoderamento do Poder Judiciário e o protagonismo judicial, lançando luzes ao ativismo judicial (diferenciando-o da judicialização de políticas públicas) frente o garantismo processual, já que, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, o processo é tido como instituição, enquanto mecanismo de controle de funcionamento da sociedade, e há relação da atividade probatória de ofício com o efetivo acesso ao Judiciário.

A atividade probatória é contextualizada no ordenamento legal e no sistema jurídico, com foco em alguns princípios, como o dispositivo e o da imparcialidade do juiz, bem como na paisagem do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), atualmente em *vacatio legis*.

Na terceira parte do estudo, há uma reflexão sobre possível fixação de limites ao juiz, no campo probatório, considerando a impossibilidade de se adotar o ativismo judicial, como conceituado neste trabalho, oportunidade em que a definição do conhecido princípio dispositivo é repensada e se considera a *accountability* hermenêutica como meio de fiscalização do trabalho judicial.

Ainda na mesma tentativa de demarcar as fronteiras da atividade probatória de ofício, leva-se em conta a figura, hoje inexistente, do juiz instrutor, sem deixar de ponderar a aplicação da regra da identidade física do juiz. A análise do princípio da colaboração entre as partes permeia toda essa seção.

Por fim, levando-se em conta o panorama atual do direito probatório no Brasil, a aplicação da garantia ao devido processo é defendida, em nome da segurança jurídica, na tentativa de se expor limites, mínimo e máximo, ao poder instrutório do juiz, de acordo com o sistema jurídico vigente.

Conclui-se pela necessidade de o juiz ser ativo, mas não ativista, cumprindo, assim, a opção política realizada pelos constituintes de 1988.

1 PANORAMA ATUAL DO DIREITO PROBATÓRIO NO BRASIL

1.1 Controvérsia doutrinária sobre o conceito de prova

O tema escolhido fascina desde o início, já pela dificuldade de se conceituar o objeto de estudo, a *prova*.

Ainda hoje há dissenso entre os doutrinadores acerca da definição de *prova judicial*.

Todo objeto de estudo, porém, precisa ser contextualizado para que se possa analisá-lo de maneira prática, tendo em vista que nenhum conceito existe por si só.

Assim como o homem, que vive em sociedade e, portanto, depende de outras pessoas, todo e qualquer conceito visa a possibilitar outro e, com a definição, que o limita, coopera com certa teoria.

Essa sistemática lembra a biologia, que ensina que uma célula depende da outra para formar um tecido que, por sua vez, une-se a outros formando um órgão, que não existe por si só, na medida que depende de mais deles para o próprio funcionamento e para criar um sistema. A união de sistemas, ao final, configura o corpo humano.

O conceito de prova não é diferente. Existe porque e na medida em que é útil e necessário para alguma teoria.

Importante salientar, porém, que não há um conceito essencial, nato, preexistente ao homem e a outros conceitos.

Conceituar¹ é dar nome a determinado objeto que conhecemos e reputamos útil, ou seja, é fruto de atividade intelectual dependente de cada sistema humano de referência.

¹ “Conceito. Em geral, todo processo que possibilite a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual etc.” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 194).

O sistema de referência², por sua vez, é um conjunto complexo de experiências e de percepções até então vividas por um ser humano, em determinado espaço e tempo, que confere fluidez e relatividade a um nome.

Por isso, um conceito usado por alguém para nomear determinado objeto pode ser utilizado por outrem para designar algo completamente diferente.

Além do conceito, há ainda um segundo passo a delimitar um nome: o ato de definir. Esse ato de colocar fronteiras a uma determinada denominação também pode gerar equívocos, já que os limites postos por determinado ser cognoscente podem ser mais alargados, frouxos, flexíveis, ou mais estreitos e rígidos, dependendo do sujeito que interpreta. Essa maleabilidade de fronteiras a definir um nome costuma gerar ambiguidades e obscuridades.

Por tais motivos, e considerando que o conceito de prova não é unívoco na doutrina jurídica³, necessário começar este estudo escolhendo os conceitos que serão utilizados na presente análise, bem como fixando as definições que aqui serão aplicadas.

Afora a divergência existente entre os inúmeros conceitos de *prova*, deve-se tomar cuidado para que eles não se misturem com outros nomes afins.

É o que adverte Carlo Lessona na doutrina italiana, ao salientar que é indispensável diferenciar com precisão o conceito de *prova* de outros conceitos afins e aponta a diferença entre *prova* e *forma*, afirmando que esta é a parte substancial do negócio jurídico, ao passo que a *prova* é o meio de verificar a sua existência.⁴

² Não há conhecimento sem sistema de referência, pois o ato de conhecer se estabelece por meio de relações associativas, condicionadas pelo horizonte cultural do sujeito cognoscente e determinadas pelas coordenadas de tempo e espaço em que são processadas (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. ampl. e rev. São Paulo: Noeses, 2013. p. 24).

³ O termo *prova*, assim como tantos outros, encontra no uso ordinário e jurídico os mais diversos significados. Esse vocábulo deriva do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação. A referência à sua origem, por si só, permite entrever a polissemia da palavra (TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011. p. 73).

⁴ Texto extraído do original: “È indispensabile distinguere con precisione il concetto di prova da concetti affini. Tra prova e forma corre questa differenza: la forma è parte sostanziale del negozio giuridico, la prova è il mezzo di accertarne al bisogno la esistenza.” (LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1922. v. 1, p. 4).

Há diversas facetas do termo *prova*: pode-se levar em conta o seu aspecto objetivo ou subjetivo. O primeiro refere-se ao meio, ao instrumento, à pessoa, à coisa, ao documento. O segundo diz respeito ao convencimento do juiz, à convicção do magistrado, à certeza dos que apreciam os meios de prova.

Na doutrina nacional, Moacyr Amaral Santos une os caracteres objetivo e subjetivo da prova, ao afirmar que esses dois aspectos reúnem-se e a formam como um inteiro uno e indivisível. Define prova como “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.⁵

Pode-se concluir que o conjunto probatório visa ao convencimento de diversas pessoas, participantes ou não da relação processual, na medida que se busca, em um primeiro momento, levar o magistrado de primeiro grau a acreditar em determinados fatos, mas a tarefa da prova persiste.

Para José Frederico Marques, a prova é o meio pelo qual o juiz “se instrui a respeito dos fatos sobre os quais incidirá sua decisão”.⁶

Num segundo instante, objetiva-se a persuasão de outros julgadores que venham a analisar os autos (tais como desembargadores e ministros), além de se tentar guiar as partes e os seus advogados às conclusões daqueles que produzem a prova.

Hernando Devis Echandía salienta a importância de se levar em conta três aspectos sobre a denominação: prova como meio, como veículo e como instrumento. Define prova judicial como sendo todo motivo ou razão que contribui ao processo, por meios e procedimentos legais, levando o juiz à convicção ou ao convencimento sobre os fatos.⁷

João Batista Lopes indica que o vocábulo *prova* provém do latim *probatio*, cujo significado é de verificação, exame, inspeção; esclarece que, na linguagem jurídica, “o termo

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1, p. 12-13.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 360.

⁷ Texto extraído do original: “*Dijimos antes que desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el vehículo, medio o instrumento.*” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2006. v. 1, p. 24-25).

é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária”. Aponta os aspectos objetivo e subjetivo para se estudar a prova:

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.⁸

Cândido Rangel Dinamarco define prova como “a demonstração da veracidade de uma alegação quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.⁹

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini definem prova como “o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes”.¹⁰

Para eles, a prova é um instrumento processual adequado que permite ao magistrado formar o seu convencimento.

Levando em conta que a prova não serve só ao magistrado (o novo Código de Processo Civil prevê a produção antecipada de prova nos artigos 381 a 383), poder-se-ia defini-la, então, como o principal meio pelo qual o processo consegue realizar a pacificação social, a partir do momento em que convence as partes.

Nesse contexto, em que conceituar prova é a primeira etapa para especificar o núcleo do trabalho, importante fazer constar que, no âmbito jurídico, principalmente na esfera processual civil, enquanto alguns conceituam prova como a atividade por meio da qual se leva um fato aos autos, outros chamam de prova a base física utilizada para tanto (um disco rígido, uma foto, um contrato), e há quem considere, ainda, prova como sendo o modo pelo qual o magistrado se convence.

⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21-22.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 324.

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 392.

Os temas que gravitam em torno do vocábulo *prova* são de difícil análise, pois, como cita Michele Taruffo, esse tópico é um dos mais complicados e confusos da teoria do processo, começando pelo fato de que a prova não se esgota na dimensão jurídica, pelo contrário, mais que outros temas, tende a projetar-se do direito e a penetrar em campos outros, como os da lógica, da epistemologia e da psicologia.¹¹

Dentre tantos conceitos de prova, na esfera jurídica, para que seja possível delimitar o objeto de estudo, a seguinte sistemática é adotada: a base física utilizada para se mostrar algo ao magistrado, em juízo, é o *meio de prova*; a realização do procedimento a ser usado para se trazer aos autos alguma notícia ou alegação é a *atividade probatória*; o resultado da juntada de alegação aos autos proveniente da atividade probatória é o *produto da prova*.

Este estudo leva em conta justamente o segundo aspecto da prova acima citado: o da atividade probatória. Mais especificamente, a análise dos limites existentes à provocação dessa atividade pelo magistrado, ainda que a realização do ato seja feita, após determinação judicial, pela parte requerente ou requerida do processo.

Delimitado o objeto, indispensável a reflexão sobre a finalidade da prova.

Na sua obra clássica, Moacyr Amaral Santos aduz que “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”.¹²

Inegável a figura da *verdade* nesse momento.

Surge, então, a necessidade de se levar em conta o conceito de *verdade* para os fins deste estudo.

¹¹ Texto extraído do original: “Ahora bien, apenas se intenta ir más allá de las intuiciones genéricas se presenta una gran cantidad de cuestiones, variantes y contradicciones que hacen del tema de la prueba uno de los aspectos más complicados y confusos de la teoría del proceso. [...] Un primer problema proviene del hecho de que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica e tiende, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 22).

¹² SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 2.

1.2 A prova e a verdade possível de ser alcançada no processo

Buscar a verdade é a finalidade de quem produz a prova ou a provoca.

Porém, a *verdade* é um valor, tal como a *justiça*. São valores perseguidos pelo ser humano e objeto de estudo da filosofia (não da ciência jurídica), na medida que faz parte do campo de análise da metafísica.

Há inúmeras correntes para se conceituar a *verdade*.

A teoria da correspondência, de Aristóteles, define verdade como a adequação de determinada sentença à realidade, como a perfeita identidade entre a proposição e o evento.¹³

A teoria do fenomenalismo, destoando da anterior, prega que o homem não tem acesso ao objeto cognoscível “em si”, mas à manifestação dele. Pela teoria de Immanuel Kant, não se conhece a coisa em si ou a sua essência, mas o que ela representa ou aparenta.¹⁴

A corrente pragmática dispõe que um enunciado é verdadeiro se tem efeitos práticos para quem o sustenta. Nesse sentido caminhava o pensamento de Nietzsche, para quem verdadeiro é o que é apropriado para a conservação da humanidade.¹⁵

Por meio da teoria da coerência, por sua vez, Willard van Orman Quine pregou que a verdade decorre da coesão entre determinado juízo e o sistema de crenças ou verdades anteriormente estabelecidas e evidencia-se diante de um discurso dotado de coerência interna.¹⁶

¹³ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto em grego com tradução e comentário de Giovanni Reale; tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

¹⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Menege. Versão eletrônica digitalizada pelos membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). Disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b25.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

¹⁵ “Num sentido semelhante limitado, o homem também quer apenas a verdade. Ele quer as consequências agradáveis da verdade, que conservam a vida; [...]” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*. Tradução de Fernando Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007. p. 30).

¹⁶ QUINE, Willard van Orman. *Palavra e objeto*. Tradução de Sofia Stein e Desidério Murcho. Petrópolis: Vozes. 2010.

Por fim, a teoria consensual, em que Jürgen Habermas dita que a verdade é extraída do consenso entre os indivíduos de determinada comunidade ou cultura, de modo que a ideia que conta com maior credibilidade é a verdadeira.¹⁷

Na esfera jurídica, no âmbito processual, seja qual for a teoria adotada, a verdade só alcança os autos e todas as suas partes por meio das provas neles introduzidas.

Luis Muñoz Sabaté, ao analisar a probabilidade com nível suficiente de evidência, explica que “o que chamamos objetivamente de verdade é o que subjetivamente denominamos certeza.”¹⁸

Sobre a verdade e a prova, Maria Rita Ferragut afirma que:

A verdade encontra-se ligada à prova, pois é por meio desta que se torna possível afirmar ideias verdadeiras, adquirir a evidência da verdade, ou certificar-se de sua exatidão jurídica. Ao direito somente é possível conhecer a verdade por meio das provas.¹⁹

Para fins deste estudo, o conceito de *verdade* será utilizado para definir o produto final das atividades desenvolvidas por todas as partes de um processo, incluindo o juiz, sob a égide de regras processuais previamente estabelecidas.

Esse resultado final das atividades probatórias das partes é a verdade processual.

Dentre as teorias acima citadas, percebe-se que esse conceito ora adotado vai ao encontro da teoria da coerência, da teoria consensual e da teoria pragmática, na medida que a verdade judicial será manufaturada, construída, fabricada de acordo com o que as pessoas pactuaram previamente como verdade.

Friedrich Wilhelm Nietzsche, ao responder a pergunta “O que é, pois, a verdade?”, pontua que é:

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1997.

¹⁸ No original: “A lo que objetivamente llamamos verdad, subjetivamente denominamos certeza.” (MUÑOZ SABATÉ, Luiz. *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Praxis, 1967. p. 60).

¹⁹ FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 51.

Um exército móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram realçadas poética e retoricamente, transpostas e adornadas, e que, após uma longa utilização, parecem a um povo consolidadas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não como moedas.²⁰

Pode-se concluir que a verdade, portanto, é uma alegação inventada e aceita por todos que convivem numa sociedade, perante um acordo de se levar em conta algum argumento ou afirmação como verdadeira.

Para se chegar a esse produto final em uma ação judicial, a verdade processual, há regras procedimentais, os chamados ritos.

Em tópico próprio, algumas regras serão analisadas, principalmente as que preveem de quem é o dever de provocar a realização das provas nos autos.

Por ora, fundamental fazer constar que a *verdade* no processo será sempre formal, porque edificada de acordo com as regras preestabelecidas, o que nos afasta de conceitos como verdade real, substancial, verdadeira, ou material.

Sendo assim, não há diferença entre a verdade buscada no processo civil e a verdade objeto de investigação no processo penal, mas, como esclarecido na introdução deste estudo, este não é o local para adentrar na esfera processual penal e penal porque tal análise demandaria outro enfoque, ainda que para fundamentar a mesma conclusão, especialmente no que tange aos princípios que habitam apenas nesses ramos do direito.

Interessante fazer constar, porém, o que prega Santiago Sentis Melendo, que se autodenomina unitarista com relação ao estudo da prova, na medida que acredita que ela é a mesma nas esferas penal, civil, trabalhista, administrativa e, inclusive, fora do âmbito judicial.²¹

²⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*, cit., p. 37.

²¹ Texto extraído do original: “*El estudio de la prueba hai que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es la civil o la penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la admisnitrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella. Soy absolutamente unitarista.*” (SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 10).

A verdade chamada de real, substancial, verdadeira, absoluta, pura, material e por tantos outros nomes que focam num substrato inatingível pelo homem, não pode ser alcançada por seres humanos dotados de limitações físicas, químicas, biológicas e até psicológicas.

O direito, como toda ciência, depende de outras e a psicologia caminha muito próximo ao mundo jurídico, especialmente com relação ao tema em comento.

Casimiro A. Varela trata da relação entre a psicologia e o direito, oportunidade em que enumera duas vertentes que aproximam as ciências. A primeira diz respeito às raízes delas: a conduta humana e as relações intersubjetivas. A segunda conexão entre psicologia e direito refere-se ao fato de que o juiz deve constantemente analisar e valorar a conduta e a intenção do indivíduo.²²

Tal reflexão pode parecer fugir do sistema jurídico, mas tem relação muito próxima ao tema aqui tratado, o que motiva a citação da pesquisa realizada por Elizabeth Loftus, psicóloga americana que analisa a memória humana há décadas, mais especificamente as falsas memórias.²³

O resultado científico desse trabalho embasa a conclusão pela dificuldade natural de se obter a verdade no processo.²⁴

Elizabeth Loftus trabalhou em vários casos judiciais²⁵ e cita o de Steve Titus como um bom exemplo de condenação penal causada por falsa memória da vítima de um crime sexual que, em um primeiro momento, na esfera policial, afirmou que ele parecia ser o seu agressor

²² Texto extraído do original: “*Siendo, pues, la conducta humana tema de estudio de la psicología, interesa y se vincula esta ciencia con la del derecho, por cuanto tal conducta es materia de examen también de la ciencia y de la filosofía jurídicas. Pero además aparece otra conexión importante entre psicología y derecho, y ella está dada por el hecho de que el investigador jurídico o el juez no pueden prescindir, en una constante necesidad, de apreciar el sentido psicológico para valorar el pensamiento o la conducta de un individuo.*” (VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba: procedimientos civil, comercial y penal*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 14).

²³ LOFTUS, Elizabeth F. *How reliable is your memory?* [Palestra no TED sobre falsas memórias]. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_the_fiction_of_memory.html>. Acesso em: 26 nov. 2013.

²⁴ SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nature Neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, Feb. 2013.

²⁵ LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. *Memory*, Routledge, v. 21, n. 5, p. 584-590, 2013. Disponível em: <<http://londonmemoryclinic.com/wp-content/uploads/2013/07/Loftus-lockerbie-memory-Memory-2013.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

e, durante o processo, passou a asseverar que tinha certeza de que ele era o estuprador. No entanto, vários anos após a sua condenação, ficou comprovado que o réu era inocente.²⁶

A explicação para o comportamento da vítima reside no fato de que a memória não funciona como um gravador ou como uma filmadora, mas como uma página da *Wikipédia*²⁷, enciclopédia livre em que as memórias são construídas e reconstruídas não só pela pessoa, mas por qualquer um que entre em contato com ela, direta ou indiretamente.

Tudo isso faz com que se acredite que até mesmo a maneira de perguntar sobre algo influencia e manipula a resposta, o que torna a prova oral colhida em audiência mais sensível do que parece.²⁸

As partes de um processo, bem como o juiz, podem, ainda que inconscientemente, contaminar, distorcer e até mesmo mudar a memória de outra pessoa, seja ela vítima ou testemunha de um fato relevante à lide, seja ela perito, assistente técnico ou mero informante do juízo.

