FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ – FAACZ

ANDRÉA CRISTINA CAZARIM

PROVA DE OFÍCIO E IMPARCIALIDADE DO JUIZ:

UM EMBATE ENTRE O INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL E O GARANTISMO PROCESSUAL

ARACRUZ/ES

2018

ANDRÉA CRISTINA CAZARIM

PROVA DE OFÍCIO E IMPARCIALIDADE DO JUIZ:

UM EMBATE ENTRE O INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL E O GARANTISMO PROCESSUAL

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Diego Crevelin de Sousa.

ARACRUZ/ES
2018

ANDRÉA CRISTINA CAZARIM

PROVA DE OFÍCIO E IMPARCIALIDADE DO JUIZ: UM EMBATE ENTRE O INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL E O GARANTISMO PROCESSUAL

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito obrigatório para a colação de grau e obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em 06 de Dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Diego Crevelin de Sousa.

Prof. Dolivar Gonçaves Júnior.

Prof. Me. Flávia Spinassé Frigini.

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo Diego, que sempre acreditou em mim e a quem tenho muito orgulho e amor.

A Yasmin e Lola, pelo amor incondicional.

À família, pela união acima de tudo.

A Deus, por me carregar em seus braços nos momentos mais difíceis.

. RESUMO

Os estudos apresentados neste trabalho examinam a constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz a partir da leitura do instrumentalismo processual e do garantismo processual, passando pelo modo como compreendem as garantias do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade, examinando o fundamento constitucional do direito à prova, seu conteúdo e procedimento. Após o confronto dos argumentos de cada uma daquelas correntes doutrinárias, conclui que os garantistas fazem a leitura mais adequada à Constituição por entenderem que o contraditório é medida de controle e também de limite da atuação dos sujeitos processuais, e por isso quando determina a produção de provas de ofício o juiz sempre viola a imparcialidade objetivo-funcional, pois exerce função privativa de parte. Além disso, quando o faz para complementar a atividade das partes o juiz já sabe qual a única parte que pode ser beneficiada por sua atuação, o que representa violação da imparcialidade subjetivo-psíquica. Ademais, estudos de psicologia cognitiva permitem suspeitar do elevado risco de que ao determinar a produção de provas de ofício o juiz tende a supervaloriza-la em detrimento das demais, de modo que a precaução e prevenção recomendam que ele não deva exercer essa função por violação da imparcialidade em sentido objetivo-cognitivo. Por fim, conclui que todos os dispositivos legais que autorizam a produção de provas de ofício, como o art. 370 do Código de Processo Civil, são inconstitucionais, por violarem as garantias do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade.

Palavras – chaves: Instrumentalismo Processual e Garantismo Processual. Devido Processo Legal. Contraditório. Imparcialidade. Prova de ofício. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The studies hereby presented examine the constitutionality of the ex-officio evidentiary initiative by the judge from the reading of procedural instrumentalism and procedural “garantismo”, through the way they comprehend the guarantees of due process of law, contradictory and impartiality, examining the constitutional foundation of the right to proof, its content and procedure. After confronting the arguments of each of these doctrinal currents, it concludes that the guarantors make the most adequate reading for the Constitution because they understand that the contradictory is a measure of control and also a limit of performance of the procedural subjects, and therefore when determining the production of ex officio evidence, the judge always violates objective-functional impartiality, since it exercises a private function of party. In addition, when he does so to complement the activity of the parties, the judge already knows the only part that can benefit from his performance, which represents a violation of subjective-psychic impartiality. Moreover, studies of cognitive psychology allow to suspect the high risk that when determining the production of ex officio evidence, the judge tends to overvalue it to the detriment of others, so that precaution and prevention recommend that he should not perform this function for violation of impartiality in the objective-cognitive sense. Finally, it concludes that all legal provisions authorizing the ex officio evidence initiative, such as art. 370 of the Code of Civil Procedure, are unconstitutional, because they violate the guarantees of due process of law, adversarial proceedings and impartiality.In this sense, it is also examined the constitutionality of article 370 of the Civil Procedure Code, which is the permissive of the probative initiative by the judge, since this action compromises not only the result of the litigation, but also the constitutional process.

Keywords: Procedural Instrumentalism and Procedural “Garantismo”. Due Process of Law. Contradictory. *ex-officio* Evidentiary Initiative. Impartiality. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 07
2 O PROCESSO NA ORDEM CONSTITUCIONAL 09
2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL 09
2.2 CONTRADITÓRIO 28
2.3 IMPARCIALIDADE 39
3. PROVA..... 48
3.1 DEFINIÇÃO E FUNÇÃO 48
3.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL..... 48
3.3 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO 56
4 PRODUÇÃO DA PROVA DE OFÍCIO 60
4.1 CORRENTE FAVORÁVEL 60
4.2 CORRENTE CONTRÁRIA 67
4.2 CONFRONTO CRÍTICO DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À PROVA DE OFÍCIO 74
5. CONCLUSÃO 86
6. REFERÊNCIAS..... 89

1. INTRODUÇÃO

O Direito regula as relações sociais e é desejável que as normas jurídicas editadas pelas fontes sociais autorizadas sejam respeitadas. Esse é o estado ideal de coisas. Quando assim não acontece, surgem conflitos que devem ser solucionados civilizadamente, seja diretamente pelos envolvidos, seja indiretamente, pela intermediação de um terceiro. Uma das formas de solução indireta, com intermediação de um terceiro alheio ao conflito, é a solução judicial dos conflitos. O que permite concluir que a função do Judiciário é preservar a autoridade das normas jurídicas mediante solução imparcial dos litígios que lhe são apresentados.

A Constituição é a fonte de validade formal e material de todos os atos normativos da ordem jurídica, e ela assegura aos cidadãos a garantia do devido processo legal, mecanismo de contenção e racionalização do poder. O poder só é exercido legitimamente quando de