O simples fato de uma testemunha conversar com outra pode contaminar a sua memória, bem como o ato de assistir televisão, de ler jornais ou revistas. Todas essas condutas podem produzir falsas informações, contaminando a memória.

Se uma testemunha ou uma vítima relata fatos com segurança, com detalhes ou com emoção, isso não significa que se trata de memórias verdadeiras. A memória e a liberdade são frágeis. As definições de justiça e de verdade, em consequência, também.

Por isso, necessário um mínimo de segurança para que se possa pacificar a sociedade com a resposta estatal por meio do Poder Judiciário.

²⁶ LOFTUS, Elizabeth F. Our changeable memories: legal and practical implications. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 4, p. 231-234, Mar. 2003. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/2003Nature.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2015.

²⁷ Conceito de *Wikipédia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

²⁸ KAASA, Suzanne O. et al. False accusations in an investigative context: differences between suggestions and non-suggestible witnesses. By Suzanne O. Kaasa, Elizabeth Cauffman, K. Alison Clarke-Stewart and Elizabeth F. Loftus. *Behavioral Sciences and the Law*, John Wiley, n. 31, p. 574-592, July 2013. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Kaasa_FalseAccusations_BSL2013.pdf?uniq=-mf2ac0>. Acesso em: 01 mar. 2015.

O procedimento legal tem essa função e prevê o caso de testemunhas impedidas ou suspeitas, a incomunicabilidade de testemunhas, a oitiva separada delas e de acusados, dentre tantas outras regras para se tentar afastar a contaminação da memória, reduzir a influência entre os participantes da construção dos elementos de prova e, conseqüentemente, da edificação dos fatos que serão levados em conta pelas partes na argumentação jurídica.

É a verdade processual, então, o fruto da atividade probatória de todas as partes do processo, diferente da verdade pura ou real.

Essa verdade possível é a suficiente para pacificar a sociedade, já que construída com base nas regras legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Interessante notar, nessa toada, que o objeto da prova é um fato, sendo que fato é a interpretação humana de um evento ocorrido no mundo fenomênico. Dessa forma, a prova é uma alegação e o objeto dela é outra alegação.

Michele Taruffo afirma que no processo o fato é o que se diz sobre ele, ou seja, é a declaração do fato, e não o objeto empírico que é enunciado.²⁹

Aurora Tomazini de Carvalho, ao escrever sobre linguagem e realidade, explica que o real é uma construção de sentido:

Temos para nós que a realidade não passa de uma interpretação, ou seja, de um sentido atribuído aos dados brutos que nos são sensorialmente perceptíveis. Não captamos a realidade, tal qual ela é, por meio da experiência sensorial (visão, tato, audição, paladar e olfato), mas a construímos atribuindo significado aos elementos sensoriais que se nos apresentam. O real é, assim, uma construção de sentido e como qualquer construção de sentido dá-se num universo linguístico. É neste contexto que trabalhamos com a afirmação segundo a qual linguagem cria ou constrói a realidade.³⁰

Isso porque não há como reproduzir exatamente o evento fenomênico nos autos, mas há como levar ao processo a reprodução (interpretação humana) de um fato.

²⁹ Texto extraído do original: “*En consecuencia, en el proceso ‘el hecho’ es en realidad lo que se disse acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado.*” (TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 24).

³⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de, *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*, cit., p. 18.

Moacyr Amaral Santos cita que “a prova tem por finalidade convencer o juiz à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide”.³¹

Jorge L. Kielmanovich aponta, por sua vez, que o propósito da prova é convencer o juiz sobre a “verdade” do fato alegado.³²

Além dos obstáculos naturais na busca pela verdade dita substancial/real, como já exemplificado acima, pelo estudo, na área de psicologia, sobre a prova testemunhal, há impedimentos legais, como o texto expresso no artigo 227 do Código Civil, que dita que a prova exclusivamente testemunhal só é admitida nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo da celebração.³³

O texto do artigo 401 do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), que trata de igual objeto e limita a eficácia do uso da testemunha, dita que a prova exclusivamente testemunhal é admitida nos contratos com valor não excedente ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.³⁴

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), no artigo 442, prega que a prova testemunhal é sempre admissível, salvo se a lei dispuser de modo diverso.

Verifica-se que, no caso acima, tendo em vista que o texto do artigo 227 do Código Civil continua vigente, a restrição legal ao uso da prova testemunhal continuará em vigor nos casos de negócios jurídicos com valor acima de dez salários mínimos.

³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 333.

³² Texto extraído do original: “*Consecuentemente, el propósito de la prueba sería, a todo evento, el de formar la convicción del juez acerca de la ‘verdad’ del hecho alegado, con los medios, en la forma y oportunidad que el ordenamiento determine.*” (KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. 3. ed. ampl y actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 62).

³³ Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2013.

³⁴ Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 26 nov. 2013.

Outro exemplo de impossibilidade de se chegar à dita verdade real é a regra acerca da prova da propriedade imóvel com valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente.

Extrai-se do artigo 366 do Código de Processo Civil de 1973 que se o instrumento público for exigido por lei como substância do ato, nenhuma outra prova, por mais essencial que seja, poderá suprir a sua falta.

O texto do artigo 108 do Código Civil versa sobre o assunto no mesmo sentido, na medida que prevê que se a lei não dispuser de modo diferente, a escritura é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, à transferência, à modificação ou à renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Quanto à prova de obrigação, o novo Código de Processo Civil dispõe, no artigo 444, que a prova testemunhal é admissível, mesmo nos casos em que a lei exigir prova escrita, quando houver começo de prova por escrito emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.³⁵

Pode acontecer, também, de uma parte juntar determinado documento aos autos e a outra não lançar mão do instituto da arguição de falsidade documental, de modo a existir uma decisão fundada em documento falso, com trânsito em julgado. Tal sentença será válida e protegida pelo ordenamento jurídico vigente, apesar de calcada em um documento falso.

A decisão final também pode encontrar amparo em fatos que independem de prova, como os notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela outra, os admitidos no processo como incontroversos e os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (arts. 334 do CPC/1973 e 374 do novo CPC).

Assim sendo, contata-se que a verdade buscada no processo é a construída pelas partes ao longo da relação processual, que dará um certo grau de certeza ao julgador com relação aos argumentos levados aos autos pelo requerente e pelo requerido.

³⁵ Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

1.3 Natureza das normas sobre prova: direito processual ou direito material?

Discussão tão antiga quanto envolvente e ainda objeto de controvérsia, as normas sobre prova despertam inúmeras considerações.

Em um primeiro momento, nota-se que há dispositivos legais sobre prova no Código de Processo Civil de 1973³⁶ e no Código Civil³⁷. Da mesma forma que o antigo, o novo Código de Processo Civil trata da matéria nos artigos 369 e seguintes.³⁸

Dessa forma, percebe-se que o aspecto topográfico não delimita a natureza da norma, já que não raras vezes o mesmo aspecto é tratado em ambos os Códigos.

A importância de se delimitar a natureza da norma é prática, na medida que balizará a aplicação de regras de retroatividade e até de princípios.

O tema *prova* é matéria de estudos de processualistas e de doutrinadores civilistas, o que, por si só, não é suficiente para se fixar o tópico no âmbito do direito material (o Código Civil apresenta todo um título sobre o assunto, o Título V do Livro III da Parte Geral, artigos 212 a 232) ou na esfera do direito instrumental.

Hernando Devis Echandía aponta cinco correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica das normas sobre provas: a que as considera de direito material, a que as atribui uma natureza mista, a que lhes reconhece uma natureza exclusivamente processual, a que separa o direito probatório em dois ramos (substancial e processual) e a que lhes atribui uma natureza especial.³⁹

³⁶ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

³⁷ Código Civil: “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no país. [...] Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”

³⁸ Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

³⁹ Texto extraído do original: “*Mucho se há discutido acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la instrucción de la prueba, y las opiniones son muy diversas y hasta contradictorias,, no obstante lo cual, se las puede classificar em cinco tendencias, a saber: a) la que las considera de derecho material; b) la que les assigna una naturaleza mixta; c) la que les reconoce una naturaleza exclusivamente procesal; d) la que separa en dos ramas (substancial y procesal) el derecho probatório; e) la que les assigna una naturaleza especial.*” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., v. 1, p. 33).

A primeira corrente apontada é minoritária e o processualista colombiano informa que se trata de conceito isolado, oposto à quase unanimidade dos doutrinadores.⁴⁰

Discordar dessa tese é acreditar que, ao tratar de prova, a norma pode versar apenas sobre o tramitar do processo, como ocorre com um artigo que, ao estabelecer prazos para que as partes produzam determinada prova, ou requeiram a produção dela, não encosta no direito material, não tem o condão de alterá-lo ou de influenciar a relação material entre sujeitos.

A segunda tese, que atribui natureza mista ao direito probatório, é bastante atraente, já que reconhece que há normas que regulam a prova fora do processo e para fins extraprocessuais, vinculadas à aquisição de direitos substanciais ou à existência de relações jurídicas de direito material, sem qualquer caráter processual, ao passo que há outras normas sobre provas que são dirigidas ao juiz, que deve aplicá-las e exigir o seu cumprimento no curso do processo.⁴¹

Jorge L. Kielmanovich concorda com essa teoria, na medida que pontua que as normas que versam sobre a forma essencial ou intrínseca do ato e sua validade têm natureza dúplice, isto é, duplo caráter (material e processual).⁴²

Mas, sob um olhar atento, verifica-se que não é possível mesclar naturezas em uma determinada norma sobre provas, pois tal ato criaria uma terceira natureza de norma. Há, na verdade, dois tipos dela, conforme aponta outra corrente que adiante será analisada.

Isso porque, para se classificar uma norma como material ou processual, leva-se em conta um determinado perfil (cada uma tem um grupo de características que destoa da outra),

⁴⁰ Texto extraído do original: “*Primera tesis. Las normas sobre pruebas forman parte exclusivamente del derecho material. [...] Se trata en realidad de un concepto aislado, que está en oposición con la casi unanimidad de los autores.*” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., v. 1, p. 33).

⁴¹ Texto extraído do original: “*Segunda tesis. Las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta (procesal y material). Con arreglo a esta teoría, existen normas que regulan la prueba fuera del proceso y para fines extraprocerales, vinculadas a la adquisición de derechos sustanciales o a la existencia de situaciones jurídicas de derecho material, que no pueden tener, en consecuencia, carácter procesal, ya que cumplen sus fines sin la intervención del juez; en cambio, otras normas están dirigidas al juez, para que este las aplique o exija su aplicación en el curso del proceso, y, por tanto, tienen naturaleza procesal.*” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, op. cit., v. 1, p. 34).

⁴² Texto extraído do original: “*En cuanto a las normas que regulan o imponen formalidades ad solemnitatem o ad substantiam actus, esto es, necesarias para la existencia o validez de lacto jurídico, las mismas revestirían, a nuestro juicio, el doble carácter de materiales y procesales.*” (KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, cit., p. 37).

de modo que se a norma preenche um deles, não pode, ao mesmo tempo, subsumir-se em outro: ou é norma processual ou é norma material.

A terceira corrente doutrinária, que prega ser o direito probatório de natureza exclusivamente processual, por sua vez, afasta, para a conceituação da natureza da norma, a importância da prova para a própria formação do ato jurídico.

Sobre essa tese, o autor colombiano alerta que, em muitos países, como ocorre na Colômbia, há normas civis e comerciais que exigem uma solenidade especial para a existência ou para a validade de certos atos e contratos, como a escritura pública de compra e venda ou hipoteca de imóveis, caso em que o documento público não é apenas uma prova, mas um requisito da substância do ato.⁴³

Por esse motivo, a norma sobre a prova é material, ainda que o documento público, no caso citado, possa ser futuramente útil na fase instrutória de uma ação judicial no intuito de gerar certeza a um magistrado.

A quarta corrente divide as normas sobre provas em dois ramos, processual e material, cada um com a sua própria natureza. O fato de uma prova necessária para a existência de um ato, como um documento público, poder ser usado eventualmente em juízo não atribui à norma que a prevê como necessária à substância do ato o caráter de processual.

Já se a norma regula a atividade probatória das partes no processo, ou o critério de valoração da prova em juízo, ela é processual.

Moacyr Amaral Santos participa dessa corrente doutrinária, pois esclarece que há normas materiais e processuais, dependendo do assunto tratado referente à prova. A que leva

⁴³ Texto extraído do original: “Existen, sin embargo, en muchos países, como Colombia, normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles y para la constitución, reforma o disolución de sociedades comerciales, regulares (no para simples sociedades de hecho) y el documento privado en las promesas de contrato. Para ellos el documento público no es solamente una prueba, sino un requisito *ad substantiam actus* que pertenece a la regulación sustancial de la respectiva materia y, portanto, la norma que lo consagra forma parte del derecho material; [...]” (KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, cit., p. 43).

em conta a substância do ato, trata de direito civil. A que considera o modo de produzir a prova em juízo é norma do direito processual civil:

Em suma, enquanto que as leis relativas à prova, no que concerne à substância do direito (*decisorium litis*), que digam respeito ao seu valor jurídico e às condições de sua admissibilidade, não retroagem, as que estabelecem o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo, ou seja, as meramente reguladoras da lide (*ordinatorium litis*), são eminentemente retroativas, como as leis processuais em geral.⁴⁴

Sendo assim, para ele, uma determinada norma sobre prova ou é material, ou é processual.

A quinta corrente considera que as normas sobre provas pertencem a um chamado direito material à justiça.

Hernando Devis Echandía a rechaça veementemente, sob o fundamento de que a criação dessa nova definição é desnecessária, ambígua, equívoca e sem fundamento jurídico real.⁴⁵

Em que pesem as considerações doutrinárias díspares, importante ressaltar que as normas que tratam de prazos para a produção de provas, que preveem o sujeito que pode levá-las aos autos, que dispõem sobre as preclusões e as suas consequências no processo, e que informam a maneira de incluí-las na relação processual não provocam dúvidas quanto à sua natureza e são consideradas pela grande maioria como sendo de direito processual.

O dissenso recai sobre as normas que tratam da legalidade de determinada prova, da necessidade de se provar certo ato com determinada prova, da validade de um ato dependente de certa prova, ou seja, a dúvida reside quanto à natureza das normas relativas à forma do ato (sobre a sua existência e acerca de sua validade).

Nesse caso, a tese mais acertada é a que divide o direito probatório em dois ramos, um com normas de natureza processual, porque existe para servir ao deslinde da ação judicial, e

⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 46.

⁴⁵ Texto extraído do original: “Consideramos, sin embargo, que la noción misma del derecho judicial material es innecesaria, ambigua, equívoca, que no tiene un fundamento jurídico y que debe ser rechazada.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., v. 1, p. 40).

outro com normas de natureza material porque, mesmo que a prova seja usada na esfera do processo, existe com o intuito de formar o ato jurídico e regular relações de direito material.

Neste estudo, portanto, ao analisar as lindes da atuação probatória do juiz, foca-se a área do direito processual civil.

1.4 Doutrina contemporânea sobre o ônus da prova

Todas as partes envolvidas na relação processual podem levar aos autos o que reputarem relevante e necessário para o deslinde da ação, inclusive o Ministério Público (como fiscal da lei ou na qualidade de requerente) e o juiz.

Mas, quem deve levar? Ou seja, de quem é o ônus? Este item pretende alcançar a resposta.

O vocábulo *ônus*, conforme explica Moacyr Amaral Santos, vem do latim *onus*, que significa peso, fardo, carga.⁴⁶

Dessa maneira, esse doutrinador traduz *onus probandi* por necessidade de provar, já que tal fardo não equivale a uma obrigação, pois que não tem como pressuposto a existência de um direito que a ele corresponde, tampouco configura um dever jurídico, pois que não há uma sanção pelo seu não cumprimento.

Na realidade, a parte que não provoca a produção de prova perde a faculdade de fazê-lo, sendo que tal conduta pode ou não ter algum efeito em sua esfera de direitos, no futuro.

Inúmeros doutrinadores versam sobre os dispositivos legais referentes a essa questão. Ocorre que nem sempre os artigos legais parecem direcionar a atividade probatória em um mesmo sentido.

⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 92.

O artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973⁴⁷, que trata do ônus da prova, incumbe ao autor e ao réu o encargo de produzi-la, ao passo que o artigo 130⁴⁸ do mesmo código expressamente dispõe que cabe ao juiz, inclusive de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo.

O artigo 370 do novo Código de Processo Civil está em consonância com o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973, ao prever que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Da mesma forma, no sentido do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 373, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil dispõe que o ônus da prova é do autor, no caso de fato constitutivo de seu direito e, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o ônus é do réu.

Afinal, se a parte que deveria provocar a produção de uma prova não o fizer, deve o juiz aplicar a regra do ônus da prova e julgar, ou deve o juiz, considerando que se trata de prova útil e necessária ao deslinde da causa, provocar a produção?

A resposta é: depende.

Se for caso de direito indisponível, cabe ao juiz provocar a produção da prova; se for caso de atividade probatória judicial prevista em lei, como ocorre na oitiva de testemunha referida, deve o magistrado aplicá-la, enviando ofícios, buscando informações em sistemas de computador, realizando inspeção judicial, dentre tantas outras possibilidades legais, mas sempre depois de analisar o produto da atividade probatória realizada pelas partes.

Essa conclusão leva em conta o artigo 5º da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995⁴⁹, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, na medida que prevê que o juiz que dirige o processo tem liberdade para determinar as provas a serem produzidas.

⁴⁷ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 333. O ônus da prova incube: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁴⁸ Código de Processo Civil de 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.”

⁴⁹ Lei dos Juizados Especiais: “Art. 5º. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Ora, se foi necessário expor, em artigo da Lei n. 9.009/95, a permissão para que o juiz pudesse provocar a produção de prova de ofício, no caso em que a parte usualmente não conta com a assistência de um advogado, é porque, em regra, no processo cível que tramita em vara comum, fora das excepcionalidades dos juizados, o juiz não deve determinar a produção de prova de ofício, logo no início do trâmite da ação.

Bastam esses dispositivos legais acima citados para demonstrar que a norma processual não pode ser criada pela interpretação de artigos isolados, mas deve ser composta por meio de atividade intelectual que relaciona todo o ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a criar um sistema lógico e fechado.

Mas não há consenso a respeito do tema até os dias atuais.

José Roberto dos Santos Bedaque posiciona-se no sentido de que o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 deve ser interpretado da maneira mais ampla possível e permite ao juiz agir de ofício no campo probatório, em qualquer caso.⁵⁰

Maria Elizabeth de Castro Lopes, por outro lado, pondera que “o art. 130 do CPC não é uma regra de ouro, nem está isolado no Código, devendo ser interpretado sistematicamente”.⁵¹

Importante salientar que o ordenamento jurídico processual traz inúmeras regras que conferem ao juiz poderes, inclusive o de provocar a produção de prova, não sendo necessário, por isso, alargar o âmbito de incidência da norma expressa no artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973.

É razoável que, em um primeiro momento, o magistrado pelo menos verifique quais foram as provas produzidas pelas partes, nos exatos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, e agora do artigo 373, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil, podendo provocar a realização de outras, em explícito trabalho subsidiário e motivado, evitando surpreender os envolvidos.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 174.

⁵¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 152.

Sidney Pereira de Souza Júnior, ao analisar a limitação à iniciativa probatória do juiz na determinação de prova pericial, em caso da existência de conjunto probatório suficiente ao julgamento da demanda, pondera que não haveria embasamento legal para que o magistrado provocasse a produção de mais provas, a não ser que houvesse perplexidade do julgador perante as provas constantes nos autos.⁵²

O princípio dispositivo, insito à análise da possibilidade de provocar a produção de prova no processo, será analisado em momento próprio, mas desde já é interessante ponderar que o engessamento da atividade probatória de ofício não está relacionado apenas aos limites do objeto da demanda expresso na exordial pelo autor, mas também à conduta do réu, que tornará um ponto controvertido ou não.

Na ausência de questão, não há, em regra, prova a ser produzida sobre um ponto incontroverso.

Pode-se dizer que, nesse caso, a limitação é a falta de utilidade e de necessidade da prova, mas o impedimento para o juiz provocar a produção de prova vai além, pois, mesmo que ele entenda ser interessante averiguar mais a fundo determinado ponto das alegações, trazendo outros meios de prova aos autos, ele não poderá fazê-lo, a não ser que haja perplexidade perante o conjunto probatório já produzido ou que se trate de direito indisponível da parte, ou seja, que se configure alguma situação excepcional.

É o que se extrai do artigo 128 do Código de Processo Civil de 1973, que claramente prevê que o “juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. O artigo 141 do novo Código de Processo Civil traz a mesma regra.

O princípio dispositivo foi ratificado pelo Código de Processo Civil de 1973, conforme se extrai da respectiva Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, de 1972, no Capítulo IV, sobre o plano de reforma, no tópico referente às inovações: “O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder

⁵² SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de. A preclusão *pro judicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Atividade probatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.230. (Coleção Doutrinas Essenciais: processo civil, v. 4).

Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça [...].”

Maria Elizabeth de Castro Lopes explica que “a admissibilidade do princípio dispositivo não é incompatível com o fortalecimento dos poderes do juiz”.⁵³

Joan Picó i Junoy, por sua vez, adverte sobre a errônea interpretação do princípio *iudex iudicare debet secundum allegata et probata* provocada pela retirada do final do brocardo *non secundum conscientiam*.⁵⁴

Esclarece que, na verdade, esse axioma jurídico visava a impedir qualquer influência do conhecimento privado do magistrado sobre os fatos litigiosos e nunca teve por finalidade limitar os poderes instrutórios do juiz no processo, seja ele civil ou penal.

O juiz não tem sempre que se contentar apenas com o que é trazido pelas partes.

Há inúmeros dispositivos que possibilitam ao magistrado tentar elucidar as questões trazidas pelos requerente e requerido, no processo, por meio de provocação de produção de prova de ofício.

É o caso do artigo 342 do Código de Processo Civil de 1973, que possibilita ao juiz “de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

O artigo 385 do novo Código de Processo Civil também prevê o poder do juiz de ordenar o depoimento pessoal da parte, de ofício.

Em regra, porém, no caso de uma parte que não se desincumbe de provar o que alega, ou seja, preclusa a oportunidade para a realização do ato, a regra do ônus da prova é aplicada pelo juiz.

⁵³ LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, cit., p. 152.

⁵⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Eis um exemplo que demonstra a preocupação com a celeridade processual, que mostra o intuito de se pacificar a sociedade, de se findar o litígio posto em juízo, ainda que em prejuízo da busca daquela verdade que alguns chamam de real, substancial ou verdadeira.

Muitos criticam, ainda, o juiz que provoca a produção de provas, com receio de que, com isso, um juiz “ativo” saia de sua posição de equidistância em relação às partes e se torne parcial, ao se deparar com o resultado do que mandou ser realizado. Citam e criticam a figura do juiz investigador.

Por causa disso, há quem pontue a figura do juiz instrutor para presidir toda a fase de produção de provas, deixando a outro magistrado, psicologicamente distante da realização da instrução, o julgamento da lide.

Há os que pregam que afastar o juiz que presidiu a instrução da fase final de prolação de sentença parece ser uma possível solução ao eventual envolvimento do magistrado com a investigação dos fatos, mas, para tanto, necessário afastar o princípio da identidade física do juiz natural.

Adiante, a natureza desse comando será analisada, afastando-se o perfil de princípio e conferindo-lhe a característica de regra.

É certo que o juiz passivo, que se contenta com o que lhe é trazido de maneira insuficiente, não respeita as diretrizes legais que mandam, claramente, que ele, de ofício, busque a verdade processual, dentro das balizas fixadas pelo autor e pelo réu, nos limites das possibilidades impostas pelo sistema jurídico processual.

O juiz, ao determinar a juntada aos autos de determinado documento necessário para a comprovação de certo fato, não sabe se ele realmente existe; tampouco sabe se tal juntada comprovará direitos que beneficiam requerente ou requerido.

Da mesma forma, ao ouvir alguém como testemunha do juízo, o magistrado não tem como prever o que tal prova demonstrará ou a quem o depoimento beneficiará, uma vez que a testemunha, sob o compromisso de dizer a verdade em juízo, responderá a perguntas de todas

as partes, dizendo apenas o que lembra e o que sabe. Pouco importa quem a arrolou ou qual foi a testemunha que se referiu ao seu nome.

Além disso, depois de produzidas, as provas são compartilhadas nos autos, podendo ser levadas em conta não só pela parte que provocou a sua produção, mas também por todas as outras da relação processual. É o que dita o artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973.⁵⁵

O artigo 371 do novo Código de Processo Civil, do mesmo modo, prevê a apreciação de todas as provas constantes dos autos pelo juiz, independentemente do sujeito que a tiver promovido.

Além da comunhão da prova no processo, há a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado, como exceção à regra posta nos artigos 333 do Código de Processo Civil de 1973 e 373, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil expressamente prevê a aplicação da teoria das cargas dinâmicas das provas, quando presentes, no caso em concreto, peculiaridades relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de uma parte cumprir o encargo probatório de maneira tradicional ou, ainda, em caso de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.⁵⁶

É certo que o texto acerca da dinamização da prova consta do parágrafo 1º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil, sendo, portanto, exceção à regra geral do ônus da prova, constante do *caput* e já prevista no artigo 333 do Código do Processo Civil de 1973.

⁵⁵ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

⁵⁶ Novo Código de Processo Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. §1º Nos 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.”

Jorge W. Peyrano defende a aplicação das regras referentes ao ônus da prova de acordo com as circunstâncias de cada caso em concreto, sem muita rigidez, de maneira dinâmica, mas ressalva que a aplicação anormal do ônus probatório (doutrina das cargas probatórias dinâmicas) funciona, em regra, acerca de determinados fatos ou circunstâncias e não sobre todo o material fático.⁵⁷

Isso porque o uso da doutrina das cargas probatórias dinâmicas conserva a imposição de certos esforços probatórios à parte beneficiada pela dinamização, já que a imposição de provar é apenas parcial e com relação às provas que estão ao seu alcance.

Daniel Penteado de Castro aponta os principais fundamentos para essa flexibilização das regras referentes ao ônus da prova:

Os principais fundamentos dessa teoria residem no princípio da comunhão da prova já comentado neste trabalho (art. 131 do CPC), em que pouco importa qual parte trouxe aos autos determinada prova, mas sim a ideia de que a prova produzida pertence aos autos e, portanto, se presta a auxiliar na formação do livre convencimento do magistrado. Paralelamente, o princípio da boa-fé e da cooperação, notadamente a redação dos arts. 125, I, e 339 do Código de Processo Civil, assim como a aplicação analógica dos arts. 355 e 359 do mesmo diploma, servem de fundamento para impor a distribuição dinâmica do ônus probatório. Por sua vez, não se trata de negar as regras existentes sobre distribuição do ônus probatório, mas é um meio adicional para que a inversão dinâmica se imponha, quando verificada a maior facilidade de produção de uma prova por um dos litigantes.⁵⁸

O artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, viabiliza a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando a sua alegação for verossímil ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras de experiência.

⁵⁷ Texto extraído do original: “*Por supuesto que el desplazamiento atípico del onus probandi que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios. Sobre el particular, se há dicho lo siguiente: ‘De ello se colige que la inversión del onus probandi provocada por la directriz en estudio, es sólo parcial. La parte actora, en los casos citados, continua soportando un transcendental papel orientado a la averiguación de la verdad jurídica objetiva, debiendo aportar las pruebas que se encuentren a su alcance.’*” (PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 217, p. 205, mar 2013).

⁵⁸ CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162-163.

As regras processuais atuais, portanto, caminham para a figura do juiz ativo (e não ativista), do juiz que busca a verdade (processual) nos autos.

Prova disso são os inúmeros sistemas informatizados confiados aos magistrados, no intuito de que busquem fatos relacionados à causa: Bacenjud, Infojud, Siel, CNIS e Plenus, Renajud etc.

De acordo com a definição do sítio mundial de computadores do Banco Central do Brasil, o Bacenjud:

[...] é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio desse sistema, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados.⁵⁹

Com relação ao Infojud, conforme se extrai do sítio mundial de computadores do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Resultado de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal, o Programa Infojud (Sistema de Informações ao Judiciário) é um serviço oferecido unicamente aos magistrados (e servidores por eles autorizados), que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal.⁶⁰

Por seu turno, o Renajud:

[...] é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). A ferramenta eletrônica permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), de ordens judiciais de restrições de veículos – inclusive registro de penhora – de pessoas condenadas em ações judiciais.⁶¹

Quanto ao Sistema de Informações Eleitorais (Siel):

⁵⁹ Bacenjud. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=763&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

⁶⁰ Infojud. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/pg-infojud>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

⁶¹ Renajud. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/renajud>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

[...] implantado em agosto de 2010, tem como objetivo atender às solicitações de dados constantes no Cadastro Eleitoral, em substituição aos pedidos formulados por meio de ofício impresso, conforme estabelecido pelo Provimento CRE/SP n.º 07/2013 (em formato PDF). O SIEL está disponível exclusivamente às autoridades judiciais e aos membros do Ministério Público, bem como aos servidores por eles autorizados.⁶²

No que tange ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), “é um banco de dados do Governo Federal, que reúne informações dos trabalhadores brasileiros, como recolhimentos à Previdência Social. Os dados são recebidos de diversas fontes”.⁶³

O juiz também pode ter acesso ao Plenus:

Sistema de benefícios, mantido pela DATAPREV (Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social) e de acesso restrito, no qual podem ser consultados diversos documentos relativos aos benefícios, como INFBEN e HISCRE, bem como obter informações sobre eventuais revisões ocorridas e simular a concessão de determinados benefícios.⁶⁴

Antes mesmo da existência desses sistemas informatizados, que permitem que o magistrado se informe, colha fatos, dados oficiais e até junte documentos impressos nos autos, ao julgador já existia a possibilidade de fazê-lo mediante o envio de ofícios às autoridades competentes. Tal conduta demorava dias, semanas e até meses, entre a determinação de expedição do ofício e a juntada da resposta no processo.

A criação e a difusão dos sistemas fez com que o juiz ativo tivesse acesso à informação que reputa relevante e necessária, independentemente de provocação da parte, com um clique no computador, o que demonstra o caminho que o ordenamento vem tomando no que tange à atitude judicial frente à atividade probatória.

Apesar da existência de inúmeros sistemas com que contam os juízes para a busca de fatos relacionados à lide, nem todos os magistrados concordam com o uso de tais ferramentas, seja porque entendem que a colheita e a juntada de tais fatos configuram atribuição dos advogados, públicos ou privados, ou do Ministério Público, seja porque consideram que, com isso, estariam contribuindo para apenas uma das partes.

⁶² Siel. Disponível em: <<http://www.tre-sp.jus.br/servicos-judiciais/informacoes-eleitorais-siel/sistema-de-informacoes-eleitorais-siel>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

⁶³ CNIS. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/novo-servico-de-extrato-previdenciario-para-segurados-da-caixa>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

⁶⁴ Plenus. Disponível em: <http://www.jfrs.jus.br/upload/glossario_termos_uteis.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2013.

Contudo, ao tentar buscar a verdade processual, dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico, o juiz contribui com toda a sociedade ao devolver uma resposta coerente, aceita e esperada por todos que procuram o Judiciário.

Eis o verdadeiro acesso ao Judiciário.

Ademais, a busca judicial de informações, por meio dos sistemas, em sítios oficiais de órgãos do Estado, na rede mundial de computadores, em nada difere, em essência, da norma prevista no artigo 284 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁵, que prevê o dever do magistrado de possibilitar a emenda da petição inicial pelo autor que não juntou documento indispensável à propositura da ação, isto é, prova documental que traz certeza ao juiz com relação a algum fato por ele alegado.⁶⁶

O artigo 321, *caput*, do novo Código de Processo Civil manteve a norma que determina ao juiz a concessão de prazo para que a parte emende ou complete a petição inicial, com indicação precisa do que falta para que a exordial do requerente preencha os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código.

Não é aceitável uma ficção em que a parte, não raramente patrocinada por advogado dativo indicado pelo Juízo e pago pelo Judiciário, ingressa com uma ação, não provoca a produção de provas e acaba com uma sentença de mérito fruto de mera aplicação do princípio do ônus da prova insculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, I e II, do novo CPC).

Com relação ao princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz, William Santos Ferreira esclarece que:

No tocante à instrução, esta fase deve ser vista como a busca coletiva pelo esclarecimento dos fatos, não devendo a preclusão para um sujeito significar, singelamente, a liberação do integrante do outro polo ou do próprio Estado-juiz, tudo erroneamente orientado pela leitura cômoda e temporalmente inconveniente do ônus da prova, estimuladora de posturas passivas, não colaboracionistas.⁶⁷

⁶⁵ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

⁶⁶ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

⁶⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 245.

Há regras que coordenam a instrução processual porque o formalismo não é saudável ao processo, mas a formalidade é necessária à segurança jurídica, tendo em vista que as partes sabem de antemão o que esperar do processo e da figura do juiz.

Até mesmo o Ministério Público pode requerer a produção de provas, quando atua como fiscal da lei, conforme o artigo 83 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁸. O novo Código de Processo Civil prevê, da mesma forma, essa possibilidade, no artigo 179, inciso II.⁶⁹

Não obstante tantas regras, nem sempre as provas trazem aos autos a fotografia do que ocorreu no mundo fenomênico. Aliás, raramente a prova o faz, tendo em vista a impossibilidade humana para tanto, conforme acima exposto, no tópico sobre a prova e a verdade possível de ser alcançada no processo.

De acordo com a filosofia como linguagem⁷⁰, um evento, enquanto alteração no mundo real, não pode ser objeto de conhecimento pelo juiz de maneira fidedigna, pois foi criado por alguém que entrou em contato com a ocorrência e o gerou por meio de sua linguagem, com base no seu sistema de referência, como citado na primeira parte do trabalho, sobre a controvérsia doutrinária acerca do conceito de prova.

⁶⁸ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.”

⁶⁹ Novo Código de Processo Civil: “Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: [...] II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer; [...]”

⁷⁰ O filósofo Ludwig Wittgenstein pregava que fazemos imagens dos fatos; que a imagem apresenta os fatos no espaço lógico, a sua existência ou inexistência; que a imagem é um modelo da realidade; que a imagem consiste no fato de que os seus elementos são combinados de maneira definida; que a imagem é um fato e ela está de acordo com a realidade ou não, está certa ou errada, é verdadeira ou falsa; que a imagem representa o seu sentido. *In verbis*: “2.1 *We make to ourselves pictures of facts.* 2.11 *The picture presents the facts in logical space, the existence and non-existence of atomic facts.* 2.12 *the picture is a model of reality.* 2.13 *To the objects correspond in the picture the elements of the picture.* 2.14 *The picture consists in the fact that its elements are combined with one another in a definite way.* 2.141 *The picture is a fact.* 2.21 *The picture agrees with reality or not; it is right or wrong, true or false.* 2.221 *What the picture represents is its sense.* 3.02 [...] *What is thinkable is also possible.* 3.22 *In the proposition the name represents the object.*” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. With an introduction by Bertrand Russell; translated by C. K. Ogden. London: Kegan Paul, Trench, Trubner; New York: Harcourt, Brace & Company, 1922. p. 28-32. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/5740/5740-pdf.pdf?session_id=3bf1e8f636ceeb5c1354145cca9c7ee9cea436ff>. Acesso em: 04 maio 2015.

A partir do momento em que alguém vivencia um acontecimento, cria o fato por meio de sua linguagem, em geral social, e quando o jurista leva aos autos tal fato, altera, mais uma vez, o objeto, na medida que o interpreta e, recortando-o, cria o fato jurídico.

É nessa parte que fica evidente o papel da prova: levar um fato (social, político, econômico, religioso etc.) para o processo. Isso pode se dar por meio da memória da testemunha, do subjetivismo do perito, com base nas percepções da vítima, pela interpretação do advogado ou por tantas outras maneiras de se construir as argumentações em juízo.

Nesse desafiador contexto, há diversas exceções à regra geral do poder instrutório exclusivo das partes, mas elas estão expressamente tipificadas.

O artigo 382 do Código de Processo Civil de 1973 autoriza o juiz, de ofício, ordenar à parte que exiba partes dos livros e dos documentos para extração do que interessar ao litígio. Os artigos 396, 420 e 421 do novo Código de Processo Civil dispõem que o magistrado pode ordenar a exibição de documento ou de coisa, a exibição integral de livros empresariais e dos documentos do arquivo, em caso de liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio e quando e como determinar a lei, bem como ordenar, de ofício, a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles o que interessar ao processo.

O artigo 399 do Código de Processo Civil de 1973 permite que o juiz requirite certidões necessárias à prova das alegações das partes às repartições públicas, bem como procedimentos administrativos nas causas em que forem interessadas a Administração direta ou indireta, em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Da mesma forma o faz o artigo 438 do novo Código de Processo Civil, que permite ao magistrado requisitar as certidões necessárias à prova das alegações das partes às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, assim como os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da Administração indireta.

O artigo 418 do Código de Processo Civil de 1973 admite que o juiz ouça testemunhas referidas nas declarações de outras testemunhas ou das partes e que realize acareação entre

elas, quando divergirem as suas declarações, do mesmo modo que prevê o novo Código de Processo Civil, no artigo 461.

Os artigos 437 e 480 do Código de Processo Civil de 1973 e do novo Código, respectivamente, facultam ao juiz que determine, de ofício, a realização de nova perícia para esclarecimento da matéria.

O novo Código possibilita, por meio da regra expressa no artigo 464, parágrafo 2º, que o magistrado, de ofício, substitua a perícia por prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

Os artigos 440 do Código de Processo Civil de 1973 e 481 do novo Código admitem que o juiz, de ofício, possa inspecionar pessoas ou coisas, em qualquer fase do processo.

Na Lei n. 9.099/95 não houve a preocupação de se autorizar a atividade probatória de ofício com relação a determinados meios de prova, pois, conforme acima citado, a opção política foi pela direção judicial total do processo, com liberdade do juiz de determinar toda e qualquer produção de prova (art. 5º).

Trata-se de outra realidade: na maioria das vezes, a parte comparece no juizado sem advogado, sem petição inicial, sem pedido expresso, muitas vezes sem documentos, relata fatos a um servidor do Poder Judiciário, que reduz a termo as alegações, formalizando uma exordial com objeto delimitado.

Cenário diverso é o do procedimento comum, em que a parte deve produzir a prova desde o início, já que, com base no artigo 396 do Código de Processo Civil de 1973 (e no art. 319, VI, do novo Código), cabe ao autor instruir a petição inicial com documentos que provem as suas alegações, bem como cabe ao réu fazê-lo na resposta, ou pelo menos devem requerer a provocação de produção de prova cada vez que a entenderem útil e necessária, mas não tiverem o poder de produzi-la. É a regra, na qual há exceções, como as acima transcritas.

Pode, ou melhor, deve o juiz agir de ofício, no campo probatório, de maneira subsidiária, complementar, acessória, em casos de direitos indisponíveis. Nesse caso, o

magistrado age fora das hipóteses legais enumeradas para resolver a lide de maneira efetiva, mas, ainda assim, sem extrapolar o pedido do autor.

Em caso de perplexidade diante do conjunto probatório trazido pelas partes, por sua vez, sendo os direitos envolvidos disponíveis, o julgador apenas pode agir dentro das hipóteses legais, que são inúmeras.

1.5 Provas atípicas: um sistema aberto com relação ao ingresso de provas no processo, em uma sociedade mutante

O ordenamento jurídico prevê diversos meios de prova. São as chamadas provas típicas porque aparecem declaradamente nos artigos legais.

Há, porém, uma cláusula aberta no sistema processual civil, possibilitando a utilização de outras provas que não as previstas nos dispositivos.

O Código de Processo Civil de 1973 e o novo Código expressamente permitem o uso das provas atípicas no processo, na medida que os artigos 332 e 369, respectivamente, admitem todo meio moralmente legítimo de prova, ainda que não previsto em lei, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Ainda que esses artigos não existissem, as redações dos textos dos artigos 383 do Código de Processo Civil de 1973 e 422 do novo Código, que trazem amplo conceito de prova documental, viabilizariam a juntada de meios de provas modernos e inexistentes à época da sua elaboração, tais como as chamadas provas eletrônicas (e-mail, fotografia digital, fatos ocorridos na rede mundial de computadores, que o legislador de 1973 sequer as imaginava), já que a definição de documento bastante dilatada dá ensejo à extensa subsunção. O novo Código já cita tais meios de prova, mas, em pouco tempo, outros surgirão.

Nesse sentido, não é raro que as partes acostem aos autos declarações de terceiros, tampouco é incomum a juntada de perícias realizadas pelas partes fora dos autos. Os dois casos podem ser considerados provas documentais, na medida que configuram reproduções mecânicas que fazem prova de fatos ou coisas representadas.

O artigo 472 do novo Código de Processo Civil prevê, inclusive, a possibilidade de dispensa da perícia pelo magistrado, no caso em que as partes apresentem, com a inicial ou com a contestação, pareceres técnicos ou documentos elucidativos suficientes sobre as questões de fato.

O que pode e deve variar é o valor de tais provas no momento da prolação da sentença, pois os fatos colhidos em depoimento de uma testemunha em juízo, sob o compromisso de dizer a verdade, advertida sobre as penas do crime de falso testemunho, submetido ao contraditório e à ampla defesa, diferem dos fatos por ela escritos em um papel, extra-autos, sem a participação do juiz e das demais partes.

O novo Código de Processo Civil (arts. 408 e 412) determina que as declarações constantes de documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário e que o documento particular, de cuja autenticidade não se duvida, prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.

A possibilidade de se valer de provas atípicas no processo civil é prevista no novo Código de Processo Civil. O artigo 369 dispõe que as partes podem empregar todos os meios legais de prova, bem como os moralmente legítimos, mesmo que não previstos no Código.⁷¹

Não poderia ser diferente, já que a sociedade depara-se com mudanças tecnológicas em espaços cada vez mais curtos de tempo, ao passo que a alteração legislativa é procedimento demorado (aliás, como deve ser).

A mudança de leis, ainda que tida como mera atualização do ordenamento, depende de estudos e debates prévios, nas comissões específicas das Casas Legislativas e nos Plenários, bem como precisa de sanção presidencial, no Executivo, e não raro de período considerável de *vacatio legis*.

⁷¹ Novo Código de Processo Civil: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Seria inviável, então, que o legislador previsse todos os meios de prova que podem surgir no futuro.

A ata notarial, prova atípica para o Código de Processo Civil de 1973, está prevista no artigo 384 do novo Código de Processo Civil: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.”

O dispositivo referente à nova prova típica ainda prevê que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Mas, mesmo aceitas, as provas atípicas suscitam dúvidas. Uma delas refere-se ao seu livre uso no processo.

Com relação à consideração da utilização das provas atípicas, William Santos Ferreira aponta o seu papel subsidiário, levando em conta a impossibilidade ou a onerosidade de produção da prova típica:

[...] a admissibilidade ponderada das provas atípicas é o emprego da prova atípica quando o modo típico não apresenta as mesmas condições ideais da primeira ou quando, e talvez aqui haja a maior utilidade, a prova típica for de impossível produção ou se der com excessiva onerosidade.⁷²

Assim sendo, no caso de uma prova típica poder ser produzida, não haveria motivo para lançar mão de uma atípica, lembrando que seguir os meios de prova oficialmente expostos no ordenamento sempre é conservar as regras do jogo previamente aceitas, percorrendo um caminho seguro e previsível para ambas as partes de um processo.

Além da subsidiariedade da prova atípica, importante apontar que as partes não podem lançar mão do dispositivo aberto que as regula para desobedecer as outras regras processuais legais, ou seja, a utilização do meio de prova não previsto em lei não foge das regras processuais vigentes aplicadas às outras provas.

⁷² “O que se pode afirmar é: o princípio da atipicidade da prova é um meio de completude do sistema probatório, não uma forma de violação da lei por meio de um ‘mascaramento’ para introdução de prova nos autos, conforme a conveniência.” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 65).

Outro aspecto bastante interessante relacionado ao tema é o comportamento das partes como meio de prova atípica.

Não o resultado do comportamento mencionado no Código, com consequências legais, tais como a confissão ficta decorrente do não comparecimento da parte ou da recusa injustificada de responder às perguntas⁷³, ou ainda a presunção relativa de veracidade dos fatos que a parte pretendia provar por meio de exibição de documento ou coisa pela outra parte⁷⁴. Nesses casos, já há texto a disciplinar o produto da conduta da parte, ativa ou passiva.

O que desencadeia dúvida é a atitude da parte durante o tramitar do processo, especialmente em situações em que o juiz tem contato pessoal com ela. É o nervosismo do requerente durante uma audiência, é a calma e a serenidade do réu ao ser ouvido em depoimento. Em resumo, é o estado de espírito deles e sua respectiva manifestação exterior.

Não se pode cobrar do juiz que não leve em conta, ainda que inconscientemente, as suas percepções e sensações pessoais durante a colheita de provas e no caminhar de todo o procedimento.

Isso seria exigir do magistrado a sua desumanização, já que a sensação é mera reação física do corpo ao mundo exterior, a percepção é a recepção de impressões colhidas pelos sentidos, pelos centros nervosos, e a impressão é a influência que uma coisa exterior exerce no organismo, ou seja, reações químicas, físicas e biológicas automáticas do ser humano.

⁷³ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra elas alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicará a pena de confissão.”; novo Código de Processo Civil: “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.”

⁷⁴ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima.”; novo Código de Processo Civil: “Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima.”

O próprio ato de interpretar pede que o julgador use o seu intelecto e, portanto, a sua subjetividade, repleta de prévios conceitos e já conhecidas definições, todos eles existentes, na medida que por ele sentidos, vividos e guardados, como que em um emaranhado, a formar o seu sistema de referência.

Dessa forma, o comportamento das partes, quiçá até de seus advogados e acompanhantes, no processo, será considerado no momento da prolação da sentença ou de qualquer decisão, sem que o magistrado perceba. Mas daí a considerá-lo elemento do conjunto probatório, é questão diversa.

O juiz não poderá fundamentar uma decisão no nervosismo do autor, ou na calma e na tranquilidade do réu, tampouco motivará uma sentença na conduta serena do defensor do requerido, ou no comportamento açodado do procurador do requerente.

Não é esse tipo de influência do comportamento da parte sobre o juiz que deve ser considerada legítima, já que o magistrado deve motivar e justificar os seus fundamentos ao decidir, não sendo suficiente explicar o seu raciocínio jurídico com base na conduta psicológica do requerente e do requerido.

O magistrado sequer possui conhecimento técnico na área da psicologia ou da psiquiatria médica para analisar o comportamento da parte em juízo. Impressões, sensações e percepções não podem ser motivo e fundamento do decidir jurídico. As normas o são.

Mesmo que o julgador tenha formação em área técnica além da jurídica, não tem o poder de avaliação psicológica em juízo, ou seja, não presidirá testes ou administrará exames para tal avaliação da parte. A lei sequer permite tal conduta.

Os próprios profissionais da área da psicologia estudam por décadas o comportamento das pessoas em juízo. Um exemplo disso foi acima citado, no tópico sobre a verdade possível de ser alcançada no processo, na primeira parte deste trabalho, em que se levou em conta a pesquisa de psicóloga americana sobre falsas memórias.

Em vista disso, o comportamento das partes no processo não deve ser elemento do conjunto probatório, sendo certo que, uma vez assistido pelo magistrado, passará a fazer parte do seu inconsciente.

Há mais tipos de provas atípicas. Na verdade, o número delas é infinito, tendo em vista que não se pode prever quais serão as inovações alcançadas pelo ser humano.

Outro ponto sensível sobre o assunto é a prova emprestada.

Não há controvérsia sobre a possibilidade de se emprestar uma prova produzida em um processo para outro, mas há dissenso sobre alguns detalhes desse procedimento, especialmente no que tange ao contraditório e à ampla defesa.

Costuma-se levar em conta a comunhão das provas, ainda que externa, como base para o aproveitamento da prova produzida em outros autos.

O artigo 372 do novo Código de Processo Civil possibilita expressamente que o magistrado admita a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

A prova emprestada costuma ser introduzida como prova documental no processo que a recebe já pronta e acabada.

Em que pese normalmente ser tratada entre as provas atípicas, interessante notar que ela pode ser típica ou atípica no processo de origem em que foi produzida. Mas, levando-se em conta o ingresso nos autos de prova nele não realizada, aí sim no processo-destino ela será considerada sempre atípica, com valoração própria, ou seja, independente da que recebeu nos primeiros autos.

Pode acontecer de o depoimento de uma testemunha ser importante para o deslinde de uma causa e, após a sua oitiva no processo-origem, ela ter falecido. Diante da impossibilidade fática de ouvi-la novamente (prova típica: testemunhal), o depoimento pode ser juntado ao processo-destino como prova documental (meio típico: documento; mas prova atípica, por causa da maneira que ingressa nos autos).

Se forem as mesmas partes as participantes dos dois processos e se a prova no primeiro foi produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a valoração será diversa do que a adotada se as partes do processo-origem forem diversas das do processo-destino.

No caso da prova pericial, pode acontecer de o objeto periciado não mais existir, como uma área verde que fora desmatada, ou algum objeto extinto ou perdido. Costuma-se, então, emprestar a perícia de um processo a outro.

O fato de o juiz e as partes não poderem apresentar quesitos não lhes retira a possibilidade de chamar o perito, ainda que como testemunha dos fatos narrados e expostos na perícia (documento no processo-destino).

Há outros motivos usuais para o empréstimo de prova pericial: o seu alto custo e a sua demora.

A onerosidade é pública e notória na maioria das perícias, que envolvem *experts* em específicas áreas de conhecimento.

Já a demora como fundamento de empréstimo deve ser ponderada pelo magistrado no caso em concreto, sempre ouvindo as partes antes de qualquer decisão.

O novo Código de Processo Civil (arts. 464, § 3º, e 472) levou em conta essas características da produção da prova pericial e trouxe a possibilidade de produção de prova técnica simplificada e de dispensa da perícia.

A prova científica pode constar da pericial, mas também pode ser realizada de maneira independente, como ocorre em casos de ações para reconhecimento de paternidade com realização de exames hematológicos (estudo dos elementos do sangue: hemácias, leucócitos e plaquetas) ou de DNA (estudo do ácido desoxirribonucleico: composto orgânico de moléculas com instruções genéticas).

O avanço da medicina e da acuidade dos exames laboratoriais fazem com que esse tipo de prova seja cada vez mais utilizada em juízo.

Contudo, não é apenas na área das ciências naturais que as provas científicas evoluem rapidamente. Isso também acontece na esfera das ciências humanas, tais como a psicologia, a economia, a sociologia, a história, a geografia, a antropologia, a contabilidade, a linguística, a arqueologia, dentre outras.

Os resultados das provas científicas tendem a ser confiáveis e a gerar grande grau de certeza no julgador porque elas são fundadas em métodos previamente analisados, estudados, repetidos e examinados por especialistas da respectiva área.

Entretanto, será valorada como os outros meios de prova, oportunidade em que o magistrado levará em conta a porcentagem de erro da prova científica (até mesmo o exame de DNA tem margem de erro, ainda que mínima), a opinião ou consenso geral da comunidade científica respectiva e outros aspectos a serem analisados em cada caso em concreto.

Consequentemente, a prova científica não vincula o juiz que, no caso de considerá-la, deve fundamentar o motivo de levá-la em conta e, no caso de rechaçá-la, deve, da mesma forma, explicar os seus motivos.

Esse tema é complexo e abrangente.

Pode-se aprofundar o estudo com relação a cada prova científica, como a prova estatística (coleta e interpretação de dados numéricos) e, dentre cada uma delas, possível penetrar em cada modalidade, no caso, por exemplo, a prova por amostragem, muito usada em ações coletivas.

Diante disso, verifica-se a necessidade de se manter o sistema aberto de ingresso de provas no processo civil, já que as novidades e os avanços da sociedade acabam gerando meios de prova sequer antes imaginados.

1.6 Provas ilícitas e a proporcionalidade: sempre um desafio

As provas obtidas por meios ilícitos também são inadmissíveis, em regra, no processo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.⁷⁵

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem a diferença entre a ilicitude da prova no plano do direito material e a ilicitude na esfera do direito processual.⁷⁶

Na esfera do direito material, esses doutrinadores citam a ilicitude na obtenção da prova pré-constituída (por meio de invasão de domicílio, por exemplo), na obtenção de informações consubstanciadoras da declaração testemunhal (dados obtidos por meio de espionagem irregular da parte), na formação da prova (no caso de coação para que alguém faça uma declaração por escrito), na sua produção (é o caso de gravação clandestina de uma conversa telefônica) e na utilização da prova pré-constituída (uso de um diário íntimo, sem permissão, nos autos, como prova).

No âmbito do direito processual, esses juristas apontam a ilicitude na admissão da prova (momento do requerimento da prova) e na sua produção (violação do contraditório na produção da prova testemunhal ou perícia sem prévio aviso às partes, impossibilitando a sua participação no ato).

Não interessa se as provas são consideradas ilícitas no plano material e/ou no processual, são irregulares e devem ser, em regra, afastadas dos autos, de acordo com o comando da Constituição Federal.

Assim sendo, interceptações telefônicas, violações ao sigilo bancário ou de correspondência, sem autorização judicial, são provas normalmente proibidas, porque ilícitas.

A coação, o emprego de violência, a grave ameaça, a tortura configuram, por sua vez, meios ilícitos empregados para a demonstração de um fato, o que faz com que a prova

⁷⁵ Constituição Federal: “Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 385-387.

produzida por esses meios também não seja aceita, ainda que tenha sido utilizada e tenha alcançado informações tidas como verdadeiras.

Há, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que trata das provas ilícitas por derivação.⁷⁷

Vale lembrar, neste momento, que essa teoria vem sendo relativizada, com base no princípio da proporcionalidade, em situações em que a ilicitude da prova provoca uma ofensa menor ao ordenamento jurídico brasileiro que a ofensa causada no caso de não utilização da prova ilícita.

Um exemplo de possibilidade de relativização da proibição do uso de interceptação telefônica obtida sem autorização judicial é o caso em que não há como se comprovar em juízo que uma criança é frequentemente espancada por quem detém a sua guarda, em ação de modificação de guarda de menor.

Conclui-se, assim, que nem só de leis se constroem as normas, mas também de princípios, como o da proporcionalidade. São os princípios que fazem com que o ordenamento jurídico seja um sistema.

Interpretar um sistema (figura dinâmica) é mais complexo do que interpretar um ordenamento de leis (conjunto estático).

Ao levar em conta a interpretação do sistema jurídico, é preciso ter em mente que texto e norma são objetos distintos: para se criar uma norma pode ser necessário o trabalho intelectual que reúna diversos dispositivos legais (textos) e princípios jurídicos.

⁷⁷ A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, decidiu que a prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias constitucionais não pode ser produzida em juízo ou perante qualquer instância de poder porque inidônea juridicamente, esclarecendo a questão da ilicitude por derivação (*fruits of the poisonous tree*): “Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.” (STF – HC n. 93.050/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.06.2008, *DJe*, de 31.07.2008, *Ementário*, v. 02326-04, p. 700).

Daí a importância de se adentrar nesse campo dos princípios relacionados ao tema objeto deste trabalho, pois eles ajudam a transformar um conjunto de artigos escritos num sistema único e lógico.

Não se pode esquecer que, com relação à construção de normas, as súmulas dos tribunais de segundo grau e superiores, vinculantes ou não, configuram textos que devem ser interpretados, da mesma maneira que os artigos de leis, na busca da norma jurídica.

No que tange aos axiomas, William Santos Ferreira abordou diversos princípios da prova que considerou fundamentais: o princípio da atipicidade da prova, o princípio da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos, os princípios da aquisição e comunhão da prova, o princípio da oralidade, o princípio da identidade física do juiz, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, o princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz, o princípio da unidade probatória e o princípio do livre convencimento motivado do juiz.⁷⁸

A divergência começa já com relação aos conceitos de princípio, de regra, de lei e de norma, sendo que há quem chame de princípio regrado aquele que é expresso em dispositivo legal (e por esse motivo chamado de explícito) e de princípio implícito o que não encontra guarida em dispositivo legal.

Princípio deriva do latim *principium* e significa origem, começo, ponto de partida, fundamento ou causa de um processo.⁷⁹

Humberto Ávila aponta uma nova figura, a dos *postulados*, ao lado das já conhecidas *regras e princípios*.⁸⁰

A proporcionalidade aqui citada para sopesar a aceitação ou o refugo de provas ilícitas no processo é um dos postulados, bem como a razoabilidade, a eficiência e a segurança jurídica, esta trazida já tantas vezes ao texto.

⁷⁸ FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, cit.

⁷⁹ ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 928, verbete “princípio”.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Os postulados são por ele considerados normas de segundo grau ou de aplicação e estão em um metapiano com relação às regras e aos princípios.

Isso significa que os postulados orientam e estruturam o modo de aplicação das regras e dos princípios, ao passo em que esses dois últimos visam à obtenção direta de um fim.⁸¹

Com relação à proporcionalidade especificamente, possível conceituá-la como meio de ponderação entre princípios.

Na verdade, o postulado da proporcionalidade é um método de ajuda na interpretação de normas, sejam elas advindas apenas de regras, retiradas de princípios ou fruto da mescla entre regras e princípios.

Humberto Ávila adota, portanto, um modelo tripartite de dissociação entre regras, princípios e postulados, definindo *postulado* como instrumento normativo metódico, ou seja, como categoria que impõe condições na aplicação de regras e princípios.⁸²

Enquanto as regras são previsões de comportamentos, “normas imediatamente descritivas” que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são “normas imediatamente finalísticas” que ordenam um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.⁸³

O fato de um princípio vir expresso em dispositivo legal ou constitucional, importante ressaltar, não o torna regra, portanto.

⁸¹ “No plano preliminar é correto afirmar que duas regras, enquanto normas com estrutura hipotética, quando entram em conflito, exigem a declaração de invalidade de uma das regras. Os princípios, enquanto normas que estabelecem ideais a serem atingidos, não entram em conflito direto. Abstratamente, apenas se entrelaçam. Nesse ponto, é correto afirmar que as regras diferenciam-se dos princípios.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 90).

⁸² “Além de este estudo propor a superação de um modelo dual de separação *regras/princípios*, baseado nos critérios da existência de hipótese e do modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação *regras/princípios/postulados*, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem, à justificação que exigem e ao modo como atribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como *instrumentos normativos* metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 94).

⁸³ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 95.

Nesse sentido, o artigo 8º do novo Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de o juiz admitir provas obtidas por meio ilícito à luz da ponderação dos princípios e direitos em questão⁸⁴. É a previsão legal do que se chama de princípio da proporcionalidade.

Um dispositivo legal pode ser fonte geradora de regra, de princípio ou configurar um postulado, dependendo da ótica sob a qual é interpretado, o que torna a diferenciação entre eles sutil.

Além da dificuldade de se definir princípio, muito se fala sobre a insegurança que os princípios trouxeram, ou melhor, sobre a arbitrariedade judicial embasada em decisões supostamente neles fundadas.

Lenio Luiz Streck critica o que ele chama de panprincipiologismo, que seria a criação de todo e qualquer tipo de princípio a fundamentar uma decisão judicial, bem como a possibilidade de um mesmo princípio ser citado para qualquer que seja o resultado do julgamento, ainda que opostos, sobre o mesmo tema, em casos semelhantes, causando insegurança jurídica aos que procuram o Judiciário, por absoluta imprevisibilidade acerca do resultado do processo.⁸⁵

Esse jurista critica a abertura interpretativa e não separa os *easy cases* dos *hard cases*, na medida que entende que os princípios “têm a finalidade de impedir múltiplas respostas”, fechando e não abrindo a interpretação.⁸⁶

Desse modo, não há como concluir abstratamente em quais casos uma prova ilícita poderá ser levada em conta, validade em um processo, ou nele rechaçada.

A consideração de uma prova ilícita, originária ou derivada, depende de cada caso em concreto e dos direitos colocados em risco, oportunidade em que o magistrado fará a

⁸⁴ Novo Código de Processo Civil: “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 300.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 300.

ponderação entre normas extraídas de regras e de princípios (textos escritos ou implícitos que definem um fim).

Para tanto, os postulados auxiliarão o julgador, dentre eles, o da proporcionalidade.

Assim sendo, a proporcionalidade não pode ser citada pelo magistrado em decisão judicial como fundamento único de seu trabalho.

O juiz deve motivar a sentença nas normas, fundamentando o seu entendimento nas regras e nos princípios levados em conta para o resultado de sua interpretação.

2 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS GARANTISMO PROCESSUAL

2.1 Ativismo judicial e judicialização da política como temas diversos

O papel do juiz e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, variou muito no espaço e no tempo.

André Ramos Tavares traz a figura dos funcionários responsáveis por aplicar a justiça na França, no século XII, que cumpriam ordens reais e, como servidores da Coroa, faziam justiça em nome do rei. No contexto desse Judiciário tímido, o poder era reativo e não ativo.⁸⁷

Após a Revolução Francesa, o direito escrito ainda era uma novidade e escasso, de modo que eventuais controvérsias não costumavam ser resolvidas pelas vias judiciais.

No final do século XVIII, com a consolidação do Estado de Direito, porém, o direito positivado passou a contemplar quase todas as condutas humanas, por meio da existência de termos imprecisos e abstratos, o que teria criado contradições e lacunas, surgindo, então, uma sobrecarga de trabalho ao Judiciário e o ativismo judicial.

Com o Estado Social e o Estado Constitucional, tornou-se comum a incitação do Estado-juiz pelo indivíduo que via o Legislativo ou o Executivo omissos.

André Ramos Tavares, em outra obra, cita o surgimento da *justiça constitucional*, com a superação do dogma do parlamento absoluto e o protagonismo (constrangedor para alguns) das Supremas Cortes ou dos Tribunais Constitucionais.⁸⁸

Nesse panorama de empoderamento do Judiciário, que ainda é atual, não se olha mais para o papel do juiz como uma atividade lógico-dedutiva.

Tem sido afastada, cada vez mais, a ideia de que ao magistrado cabe fazer incidir norma ao caso concreto, simplesmente.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24-25.

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60-61.

Esse modelo formalista, que exclui um papel criativo por parte do julgador não é o considerado pela maioria dos estudiosos do Poder Judiciário.

Conforme a Constituição Federal de 1988, não cabe ao magistrado apenas a função técnica, de conhecimento, referente a identificar a solução da norma e fazê-la incidir ao caso concreto.

O juiz, sob a égide das normas constitucionais, tem o dever de garantir os direitos fundamentais expressos no Texto Maior.

É certo que não há solução pronta nas leis. A norma precisará ser construída pelo juiz, por meio de argumentos, e assim será criado o direito (superação do formalismo jurídico).

De acordo com uma cultura jurídica pós-positivista, se a solução para os problemas nem sempre está nas leis, o juiz tem que procurar a solução em outro sítio, para formar a norma. Deve buscar nos princípios e em outras normas.

No caso de interpretação de expressões abertas, indeterminadas, o direito pode não bastar em si próprio, oportunidade em que o juiz vai buscar na filosofia moral, na filosofia política, nas ciências aplicadas o substrato de que precisa para formar as normas.

A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, movimento que aconteceu na maior parte da Europa depois da Segunda Guerra Mundial, e no Brasil no pós-1988, trouxe estranheza aos juristas pátrios, já que aqui o direito foi construído sobre as bases do direito privado.

A partir do século XX, o direito começa a se publicizar: o proprietário e o contratante deixam de ser protagonistas principais, na medida que a percepção da sociedade fica mais acentuada e aumenta a preocupação com a existência das desigualdades sociais.

Nesse contexto, o direito privado começa a incorporar normas de direito público e passa a ser recheado por regras de ordem pública.

Há, com isso, a intensidade do direito administrativo e a publicização chega ao fenômeno da constitucionalização do direito.

Antes desse panorama, o direito comum era o privado, desde o direito romano. Atualmente, todos os ramos do direito são interpretados à luz da Constituição federal de 1988.

Houve a constitucionalização do direito civil, do direito penal, do direito processual civil e processual penal, do direito administrativo, tributário, previdenciário, agrário.

Essa realidade impactou o papel do juiz, que passou a vivenciar o protagonismo judicial, em comunhão à superação do formalismo jurídico, à cultura pós-positivista e à passagem constitucional para o centro do sistema jurídico.

A partir do século XX, então, o juiz não mais depende do Legislativo e do Executivo para concretizar as normas constitucionais.

É nesse exato momento que se faz necessária a diferenciação entre *judicialização da política* e *ativismo judicial*.

Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial nos seguintes termos:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁸⁹

Diferente disso é a atuação do magistrado que, ao ser provocado, em estrita judicialização de políticas públicas, não pode deixar de julgar e interpreta normas existentes, mas ainda não regulamentadas ou implementadas no campo pragmático, fazendo-as valer nos exatos termos previamente impostos pelos parlamentares.

No contexto atual, de protagonismo judicial e centralização da Constituição, a *judicialização da política* é válida, legal, regular e legítima, nos moldes do artigo 5º, inciso

⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

XXXV, da Constituição Federal, que dita que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A *judicialização da política* é o deslocamento de poder das esferas políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Consiste em um fenômeno que ocorre também em outros países.

Na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, houve a percepção de que um Poder Judiciário forte e independente é necessário para a garantia do Estado de Direito e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

O descrédito nos representantes do povo eleitos, juntamente com a constitucionalização abrangente da Constituição brasileira, que trata de todos os ramos do direito, faz com que o Judiciário tenha que intervir em assuntos sobre os quais o Executivo e o Legislativo não decidiram previamente e que estão previstos, assegurados, na Constituição.

A *judicialização da política*, portanto, no bojo deste estudo, é definida como a procura do Judiciário para que ele implemente direito garantido na Constituição Federal, com base no artigo 5º, inciso XXXV, acima citado, perante a ausência de conduta do Executivo ou do Legislativo que garanta o cumprimento de mandamento constitucional.

Clarissa Tassinari esclarece que qualquer juiz, no exercício de suas atribuições, deve aplicar imediatamente a Constituição, não só por meio da realização de um efetivo controle de constitucionalidade, mas também cumprindo as finalidades constitucionais. Diferencia essa conduta do ativismo judicial, ao passo que o define como sendo a atividade de “um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.⁹⁰

Desse modo, a figura do juiz proativo, que extrai o máximo da Constituição ou expande o sentido da norma constitucional, não opera na ordem do *ativismo*, mas na esfera da *judicialização da política*.

⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

Em outras palavras, se o legislador constituinte originário fez opções políticas não efetivadas na prática pelos legisladores ordinários e pelos membros do Poder Executivo, uma vez levada a questão ao Judiciário, o magistrado não pode eximir-se de efetivar as normas constitucionais, ainda que não regulamentadas por lei ordinária, como foi o caso do julgamento sobre a possibilidade dos servidores públicos realizarem greve.

Clarissa Tassinari conclui:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;
Segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;
Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;
E quarto, a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.⁹¹

Não há como separar direito e política, na medida que o juiz cumpre a opção política posta na Constituição Federal.

Há doutrinadores que enxergam a judicialização da política e o ativismo judicial como faces da mesma moeda e há juristas que conceituam o ativismo judicial como sendo judicialização da política, como é o caso de Luís Roberto Barroso.⁹²

Interessante a corrente que os separa e os define como institutos opostos, no sentido de que a judicialização da política é possibilidade de trabalho do juiz e o ativismo é conduta excessiva do magistrado.

⁹¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

⁹² “A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2015).

Mesmo diante de casos difíceis, portanto, que não têm solução pronta na norma e que potencializam o papel do juiz, não há como o magistrado agir regularmente fora dos preceitos constitucionais.

Não há embasamento no sistema jurídico a prever e a legitimar o ativismo judicial, nos moldes em que conceituado acima e considerado neste estudo.

O problema não é o excesso de judicialização, mas a falta de decisão política dos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros, diferente dos magistrados, foram eleitos pelo povo, pois, nas oportunidades em que há uma prévia decisão política, o juiz tem que respeitá-la e cumpri-la, concordando ou não com ela, salvo em caso de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Os juízos de discricionariedade e oportunidade fazem parte do dia a dia dos agentes eleitos integrantes da Administração Pública.

Muito se fala em casos que envolvem conceitos jurídicos indeterminados (calamidade pública, relevância e urgência) ou expressões vagas nas leis. Por vezes, essas lides são chamadas de casos difíceis.

Pois bem, também nessas ocasiões, cabe ao juiz construir a norma dentro do sistema jurídico, com base em leis e princípios, valendo-se dos postulados, para com eles lidar. O juiz ativo age dentro do âmbito constitucional. O juiz ativista labora em esfera estranha à jurídica, atua no campo político, fora da sua área de trabalho, causando risco à sociedade.

Nesse contexto do juiz ativista, da relativização das normas e do enorme risco que isso pode significar à sociedade, interessante citar a obra “A pane”⁹³, de 1955, do autor e dramaturgo suíço Friedrich Dürrenmatt⁹⁴, em que o protagonista, Alfredo Traps, hospeda-se na casa de um juiz aposentado, já que seu carro enguiçou na estrada enquanto viajava

⁹³ DÜRRENMATT, Friedrich. *A pane*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/19048318/A-PANE-Texto-Integral>>. Acesso em 16 fev. 2015.

⁹⁴ Friedrich Dürrenmatt (1921-1990) foi um proponente do teatro épico, cujas peças refletiram as recentes experiências da Segunda Guerra Mundial. Um de seus principais bordões era: “Uma história não está terminada até que algo tenha dado extremamente errado.”

vendendo tecidos, na noite em que o anfitrião recebe três amigos para o jantar, Pilet (ex-carrasco), Kummer (advogado aposentado) e Zorn (promotor público aposentado).

Convidado por eles a participar de um “jogo” de julgamento, no papel de réu, Traps aceita. Ao longo da brincadeira, em interrogatório, durante o jantar, Alfredo Traps fica sabendo que, embora extinta pelo Estado, a pena de morte vige naquela situação e que o procedimento é diverso do oficial. O protagonista acaba induzido de que é culpado pela morte de seu ex-chefe e colega no trabalho, que morreu do coração. Suicida-se, executando a pena, na mesma noite.

A condução do julgamento, ainda que de brincadeira, é completamente arbitrária e o resultado não poderia ser outro que não o fim lastimoso. O juiz aposentado e anfitrião da noite agiu com as melhores das intenções, buscou um julgamento rápido, eficiente, com base nas suas próprias regras.

O processo e as partes de uma relação processual não podem depender das boas intenções do julgador.

2.2 Garantismo processual

Uma corrente que contrapõe o ativismo judicial é a do garantismo processual.

Trata-se de um movimento filosófico que define o processo como um método pacífico de debate dialogal e argumentativo.⁹⁵

Adolfo Alvarado Velloso esclarece que “a razão de ser do processo é a erradicação de toda força ilegítima dentro de dada sociedade, para manter um estado perpétuo de paz e de respeito às normas adequadas de convivência que todos devem acatar”.⁹⁶

⁹⁵ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 14.

⁹⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado, op. cit., p. 15.

No campo do garantismo, há cinco princípios processuais: o da imparcialidade do julgador, o da igualdade das partes, o da transitoriedade do processo, o da eficácia procedimental e o da moralidade no debate.

O princípio da imparcialidade do magistrado pode ser analisado sob três óticas: a da imparcialidade, a da imparcialidade propriamente dita e a da independência.

A imparcialidade configura a impossibilidade de o julgador estar na posição de parte da relação processual. A imparcialidade em sentido estrito consiste na inexistência de interesse subjetivo do julgador na solução do litígio. A independência apoia-se na atuação do juiz sem subordinação hierárquica com relação às partes.

A imparcialidade, portanto, que deve ser levada em conta como princípio processual, não é apenas a pessoal do magistrado, mas principalmente a funcional.

O princípio da igualdade das partes, por sua vez, deve ser observado em duplo aspecto, o da paridade de oportunidades e o da paridade de audiência.

Interessante notar que não há necessidade de o magistrado agir em prol de uma parte hipossuficiente, no campo probatório, em regra, já que eventual desequilíbrio entre requerente e requerido deve ser suprido por meio das figuras constitucionais das Defensorias Públicas da União e dos Estados, pela atuação do Ministério Público Federal, de advogados dativos pagos pelo Judiciário e pela gratuidade de justiça.

Há exceção legal na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que possibilita, no artigo 6º, inciso VIII, a facilitação da defesa de direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando for hipossuficiente, segundo as regras de experiência, conforme citado acima, em tópico próprio sobre o ônus da prova.

O fato desse dispositivo existir no Código de Defesa do Consumidor, excepcionando a regra geral do Código de Processo Civil, confirma a afirmativa de que o juiz não deve tomar o lugar de defensor da parte hipossuficiente na instrução.

É certo que há pessoas que precisam de maior assistência no *iter* da ação judicial e que um resultado processual eficiente depende de que ela se equipare, no âmbito processual, à outra parte, no que tange às oportunidades de ter os seus argumentos expressos, levados em conta e, se rechaçados, afastados de maneira fundamentada.

É nesse sentido a afirmação de que o processo não é um fim em si mesmo e deve ser visto sob a ótica da Constituição.

Exatamente com vistas a essas ponderações, é que não só as Defensorias Públicas devem ser cada vez mais equipadas, mas também o ensino jurídico deve evoluir e ser fortemente fiscalizado pela Ordem dos Advogados, visando à formação de bons profissionais na área.

A falta de bons advogados não pode gerar obrigações, no processo, ao juiz.

O magistrado não pode e não deve fazer as vezes do defensor que não peticionou, do advogado que não requereu.

O magistrado não deve avocar os poderes e deveres da Ordem dos Advogados do Brasil, autarquia com atribuições constitucionalmente previstas.

Dessa maneira, a interpretação que se deve dar ao artigo 7º do novo Código de Processo Civil⁹⁷ é no sentido de que compete ao magistrado velar pelo efetivo contraditório, principalmente em casos de hipossuficiência técnica, observando se as partes estão representadas por advogado.

Em caso de uma parte não ter defensor, o juiz deve nomear a Defensoria Pública para representá-la ou, na ausência dela, constituir um advogado dativo para defender os seus direitos em juízo.

⁹⁷ Novo Código de Processo Civil: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.”

No futuro, cada vez mais a função de atuar pela parte em juízo será conferida e operacionalizada por defensores públicos.

A interiorização dessa carreira e a existência de convênios da Ordem dos Advogados do Brasil com faculdades de direito que contam com escritórios jurídicos tendem a se somar às funções dos advogados dativos.

Além de prevista na Constituição Federal como função essencial à Justiça, a Defensoria Pública⁹⁸ tem um título próprio no novo Código de Processo Civil.

Os artigos 185 e seguintes do novo Código garantem a função de representação processual e de curadoria ao hipossuficiente, com direito a prazo em dobro, com início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa, aplicando-se tais regras também aos escritórios de prática jurídica de faculdades de direito e a entidades que prestam assistência jurídica gratuita.

Voltando ao conceito de processo, como acima colocado, ele é apenas um método de debate.

O princípio dispositivo, para o garantismo, não é um axioma, mas um sistema de enjuizamento também chamado de acusatório e que se distancia dos sistemas inquisitório e misto.

Glauco Gumerato Ramos explica que a palavra *enjuizamento* refere-se à dinâmica de desenvolvimento do processo, até à sua conclusão.⁹⁹

⁹⁸ Constituição Federal: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

⁹⁹ “*Enjuizamento*, numa tradução livre da palavra espanhola *enjuiciamiento*, e não *ajuizamento*, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. *Ajuizamento* para nós tem significado de propositura da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimento do processo até sua conclusão.” (RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 256, nota de rodapé).

Por meio dessa classificação, atribui-se ao sistema dispositivo a característica de que as partes são as donas absolutas do impulso oficial do processo, ao passo que o sistema inquisitório configura um método usado para a busca da verdade real, quiçá por meio da tortura, se necessário, dependendo do país que o adota, visando à confissão do acusado e o seu arrependimento. Ele consiste em um método unilateral, que tem como julgador o acusador e a parte resistente do outro lado da lide.

O sistema misto seria uma tentativa de se mesclar o dispositivo com o inquisitório, o que parece ser, à primeira vista, muito tentador: um Código misto, que prevê um sistema dispositivo de ajuizamento de ação, com leves pitadas inquisitivas; mas, considerando que se trata de filosofias políticas antagônicas, a mistura resultaria em incoerência sistêmica.

Fácil seria definir o garantismo processual como a corrente que pretende ver respeitado e seguido o devido processo legal, expressão vaga e imprecisa, sem conceituação delimitada na doutrina e na jurisprudência, mas essa nomeação apenas transferiria a dúvida, por meio de outra pergunta: o que é o devido processo legal?

O devido processo legal é o dotado de procedimento racional que respeita os seus próprios princípios, sem violar a defesa de qualquer das partes em juízo.

Dessa forma, o garantismo processual é a corrente que prega a necessidade de se seguir à risca os princípios que determinado sistema previamente impõe a todas as partes de uma ação judicial, inclusive o juiz.

Os poderes e os deveres do juiz são temas políticos.

Dependemos da análise da natureza jurídica da função jurisdicional para defini-la como poder ou como dever.

Assim como a paisagem do campo probatório mostra divergência na doutrina, no ramo do direito processual civil, desde a conceituação de prova até a interpretação dos artigos legais correlatos, a natureza da função jurisdicional também configura objeto de cisão entre os juristas, começando na área do direito administrativo.

Hely Lopes Meireles trata do tema classificando os agentes públicos em quatro espécies: agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito, empregados públicos e contratados por tempo determinado.

Pontua que o juiz é um agente político que ocupa cargo público com a garantia constitucional da vitaliciedade e está sob a égide de regime estatutário de natureza peculiar, assim como os membros do Ministério Público.¹⁰⁰

As classificações não modificam a natureza jurídica dos institutos, mas são bom parâmetro para identificar o conceito e a definição a eles dadas pelos juristas, que os agrupam em categorias e os separam em classes.

Ao alocar a figura do juiz no grupo dos agentes políticos, confere-se ao magistrado poder de escolha mais amplo que o conferido ao servidor público. Este deve seguir a opção política previamente realizada por outros agentes públicos (os agentes políticos).

Por outro lado, outros doutrinadores não consideram o juiz um agente político, mas uma espécie de servidor público.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua como agente público todas as pessoas que servem ao Poder Público, considerando a natureza estatal da atividade desempenhada e a investidura nela, dividindo essa classe em três categorias: agentes políticos, servidores públicos estatais e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.¹⁰¹

O juiz é por ele considerado um servidor público estatal titular de cargo público.

Essa classificação retira o juiz da classe daqueles que são “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado”.¹⁰²

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 376.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. refund., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231.

¹⁰² *Ibidem*, p. 229.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro divide os agentes públicos em agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público, encaixando o juiz como servidor público estatutário.¹⁰³

Isso significa que como servidor, e não agente político, o magistrado não forma “vontade superior do Estado”:

[...] no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.¹⁰⁴

José dos Santos Carvalho Filho adota a mesma classificação doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dividindo os agentes públicos em agentes políticos, servidores públicos e agentes particulares colaboradores do Poder Público, alocando o magistrado na categoria de servidor.¹⁰⁵

Assevera que, em regra, o agente político exerce funções em caráter transitório (durante o mandato), costuma ser eleito, exerce efetivamente a função política (e não eventualmente como o juiz), função esta de comando, de fixação das estratégias de ação traçando os destinos do país.

Essa segunda corrente está em perfeita consonância com a Constituição, já que o juiz não faz opção política, não escolhe as regras do jogo, não participa diretamente da produção de leis, mas deve cumprir os dispositivos criados, discutidos, votados, sancionados e publicados pelos agentes políticos, quais sejam o presidente da República, os governadores, os prefeitos, os respectivos vices, os senadores, os deputados federais e estaduais e os vereadores.

Os agentes políticos, detentores de mandatos e eleitos pelo voto popular possuem representatividade dos cidadãos, que são os verdadeiros donos do poder, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 419.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 417.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 488.

De maneira bastante diferente do agente público, eleito pelo voto secreto e direto, o juiz é investido no cargo por concurso público e goza de vitaliciedade.

Eugênio Raul Zaffaroni expõe que o juiz não precisa ser eleito, como acontece em alguns países, para fazer parte de uma instituição democrática, bastando que ela zele pela democracia para ter tal característica, mas o fato de o Judiciário ser um poder democrático (independentemente da forma de ingresso dos magistrados) não torna o juiz um agente político.¹⁰⁶

Isso não quer dizer que o juiz não tenha poder algum. Muito pelo contrário, o magistrado detém elevado poder no processo civil brasileiro, mas não poder político.

O juiz detém o poder que os agentes políticos escolheram que ele tivesse.

Em nome da tripartição de poderes, o Poder Judiciário detém o mesmo peso que os Poderes Legislativo e Executivo (art. 2º da CF).¹⁰⁷

Houve opção política pelo perfil do Judiciário, tal como é formado hoje, pelo legislador constitucional, em 1988.

A partir de então, nos moldes do artigo 5º, inciso II, do Texto Maior¹⁰⁸, o juiz não pode inovar no campo legislativo processual, mas deve seguir o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF¹⁰⁹).

Vicente Miranda trata dos poderes do juiz no processo civil brasileiro, oportunidade em que prevê os poderes de direção, ordinatório, instrutório, decisório e executório.

No que tange ao poder de instruir, esclarece que:

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁰⁷ Constituição Federal: “Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹⁰⁸ Constituição Federal: “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

¹⁰⁹ Constituição Federal: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Em nosso vigente sistema processual civil o juiz não é apenas o destinatário principal da prova produzida. Participa ele diretamente e imediatamente da instrução. Intervém concretamente no procedimento probatório. Age eficazmente em todos os momentos da prova.¹¹⁰

Divide o poder de instrução em poder de sujeição probatória, poder de dirigir a instrução, poder de iniciativa oficial e valoração probatória.

O poder de sujeição probatória refere-se à norma extraída do artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973¹¹¹ (art. 378 do novo CPC¹¹²), sobre o dever de todos de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

O poder de dirigir a instrução prevê o dever do juiz de fixar o objeto da prova, de deferir a produção de provas úteis, necessárias e relevantes ao deslinde da causa, bem como de indeferir as inúteis, irrelevantes e procrastinatórias, de controlar a produção de prova, fiscalizando-a e procedendo direta e pessoalmente à colheita das provas.

O poder de valorar as provas produzidas dispõe sobre o sistema da livre convicção ou da convicção íntima do juiz, nos moldes do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973¹¹³ (art. 371 do novo CPC¹¹⁴).

Dentre os caracteres essenciais desse poder judicial, está a excepcionalidade.

Moacyr Amaral Santos expõe que “a regra é que as provas sejam propostas pelas partes” e que “por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa”.¹¹⁵

¹¹⁰ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 208.

¹¹¹ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

¹¹² Novo Código de Processo Civil: “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

¹¹³ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

¹¹⁴ Novo Código de Processo Civil: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

¹¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 350.

Por fim, quanto ao poder de iniciativa oficial, objeto deste estudo, Vicente Miranda dita que “no campo probatório vigora também o princípio dispositivo como regra”.¹¹⁶

Vicente Miranda conclui que há duas hipóteses em que o magistrado deve agir de ofício: em caso de perplexidade do julgador perante o conjunto probatório, isto é, no caso de o juiz não poder formar a sua convicção com base nas provas já colhidas, e quando se tratar de matéria de ordem pública.¹¹⁷

O magistrado, assim, detém poderes suficientes para cumprir os seus deveres, dentre eles, o de cumprir a Constituição Federal.

Não há dever sem poder para cumpri-lo, tampouco há poder conferido ao servidor público sem dever que o fundamente. São faces da mesma moeda, na área pública.

Assim sendo, antes de aplicar a norma expressa no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, I e II, do novo CPC), que trata do ônus da prova, o magistrado deve, após análise da prova produzida pelas partes, provocar de ofício a produção de provas que o sistema lhe incumbiu (não de maneira ilimitada, mas excepcional, portanto).

2.3 O novo Código de Processo Civil e a figura do magistrado: um juiz ativo ou um juiz ativista?

O novo Código de Processo Civil, sob a égide da Constituição Federal de 1988, encontra fundamento no sistema jurídico agora vigente, de modo que o efetivo acesso ao Judiciário continuará sendo foco do magistrado.

Logo no início da exposição de motivos da comissão de juristas que trabalharam no anteprojeto do Código de Processo Civil, menciona-se a preocupação em se estabelecer um sistema processual civil em harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

¹¹⁶ MIRANDA, Vicente, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, cit., p. 216.

¹¹⁷ Ibidem, p. 217.

Mais adiante, mas ainda na exposição de motivos, aponta-se que os trabalhos da comissão orientaram-se para estabelecer “expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”.

Fez-se questão de, no artigo 1º do novo Código, comunicar que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Mas há modificações importantes, no que diz respeito aos poderes e deveres do juiz.

É o caso do artigo 139, inciso VI, do novo Código¹¹⁸, que prevê o poder judicial de adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Essa é uma regra bastante diferente de tudo o que se tem até agora no processo civil brasileiro e que permite ao juiz modificar as regras do jogo conforme a relação processual tramita.

Esse dispositivo parece distanciar-se do garantismo processual e da segurança jurídica, aproximando-se, e muito, do sistema inquisitivo, se interpretado isoladamente.

O magistrado só conhecerá as especificações do conflito após a juntada dos argumentos do requerido na contestação, ou seja, o juiz mexerá no rito com o jogo acontecendo e a disputa em andamento.

É certo, porém, que o fará de maneira motivada, porque assim manda a Constituição Federal. Certamente avisará as partes sobre a mudança, já que a não surpresa é prevista no novo Código.¹¹⁹

¹¹⁸ Novo Código de Processo Civil: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...]”

¹¹⁹ O artigo 9º do novo Código de Processo Civil garante o contraditório como garantia da não surpresa das partes: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

Mesmo assim, não é difícil pensar que o requerente ajuizou uma ação projetando o resultado nas regras previamente postas.

Talvez, se consciente do rito a que estaria sujeito, diverso daquele votado pelos parlamentares por ele eleitos e sancionado pelo seu representante no Executivo, não provocasse o Judiciário.

O artigo 271 do novo Código de Processo Civil continua a prever a regra com feição do sistema inquisitivo sobre o caminhar do processo, ao dispor que “o juiz determinará de ofício as intimações em processos pendentes, salvo disposição em contrário”.

Mas não se pode concluir, com base em alguns artigos, que o novo Código apresente a figura de um juiz ativista.

Pelo contrário. O novo Código traz inúmeros dispositivos no intuito de balizar a conduta judicial.

Interessante notar, porém, que o novo Código de Processo Civil, no artigo 370, não traz modificação ao artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973, no que tange aos poderes instrutórios do juiz.

No que tange à produção antecipada de provas, o novo Código de Processo Civil também se distancia do sistema acusatório, na medida que o artigo 382, parágrafo 1º, dita a possibilidade de o juiz determinar de ofício a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado.

Da mesma forma que prevê o Código de Processo Civil de 1973, o novo Código traz artigos dispondo sobre o poder judicial de ordenar de ofício o depoimento pessoal da parte¹²⁰, o poder do juiz de ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos¹²¹, a possibilidade de o magistrado requisitar às repartições públicas certidões para provar as

¹²⁰ Novo Código de Processo Civil: “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.”

¹²¹ Novo Código de Processo Civil: “Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.”

alegações das partes¹²², de o magistrado ordenar de ofício a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas e a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre o fato determinado, divergirem as declarações.¹²³

Dispõe também sobre a determinação judicial de realização de nova perícia¹²⁴, a inspeção de pessoas ou de coisas¹²⁵ e a consideração, de ofício, no momento de proferir a sentença, de fato novo constitutivo, modificativo ou extintivo do direito.¹²⁶

Diante desse panorama do novo Código de Processo Civil, verifica-se que a figura do juiz ativo continua em voga, de modo que a atuação do magistrado não pode ser menos que o mínimo previsto em lei: se uma testemunha referir-se a outra importante para o desfecho da lide, o magistrado precisa ouvi-la como testemunha do juízo; se a perícia não foi conclusiva, o juiz precisa determinar a realização de outra, ainda que as partes não a peçam; se for caso de acareação, o juiz deve provocá-la.

O parlamentar deu-se ao trabalho de legislar sobre os poderes do juiz e, considerando que, no serviço público, poder não é faculdade, mas dever, o magistrado tem como limite mínimo de atuação probatória essas expressamente trazidas pela lei.

Não há falar, porém, que o novo Código legitimaria o ativismo judicial, tendo em vista os cuidados do respectivo texto referentes à não surpresa das partes, à garantia dos direitos fundamentais e ao respeito à Constituição.

¹²² Novo Código de Processo Civil: “Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; [...]”

¹²³ Novo Código de Processo Civil: “Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.”

¹²⁴ Novo Código de Processo Civil: “Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.”

¹²⁵ Novo Código de Processo Civil: “Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.”

¹²⁶ Novo Código de Processo Civil: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

O limite máximo de atuação judicial também existe, pois a Constituição Federal não confere poder ilimitado a ninguém, tampouco ao juiz.

Nesta fase de empoderamento do Judiciário e do protagonismo judicial, pode-se verificar um campo de atuação bastante alargado ao magistrado (uma moldura legal bastante ampla), o que não significa que ele não encontre barreiras normativas.

Nesse passo, o julgador trabalha com fronteiras largas, pois a existência de princípios implícitos no sistema jurídico, a serem levados em conta para a formação de normas, a interpretação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais fazem com que ele não seja mera boca fria da lei, mas sujeito que a interpreta e cria norma jurídica, com toda a subjetividade que esse ato lhe confere.

O novo Código prevê regra que demonstra a vontade política de se fiscalizar o trabalho judicial: o magistrado deve expor minuciosamente o sentido em que as normas foram por ele compreendidas, demonstrando as razões pelas quais não aplicou princípios colidentes.¹²⁷

Nos mesmos moldes do Código de Processo Civil de 1973, o novo Código continua focando a figura de um juiz ativo que trabalha na ampla moldura normativa, mas a oportunidade para se esclarecer os lindes da atuação de ofício do juiz não foi bem aproveitada, já que a fixação dessas fronteiras continuam a depender da interpretação e da justificação de cada magistrado.

¹²⁷ Novo Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

3 FIXAÇÃO DE LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ POR MEIO DO SISTEMA DE AJUIZAMENTO E O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PARTES

Não há valia para a previsão legal do juiz ativo se não houver como fiscalizar o seu labor na intenção de garantir a atuação mínima e máxima de seus poderes.

Nesse sentido, no campo do direito probatório de ofício e seus limites máximos, interessante a consideração de três frentes que podem ser usadas na fixação de lindes: a análise do chamado princípio dispositivo e a verificação da colaboração entre as partes, nos moldes do devido processo legal, como meio de controle dos deveres-poderes do magistrado, a consideração de fiscalização da atividade judicial na área da hermenêutica e a proposta de divisão de trabalho na presidência do processo por meio da figura do juiz instrutor (atualmente inexistente no ordenamento brasileiro) ou tornando impedido de julgar a causa o magistrado que presidiu a fase instrutória, lançando mão da atividade probatória de ofício.

3.1 A verdadeira face do princípio dispositivo e a colaboração entre as partes

Para os garantistas, o princípio dispositivo não é um axioma, mas um sistema de enjuizamento, isto é, uma dinâmica do processo até a sua conclusão, também chamada de sistema acusatório, em que as partes são as responsáveis pelo impulso processual.

O artigo 2º¹²⁸ c/c o artigo 262¹²⁹ do Código de Processo Civil de 1973 e o artigo 2º do novo Código de Processo Civil¹³⁰ preveem que o processo começa por iniciativa da parte, em regra, mas que ele se desenvolve por impulso oficial, em clara tentativa de se criar um sistema misto, acusatório e inquisitivo.

¹²⁸ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

¹²⁹ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

¹³⁰ Novo Código de Processo Civil: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas na lei.”

Na impossibilidade de se mesclar dois sistemas tão distintos, diametralmente opostos, extrai-se a necessidade de se focar a existência de outros métodos de condução do processo judicial.

O novo Código de Processo Civil, assim como o Código de 1973, prevê regras que tratam de uma outra dinâmica de enjuizamento, que ora traz regras existentes no sistema acusatório, ora prevê textos que ensejam a criação de normas típicas do sistema inquisitivo.

Fredie Didier Júnior chama esse outro modelo de direito instrumental de processo cooperativo¹³¹, em que leva em conta o que ele define como princípio da cooperação entre as partes, que é um redimensionamento do contraditório “com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes”.

A segurança jurídica, que consiste no respeito de regras previamente postas, ou seja, na previsibilidade da prestação do serviço público (jurisdição), estará respeitada, desde que as normas vigentes sejam acatadas e aplicadas, sejam elas nos moldes de um sistema ou de outro.

Maria Elizabeth de Castro Lopes afirma que:

[...] mais importante do que a opção entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório é a conscientização de que a atividade probatória deve ser regida pelo princípio da colaboração entre as partes e o juiz, uma vez que o processo não pertence nem àquelas, nem a este.¹³²

Nesse panorama de cooperação, não há falar em juiz ativista (criador de normas fora da moldura sistêmica), tampouco em garantismo, mas em aplicação de regras previamente postas, que preveem atuação de todas as partes do processo.

Assim sendo, a oportunidade legal de atuação do requerente é limite para a conduta das outras partes, até mesmo do juiz da ação, ou seja, se cabe ao autor provocar determinada

¹³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 207.

¹³² LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, cit., p. 117.

prova sem previsão legal de atividade probatória de ofício, como o arrolamento de testemunhas a serem ouvidas em juízo, e não lança mão de seu direito, ocorrerá preclusão.

Nesse sistema de colaboração, cada parte tem um rol de atribuições previamente previsto em lei e, não raro, se não faz uso de seus direitos, nenhuma outra parte poderá fazê-lo.

Dessa forma, se o autor arrola testemunhas e uma delas refere-se à outra, cujo depoimento parece ser importante, útil e necessário ao deslinde da causa, cabe ao juiz notificá-la para ser ouvida como testemunho do juízo.

Se o requerido acaba por arrolar as testemunhas que o autor não enumerou na petição inicial, os depoimentos serão aproveitados por todos no processo.

Se as partes não arrolam testemunhas, não cabe ao juiz, ao perceber que era caso de se ouvir determinadas pessoas, converter o feito em diligência e notificá-las, de ofício, para que prestem depoimento em juízo.

A preclusão, portanto, limita todas as partes do processo, inclusive o juiz.

Essa é regra do jogo que leva em conta a preocupação do parlamentar com a celeridade do processo e a paridade de armas entre o requerente e o requerido de uma ação civil.

3.2 A prestação de contas do juiz acerca suas interpretações perante a sociedade: *accountability* hermenêutica

O juiz trabalha por meio da interpretação de textos, sejam eles leis, súmulas, atos infralegais, doutrina ou julgados.

Com base na hermenêutica, portanto, o magistrado constrói a norma individual para cada caso em concreto e deve, após, fundamentar a sua decisão, para que as partes afetadas possam compreendê-la e eventualmente impugná-la de maneira eficiente.

Eduardo Cambi aponta que:

[...] a *norma* não é um *dado* pronto e acabado, mas resulta da interpretação. Os textos legislativos constituem apenas o *ordenamento em potência*, isto é, um conjunto de normas potenciais ou de possibilidades de interpretação; o significado da norma é produzido pelo intérprete.¹³³

Ao motivar as decisões, o julgador tem que esclarecer o que levou em conta para chegar a determinando resultado e de que modo considerou os textos que o embasam.

Dessa maneira, toda a sociedade pode conhecer o método de trabalho de determinado juiz, avaliando-o e fiscalizando-o.

Interessante que a motivação de decisões deve considerar as normas advindas do sistema jurídico e não a verdade dita real, como acima pontuado, ou a justiça, valores inacessíveis no processo judicial.

Essa foi a opção política realizada pelos parlamentares constituintes em 1988: primar pela segurança jurídica e não por valores metafísicos como verdade ou justiça.

Segurança jurídica não necessariamente como previsibilidade da decisão, mas como respeito à coerência e à integridade da própria sentença, dela com relação a outras proferidas pelo mesmo magistrado e por outros juízes, no que tange à mesma questão ou a pontos similares.

Conforme pondera Ronald Dworkin, uma decisão judicial faz parte de um romance e não configura um conto autônomo e independente, pois deve respeitar o encadeamento dos julgados e da jurisprudência, levando em conta a doutrina, como se fosse um capítulo, que deve guardar coerência e integridade com as outras partes de um romance.¹³⁴

Por causa da opção política realizada pelos parlamentares constituintes de 1988, existem as figuras das preclusões (natureza processual), os institutos da decadência e da

¹³³ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, p. 144, 2000.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

prescrição (natureza material), a coisa julgada material e as exceções taxativas (natureza constitucional), que colocam limites para a atuação judicial.

Quanto às preclusões, institutos necessários para garantir a marcha processual, configuram a perda de uma faculdade processual, seja porque já implementada (preclusão consumativa), porque a parte praticou ato incompatível com a faculdade (preclusão lógica) ou ainda porque a parte nada fez (preclusão temporal), escoando-se o prazo para determinada conduta.

As preclusões, nesses moldes, geram efeitos no processo e conferem direitos às partes, na medida que formam situações jurídicas ativas e passivas entre os sujeitos do processo.¹³⁵

O magistrado também deve respeitar esse tramitar da ação judicial, até que a preclusão máxima ou coisa julgada se forme, sob pena de se conferir ao processo a imortalidade.

Moacyr Amaral Santos aduz que:

[...] feitas as provas, encerrados os debates, a sentença é o ato imediato. Entre o debate e a sentença não é admissível a intercalação de nenhum ato instrutório. Qualquer que seja a situação da prova dos fatos, perplexo mesmo que esteja o juiz, a este cumpre decidir em seguida, na mesma audiência, ou em outra, dentro de dez dias, destinada apenas à publicação da sentença.¹³⁶

Os prazos processuais, as regras sobre o número de testemunhas que podem ser arroladas por cada parte em um processo, o fato de o Código de Processo Civil prever a impossibilidade de algumas pessoas prestarem depoimentos, a própria proibição da juntada de prova ilícita como regra, tudo isso demonstra que o intuito do legislador não foi conferir ao juiz o papel de investigador da verdade absoluta.

Caso contrário, uma das hipóteses para se ingressar com ação rescisória seria a injustiça de uma sentença.¹³⁷

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, cit., p. 629.

¹³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 385.

¹³⁷ “Não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 79).

A sentença que resolve o mérito faz coisa julgada, independentemente da sua justeza.

O artigo 467 do Código de Processo Civil de 1973 traz o conceito de coisa julgada material (cláusula pétrea): é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.¹³⁸

Verifica-se que o dispositivo legal nada fala sobre verdade ou justiça.

O novo Código de Processo Civil (art. 337, § 4º) dispõe que há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado e define coisa julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 502).

O instituto da coisa julgada é instrumento de pacificação social, assim como todo o processo judicial.

Nelson Nery Junior afirma que entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo.¹³⁹

A imodificabilidade da coisa julgada material é, inclusive, direito constitucional fundamental. Essa é a regra do jogo.

Há presunção *iuris et de iure* de correção e justiça de uma sentença que transita em julgado, de modo que se pode concluir que a finalidade central do processo é a coisa julgada material. Não é justiça ou verdade.

Como consequência, se houver duas ações iguais, necessário respeitar a que primeiro transitou em julgado, ainda que ajuizada em segundo lugar, e não cabe repropositura de ação

¹³⁸ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, cit., p. 56.

com coisa julgada material, mesmo que com falta de atividade probatória, com deficiência de prova ou diante de novas provas.

Em casos em que o legislador optou por dar nova chance de propositura de ação com vistas na falta ou na insuficiência de provas, ele o fez expressamente. É o caso da Lei da Ação Civil Pública¹⁴⁰, da Lei da Ação Popular¹⁴¹ e do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴²

Essas são as exceções legais feitas pelos representantes do povo e que tornam possível a repropositura de ação popular, de ação civil pública e de ação coletiva para defesa de direitos difusos ou coletivos quando improcedente por falta ou insuficiência de provas.

Para controlar a constitucionalidade da decisão, o sistema jurídico brasileiro prevê ações autônomas de impugnação (ação rescisória e revisão criminal), coisa julgada *secundum eventum litis*, recurso ordinário e recurso extraordinário.

Muito já se falou sobre ações de reconhecimento de paternidade ajuizadas, processadas e findas antes da existência do exame de DNA (ácido desoxirribonucleico).

A possibilidade de se provar o vínculo de parentesco por meio de exame acurado, moderno, quase preciso, com baixa taxa de falibilidade, fez com que alguns doutrinadores passassem a admitir a relativização da coisa julgada, em nome de justiça, mas em direta ofensa à segurança jurídica.

Levar em conta valores tidos como nobres, tais como justiça e verdade, não necessariamente garante um resultado democrático.

¹⁴⁰ Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹⁴¹ Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965: “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹⁴² Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81.”

No regime nazista, a opção política pela justiça (ligada à verdade) conferia ao *Parquet* a possibilidade de dizer se a sentença era justa ou não, podendo sempre propor rescisória, se achasse injusta.

Conforme pondera Nelson Nery Junior com relação à relativização da coisa julgada, especificamente à desconsideração da coisa julgada injusta ou inconstitucional, o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de se instaurar a insegurança geral com a relativização da coisa julgada.¹⁴³

A coisa julgada material está ligada à segurança jurídica e esta, por sua vez, está ligada ao Estado Democrático de Direito, cláusula pétrea constitucional.

Mesmo aplicando-se todas essas regras e princípios, não há coerência e integridade garantidas na esfera de julgados. Pelo contrário, há muita surpresa na decisão judicial, na medida que o juiz interpreta livremente fatos e normas.

Uma certa discrepância entre julgados num determinado lugar e na mesma esfera temporal é natural, pois a atividade de interpretar, como já expressei, é trabalho intelectual dependente de um sistema de referência formado por vivências pessoais e experiências díspares construídas por sensações, impressões e percepções.

O que não pode acontecer é que juízes interpretem as mesmas regras e princípios, sob a égide da mesma Constituição Federal, de maneira completamente diferente, criando cada um uma norma oposta à outra, em casos semelhantes.

O juiz não pode julgar conforme ele pensa o que é certo. Não pode trazer a moral, a religião, a política, a economia ou qualquer outro sistema que não o jurídico para a sua área de atuação, pelo menos não mais do que já está intrínseco no seu intelecto, por meio de percepções, impressões e crenças.

¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, cit., p. 74.

Participante da democracia, o magistrado deve decidir de acordo com o sistema jurídico, respeitando as opções dos eleitos.

Para afastar as invenções de álibis teóricos a justificar qualquer tipo de decisão (que Lenio Streck chama de pamprinciologismo¹⁴⁴), inclusive no campo probatório, que consiste em fase primordial do processo, têm-se criado modos de enquadrar o método de decidir, de limitar a interpretação dos juízes (matéria de democracia), tais como as súmulas vinculantes e a repercussão geral, dentre outros institutos chamados pela maioria da doutrina de modernos.

Apesar da novidade e da boa intenção de orientar decisões judiciais sempre tão díspares, tais institutos jurídicos não são um bom caminho ao sistema, tendo em vista que um texto de súmula, mesmo que vinculante, por exemplo, deve ser interpretado da mesma forma que o texto legal, voltando-se à necessidade de se entender como o magistrado chegou a determinado resultado e a certa interpretação.

O juiz, ao criar a norma, pode agir de maneira discricionária, escolhendo entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, em legítimo poder de qualificação jurídica e preenchimento de espaço de interpretação da lei, desde que não aja de modo arbitrário.

Para tanto, o julgador lançará mão da argumentação jurídica.

Nesse sentido, em incessante busca por uma criteriologia para decidir, Lenio Luiz Streck apresenta uma teoria da decisão judicial para que ela seja também jurídica (de acordo com o sistema jurídico vigente), já que considera que o juiz não é boca da lei, mas também não é proprietário dos sentidos dela.¹⁴⁵

¹⁴⁴ “Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do direito, fragilizando sobremodo o grau de autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição, podendo ser elencados, exemplificadamente, alguns deles, tais quais: princípio da cooperação processual, princípio da simetria, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio do fato consumado, princípio da instrumentalidade processual, princípio da confiança no juiz da causa, princípio do deduzido e do dedutível.” (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, cit., p. 301-302).

¹⁴⁵ “Regras e princípios, que constituem o todo do direito, foram criados exatamente para, mediante um processo interpretativo, guiarem a aplicação do direito e trazerem, em certo sentido, segurança jurídica (não entendida como previsibilidade, mas o respeito à coerência e à integridade). Com efeito, para evitar mal-entendidos, é evidente que juízes não são máquinas (tampouco alfaces, como costume mencionar), exatamente porque lidam com um elemento de imprevisibilidade, que é a análise da situação concreta (devem analisar as particularidades/especificidades do caso *sub judice*). Desse modo, quando afirmo que discricionariedade e arbitrariedade são sinônimos, o que pretendo dizer é que ambas são calcadas num critério de escolha (e decidir é diferente de escolher, tese que desenvolvi na obra *O que é isto – decido conforme minha consciência?*), que é

Para tanto, surge a exigência de que o julgador preste contas e explique que a decisão tomada é baseada em critérios jurídicos, mais especificamente de legalidade e de constitucionalidade.

Aparece, então, a figura da *accountability* hermenêutica, por meio da qual se tenta preservar a autonomia do direito, controlar a interpretação constitucional, fazer respeitar a integridade e a coerência do sistema, criar a exigência fundamental de o juiz justificar as decisões (mais do que motivá-las) e respeitar o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Nesse contexto, o magistrado precisa seguir métodos de interpretação para que não altere a distribuição das funções constitucionalmente normatizadas (correção funcional), respeitando a rigidez da Constituição e dando às suas normas a máxima eficácia. O juiz deve também respeitar a rigidez do texto e preservar a normatividade da Constituição.¹⁴⁶

Não só no campo do direito probatório, mas durante todas as fases processuais, o julgador não pode lançar mão da moral para corrigir o direito, tampouco deixar que opções políticas suas fragilizem direitos fundamentais, ou que discursos de análises econômicas do direito sejam por si valorados no processo.

Quanto à *accountability* hermenêutica, mais do que fundamentar, o juiz passa a ter o dever de explicar a decisão.

Essa conduta baseia-se na forte responsabilidade política dos juízes, que respondem por qualquer decisão que venham a dar.

próprio do paradigma positivista, que, por sua vez, revela-se insuficiente em face da exigência do Constitucionalismo Contemporâneo de prestação de contas dos julgadores, no sentido de ser necessário explicitar/demonstrar que a decisão tomada é, em primeiro lugar, baseada em critérios jurídicos, mais especificamente, de legalidade e constitucionalidade.” (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, cit., p. 328-329).

¹⁴⁶ “Neste ponto, indubitavelmente temos de lançar mão da tese dos limites semânticos da Constituição, isto é, levemos o texto a sério. É evidente que o texto não se basta; é evidente que texto e norma não são a mesma coisa; mas o texto já fala de alguma coisa, sobre alguma coisa e alguma coisa, assumindo a relevância a tese da ‘legalidade constitucional’ de Elias Diaz.” (STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 331).

O Texto Constitucional foi produzido democraticamente e o juiz não pode deslegitimá-lo.

O Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, previa, no artigo 472, parágrafo único, que:

Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.¹⁴⁷

Essa redação não mais fez parte do texto do Projeto de novo Código de Processo Civil enviado para sanção da presidente da República, mas o artigo 489 do projeto prega que o juiz deve explicar, na decisão, o motivo concreto de incidência de conceito jurídico indeterminando por ele empregado, e o parágrafo 2º desse dispositivo dita que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Mas esse dever judicial de explicitar como chegou à norma não se restringe aos casos em que se trata de interpretação de conceito indeterminado, cláusula geral ou princípio jurídico, o magistrado deve explicar os aspectos de toda e qualquer norma construída com base em texto ou princípio implícito. A regra é para casos difíceis e fáceis.

A democratização do processo consiste nos direitos de informação, de manifestação e de ver os seus argumentos considerados em juízo.

A Corte Europeia dos Direitos Humanos¹⁴⁸ considera a fundamentação/justificação das decisões como um direito humano fundamental da decisão.

¹⁴⁷ Projeto de Lei do Senado n. 166/2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>. Acesso em: 06 fev. 2015.

¹⁴⁸ “Como justamente observa o juiz Franz Matscher na sua comunicação, a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do processo equitativo, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia. Mas logo acrescenta que a motivação não deve ter uma extensão ‘épica’ sem embargo de dever permitir ao destinatário da decisão e ao público em geral apreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir tal e tal sentença. Corolariamente, só uma decisão revestida de motivação suficiente permite de modo eficaz o exercício do direito de recurso para um Tribunal Superior.” (Disponível em <www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dh-lobes-rocha.html>. Acesso em: 03 mar. 2015).

Justificar, no campo probatório, é explicitar as provas usadas e o raciocínio construído por meio delas.

Não basta, portanto, que o juiz remeta a sua decisão à fl. X ou ao depoimento Y. O magistrado deve valorar todas as provas, uma a uma, antes da valoração conjunta, afastando-as ou acolhendo-as, mediante explicação de cada uma dessas condutas.

Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf salientam a dificuldade do julgador no seu mister:

Para decidir a causa, o juiz, além de montar o quebra cabeça, deverá respeitar três pontos distintos: (a) transformar sua narração em um ato ilocucionário assertivo, sendo composta de uma série de declarações que descrevem os fatos apresentados no processo; (b) sua narrativa deverá ser neutra e não partidária, devendo apenas dizer que alguns fatos têm aparecido como confirmado de forma objetiva; (c) por fim, e a mais importante, que a história por ele narrada é a verdadeira conforme as provas apresentadas em juízo; portanto, deve escolher como verdadeira, não a melhor narrativa, mas aquela que esteja devidamente comprovada nos autos.¹⁴⁹

Tudo isso para ser possível controlar democraticamente as decisões judiciais, inclusive as referentes ao poder de provocar a produção de provas.

3.3 O juiz instrutor, o juiz impedido e o princípio da identidade física do juiz

Atualmente, o artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 traz o chamado princípio da identidade física do juiz.¹⁵⁰

Dessa forma, é o magistrado que colheu a prova quem deve, em regra, prolatar a sentença.

Entende-se que o julgador participante da fase instrutória está mais apto a resolver a lide, já que vivenciou os comportamentos das partes em juízo e sofreu as impressões, as

¹⁴⁹ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Verdade real e narrativismo processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 137, out. 2014.

¹⁵⁰ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

percepções e as sensações deixadas pelas testemunhas, pelos peritos, pelos assistentes técnicos e pelos informantes do juízo.

Há, porém, outro modo de pensar a aptidão psicológica do magistrado para julgar um determinado caso.

Considerando que aspectos psicológicos, políticos, religiosos, morais, econômicos e outros condizentes a sistemas diversos do jurídico não devem ser levados em conta para o julgamento da lide, melhor seria que outro magistrado analisasse as provas produzidas.

Sendo assim, o julgador que não teve qualquer tipo de contato com as partes, com os respectivos defensores, com as testemunhas e com as eventuais discussões travadas na fase instrutória seria, em tese, mais facilmente isento, imparcial e equidistante.

Nesse sentido, Glauco Gumerato Ramos aponta o sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado¹⁵¹ como uma possibilidade de se repensar a regularidade da prova de ofício, respeitando-se o devido processo legal:

Dessa maneira, temas como a prova de ofício devem ser repensados de forma que a respectiva atuação do juiz se concretize num ambiente garantido pelo devido processo legal, o que não ocorre nos modelos processuais onde, por razões históricas que remontam à oralidade que marcou o processo civil romano, o mesmo juiz pessoa física preside todas as etapas do procedimento voltado à decretação da sentença de mérito.¹⁵²

Na prática, não há prejuízo em se julgar sem ter participado diretamente da realização da instrução.

¹⁵¹ “Simples. Divide-se o procedimento judicial voltado à formação da sentença de mérito de modo a que as funções do juiz (= pessoa física) sejam diluídas no respectivo desenvolvimento. Haveria a atuação de juízes diferentes para cada uma das mais relevantes etapas procedimentais, ou seja, um juiz para a *urgência*, um juiz para o *procedimento probatório*, e, finalmente, um juiz para o decreto da sentença definitiva. Nesse modelo, os juízes das etapas precedentes ao momento do julgamento de mérito poderiam exercer na plenitude toda a dimensão de seu poder (= jurisdição) sem que lhes fosse imputado o vício da imparcialidade. E isso já que outro seria o juiz responsável pela sentença de mérito, estando com seu espírito livre das impressões *subjetivas* que as fases anteriores de urgência ou de instrução (= confirmação) acarretam à condição humana.” (RAMOS, Glauco Gumerato, Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual, cit., p. 270).

¹⁵² RAMOS, Glauco Gumerato, op. cit., p. 271.

Aliás, é o que ocorre nos julgamentos, em grau de recurso, em tribunais de segundo grau ou superiores e nos feitos em que a instrução probatória foi realizada por meio de carta precatória, de carta rogatória ou de carta de ordem.

Atualmente, há juízes de primeiro grau convocados nos Tribunais Superiores que assessoram os ministros realizando a fase instrutória, quando necessária nesse grau, sem que isso cause qualquer tipo de nulidade nos autos.

Os casos expressos no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, acima citados, que excepcionam a regra da identidade física do juiz, também exemplificam oportunidades em que outro juiz (que não o que presidiu a fase instrutória) julga o feito, sem qualquer prejuízo às partes.

Importante fazer constar que o novo Código de Processo Civil não mais traz a regra da identidade física do juiz, o que torna mais fácil a criação legal dessa divisão de trabalhos entre dois juízes em um mesmo processo.

A ideia de se dividir o trâmite processual sob a presidência de mais de um julgador, porém, não encontra guarida dentre a maioria dos magistrados, que tendem a afirmar que o juiz instrutor teria os seus poderes de julgar tolhidos.

Essa afirmativa não é verdadeira, na medida que cada magistrado, a partir do momento em que é lotado em uma vara, possui certa gama de atribuições chamada de competência.

Um juiz lotado em uma vara especializada em execuções fiscais não é tolhido de julgar ações penais. Se ele substituir um colega em uma vara criminal, o fará. Se ele, em plantão, especialmente em subseções menores em que há varas mistas, deparar-se com ações penais, o fará. Se ele participar de concurso de remoção, uma vez lotado em vara criminal ou mista, julgará feitos penais.

Ademais, não seria necessário que houvesse um cargo de juiz instrutor e outro de juiz que decidiria a causa ao final.

Na Justiça Federal, por exemplo, que já conta com dois juízes por vara, um titular e outro substituto, os autos com instrução presidida pelo titular poderia ser julgado pelo substituto e vice-versa.

Os cinco Tribunais Regionais Federais cuidaram da divisão equânime do trabalho e tais regras poderiam ser utilizadas para se determinar a ordem de presidência da fase instrutória do processo e da fase final de prolação da sentença, em primeira instância.

O artigo 69 do Provimento COGER n. 38/2009 do Tribunal Regional Federal da Primeira Região¹⁵³, o artigo 1º da Resolução n. 26/2009 do Tribunal Regional Federal da Segunda Região¹⁵⁴, o artigo 141 do Provimento COGE n. 64/2005 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região¹⁵⁵, o artigo 55, *caput*, do Provimento n. 17/2013 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região¹⁵⁶ e os artigos 52 a 58 do Provimento n. 1/2009 do Tribunal Regional Federal da Quinta Região¹⁵⁷ tratam do assunto.

¹⁵³ “Art. 69. Os processos serão distribuídos ao juiz federal substituto, quando em função de auxílio, na proporção de 50% (cinquenta por cento), observando-se as seguintes regras: I - em relação aos processos já distribuídos, tocarão ao juiz federal substituto os que tenham terminação ímpar, ressalvados os casos de prevenção, vinculação ou outra causa de reunião a um mesmo julgador; II - em relação aos processos distribuídos posteriormente, será mantida a mesma forma de distribuição (pares para o juiz federal e ímpares para o juiz federal substituto). Parágrafo único. Havendo mais de dois juízes em exercício permanente em um avara, a distribuição de processos será equitativa, segundo parâmetros técnicos estabelecidos pela corregedoria-regional.” (Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2015).

¹⁵⁴ “Art. 1º A divisão de trabalho nas varas das Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo ocorrerá, segundo as classes processuais, em conformidade com a numeração final dos processos, desconsiderando o dígito verificador, incumbindo aos Juízes Federais Titulares aqueles de final par e aos Juízes Federais Substitutos os de final ímpar.” (Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2015).

¹⁵⁵ “Art. 141. A distribuição entre os MM. Juízes de uma Vara será de acordo com o número do processo, sendo: I - pares, para o MM. Juiz Titular da Vara; II - ímpares, para o MM. Juiz Substituto da Vara.” (Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2015).

¹⁵⁶ “Art. 55 Os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos têm as mesmas funções jurisdicionais, concorrendo à distribuição em igualdade de condições, estejam os respectivos cargos ocupados ou não; se um desses cargos estiver vago, o Juiz em exercício na vara jurisdicionará todos os processos.” (Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2015).

¹⁵⁷ “Art. 52. Nas hipóteses de impedimento, suspeição ou ausências eventuais de magistrado integrante da primeira instância da Justiça Federal da 5ª Região, serão observadas, para a substituição automática, as normas constantes deste capítulo, independentemente de ato específico da Corregedoria-Regional. Art. 53. Havendo Juiz Federal e Juiz Federal Substituto designados para uma mesma vara, os mesmos se substituem automática e reciprocamente, salvo nos casos de suspeição, impedimento ou ausência concomitantes. Art. 54. Configurada a exceção referida no artigo anterior ou havendo um único magistrado designado para uma determinada vara, a substituição automática recairá sobre o Juiz Federal Substituto de Vara de igual especialização/competência, com numeração ordinal subsequente à da vara do magistrado a ser substituído. Parágrafo Único. Não havendo Juiz Federal Substituto na Vara indicada no caput, a substituição automática recairá sobre o Juiz Federal Titular. Art. 55. Em uma mesma Seção/Subseção Judiciária, as varas de mesma competência/especialização se sucedem na ordem crescente de sua numeração ordinal, sendo a de maior numeração sucedida pela de numeração mais baixa. Art. 56. Observada, em uma mesma Seção/Subseção, a impossibilidade de efetivação da substituição automática entre juízes de varas de igual competência/especialização, atuarão como substitutos, ordenada e sucessivamente, os magistrados de varas comuns, cíveis, de execução fiscal, juizados especiais federais e de varas com competência criminal que exerçam suas atribuições na mesma sede em que

Levando em conta a realidade de divisão de trabalho entre juízes da Justiça Federal, por exemplo, caberia somente determinar que um magistrado instrísse os pares e julgasse os ímpares e vice-versa, sem que se tolhesse qualquer competência jurisdicional.

Seria apenas mais uma regra sobre atribuições de trabalho, como outras já existentes.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Provimento n. 1.114/2006, do Conselho Superior da Magistratura, também dispõe sobre a divisão de trabalho entre juízes titular e auxiliar em uma mesma vara, levando em conta os finais pares e ímpares dos feitos.¹⁵⁸

Mesmo nas varas que não contam com dois juízes, há previsão de substituição do magistrado em caso de gozo de férias, de licenças, em casos de impedimento e de suspeição.

Essa escala de substituição automática poderia ser utilizada para que o substituto julgasse o que foi instruído sob a presidência do juiz imediatamente anterior.

Esse seria o ideal para que não houvesse sequer envolvimento psicológico do magistrado com relação às partes e às provas produzidas.

É o oposto do que é pregado atualmente pelo Código de Processo Civil de 1973 (já que o novo Código ainda está em período de *vacatio legis*), na medida que é o juiz que presidiu a audiência de instrução que está obrigado a sentenciar o feito, nos exatos termos da norma extraída do artigo 132.

configurada a ausência, suspeição ou impedimento, preferindo, para tanto, o Juiz Federal Substituto ao Juiz Federal Titular. Art. 57. Inexistindo, na Subseção Judiciária da vara em que ocorrer a ausência, suspeição ou impedimento, magistrado apto a atuar como substituto automático, a substituição ficará a cargo do magistrado da vara com sede mais próxima àquela, ambas vinculadas à mesma Seção Judiciária, aplicando-se, em tal caso, no que couber, o disposto neste capítulo. Art. 58. Na impossibilidade material de serem observadas as disposições constantes neste capítulo para fins de substituição automática, incumbe ao juiz suspeito/impedido/ausente notificar imediatamente a Corregedoria-Regional a respeito, através de correio eletrônico ou fax, competindo a esta a análise e decisão do caso concreto.” (Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=19>. Acesso em: 07 maio 2015).

¹⁵⁸ “Art. 1º O juiz auxiliar de entrância final terá sob sua responsabilidade todos os processos que cabiam ao antigo juiz auxiliar da Vara e os novos feitos de final par, enquanto o juiz titular continuará com todos os feitos que estavam sob sua responsabilidade, passando a receber os novos processos de final ímpar, observando-se, para tal efeito, o ‘número de controle’. § 1º Como única exceção, deverá ser mantido para os novos processos, nas varas em que já implantado, o critério de atribuição dos feitos de final par ao juiz titular e dos de final ímpar ao juiz auxiliar.” (Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 08 maio 2015).

O texto do Projeto do novo Código de Processo Civil publicado em dezembro de 2014, no artigo 112, perpetuava o que é chamado de princípio da identidade física do juiz: “O juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento resolverá a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”¹⁵⁹

Porém, o texto do Projeto de Código de Processo Civil enviado para sanção ou veto presidencial, em 24 de fevereiro de 2015, não mais previu essa regra da identidade física do magistrado.¹⁶⁰

Como já expressei acima, sancionado, o novo Código não mais prevê a vinculação do juiz que instruiu o feito à sua conclusão por meio da prolação da sentença.

A identidade física do juiz é tratada como axioma, mas, na realidade, é mera regra.

Assim sendo, mesmo que o novo Código de Processo Civil tratasse da matéria de forma diferente, trazendo a vinculação do juiz que instruiu a causa, não haveria inconstitucionalidade a ser alegada acerca de eventual nova lei revogadora de tal dispositivo.

Não há como, porém, deixar de lançar luzes à inobservância do devido processo legal legislativo, tendo em vista a alteração de regra legal (no caso, supressão) sem prévia discussão em ambas as Casas Legislativas. Mas esse é um assunto que foge ao presente objeto de estudo.

Quanto ao procedimento escalonado, ele poderia, ao menos, ser utilizado nos casos em que o juiz lançasse mão de seu poder de provocar prova.

Isso porque o magistrado, ao verificar o resultado da atividade probatória exercida pelas partes, pode se deparar com provas ilícitas que devem ser desconsideradas e, inclusive, desentranhadas dos autos.

¹⁵⁹ Texto do Projeto do Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal, com as alterações da Câmara dos Deputados, em dezembro de 2014 (Disponível em <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1> Acesso em: 06 fev. 2015).

¹⁶⁰ Texto do Projeto do Código de Processo Civil enviado para a presidente da República em 24 de fevereiro de 2015 (Disponível em <www.oab.org.br/arquivos/novo-cpc-1289245593.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2015).

Esse ato de afastamento da prova ilegal, em consonância com a Constituição Federal e com todo o sistema normativo processual civil atual, não é suficiente e adequado para que o conteúdo ilegítimo seja afastado também das impressões e percepções do magistrado que, como todo ser humano, tem o seu intelecto e a sua memória contaminados por informações, sejam elas regulares ou não, a partir do momento em que entra em contato com elas.

A imparcialidade, a impessoalidade e a equidistância do julgador para com as partes também podem ser fragilizadas no caso em que o magistrado, após analisar o conteúdo probatório exercido por requerente e requerido, concluir que precisa lançar mão dos poderes instrutórios de ofício e passar, assim, a ser provocador de produção de prova.

Há quem diga que, a partir do momento em que o juiz decide trilhar determinado caminho na investigação de fatos, ele, automaticamente, espera determinado resultado em uma direção específica, não sendo difícil imaginar que, mesmo que inconscientemente, tome partido visando à conclusão em certo sentido.

É preciso, portanto, pensar em propiciar ao magistrado a isenção, até mesmo psicológica, necessária para o julgamento de uma causa.

Uma maneira de garantir a prolação de sentença por um juiz que não participou da instrução probatória de maneira ativa, provocando a produção de prova, nos moldes das regras do Código de Processo Civil, é a criação legislativa de mais um caso de impedimento do julgador (arts. 134 do Código de 1973 e 144 do novo Código), mas apenas para que ele não possa sentenciar processo em que tenha presidido a fase instrutória fazendo uso da atividade probatória de ofício.

Dessa forma, a figura do juiz instrutor seria desnecessária e as regras de substituição automática já existentes nas esferas estadual e federal seriam aplicadas.

CONCLUSÃO

O tema *prova* continua sendo complexo e desafiador: não versa sobre evento, mas sobre alegação, é fundamental para o deslinde de uma ação judicial e, conseqüentemente, à pacificação social.

Quem produz a prova constrói a verdade processual em busca de conferir um certo grau de certeza ao juiz, aos desembargadores que futuramente julgarão o feito em grau de recurso, aos ministros, se o processo eventualmente tramitar nos Tribunais Superiores, às partes e aos seus defensores.

Há limites ao poder judicial de provocar provas, já que a opção política dos parlamentares de 1988 não previu, na Constituição Federal, poder sem restrição. Nem mesmo ao Poder Judiciário, o seu guardião.

Os limites processuais à atividade probatória de ofício são passíveis de análise em cada caso em concreto, pois depende do objeto expresso na petição inicial, dos pontos rebatidos pelo requerido a formar questões e, principalmente, da atividade probatória realizada pelo autor e pelo réu.

Isso porque a atividade probatória de ofício deve ser realizada de maneira supletiva, secundária, e apenas nos casos e por intermédio dos meios expressos nas regras legais.

O princípio dispositivo, ou melhor, o sistema de enjuizamento acusatório, é uma das fronteiras ao poder judicial de provocar provas, com exceções legais previamente postas no sistema jurídico, tais como casos que versam sobre direitos indisponíveis e perplexidade do julgador perante o resultado da prova produzida pelas partes.

O juiz deve ser ativo e, para tanto, lhe são conferidos poderes para que possa cumprir o seu dever, mas o magistrado não deve ser ativista, pois agiria em esfera política, fora da sua área de atribuição.

O linde mínimo, por sua vez, também existe.

O juiz ativo é cumpridor das normas que conferem dever-poder de agir em colaboração com as partes, de maneira supletiva, complementar, sem aplicar as regras referentes ao ônus da prova, findando o processo sem provocar produção de prova, quando cabível.

Na busca de critérios delimitativos ao exercício da atividade probatória do juiz, três ponderações foram feitas: a necessidade de que o magistrado respeite o sistema de enjuizamento, isto é, que aja de acordo com as regras previamente postas; a fundamental justificação pormenorizada do juiz acerca dos fundamentos e dos motivos das suas decisões, explicando porque interpretou as regras de determinada forma, por quais motivos sopesou os princípios citados na decisão de certa maneira e por qual motivo conceituou e definiu institutos no sentido empregado na sentença; e, por último, a possível criação legal da figura do juiz instrutor, ou pelo menos de mais um caso de impedimento judicial para julgar uma causa, em casos que necessitem de provocação da produção de prova pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto em grego com tradução e comentário de Giovanni Reale; tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: em estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, PR, v. 34, p. 143-159, 2000. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1836/1532>>. Acesso em: 04 maio 2015.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Verdade real e narrativismo processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 137-161, out. 2014.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *La oralidade y las prietas en el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. ampl. e rev. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Podres instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2006. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 207-217.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DÜRRENMATT, Friedrich. *A pane*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/19048318/A-PANE-Texto-Integral>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217-249.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução da 3. ed. italiana de Paolo Capitanio. Campinas, SP: Bookseller, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. refund. São Paulo: Malheiros, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1997.

KAASA, Suzanne O. et al. False accusations in an investigative context: differences between suggestions and non-suggestible witnesses. By Suzanne O. Kaasa, Elizabeth Cauffman, K. Alison Clarke-Stewart and Elizabeth F. Loftus. *Behavioral Sciences and the Law*, John Wiley, v. 31, p. 574-592, July 2013. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Kaasa_FalseAccusations_BSL2013.pdf?uniq=-mf2ac0>. Acesso em: 01 mar. 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Menez. Versão eletrônica digitalizada pelos membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). Disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b25.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. 3. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1922. v. 1.

LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. *Memory*, London, Routledge, v. 21, n. 5, p. 584-590, 2013. Disponível em: <<http://londonmemoryclinic.com/wp-content/uploads/2013/07/Loftus-lockerbie-memory-Memory-2013.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

_____. *How reliable is your memory?* [Palestra no TED sobre falsas memórias]. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_the_fiction_of_memory.html>. Acesso em: 26 nov. 2013.

_____. Our changeable memories: legal and practical implications. *Nature Reviews, Neuroscience*, v. 4, p. 231-234, Mar. 2003. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/2003Nature.pdf>> Acesso em: 05 maio 2015.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., refund., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 2004.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MUÑOZ SABATÉ, Luiz. *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Praxis, 1967.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*. Tradução de Fernando Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. rev. e ampl. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a revitalização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 217, p. 205-224, mar. 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução de Darci Guimaraes Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUINE, Willard van Orman. *Palavra e objeto*. Tradução de Sofia Stein e Desidério Murcho. Petrópolis: Vozes, 2010.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 255-272.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nature Neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, Feb. 2013.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: EJE, 1979.

SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de. A preclusão *pro judicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Atividade probatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.215-1.231 (Coleção Doutrinas Essenciais: processo civil, v. 4).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. (Coleção O que é isto, v. 2).

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

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

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011.

VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba: procedimientos civil, comercial y penal*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coordenação de Fredie Didier Junior, Glauro Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 13-34.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Atividade probatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais: processo civil, v. 4).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. With an introduction by Bertrand Russell; [translated from the German by C.K. Ogden]. London: Kegan Paul, Trench, Trubner; New York: Harcourt, Brace & Company, 1922. p. 28-32. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/5740/5740-pdf.pdf?session_id=3bf1e8f636ceeb5c1354145cca9c7ee9cea436ff>. Acesso em: 04 maio 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.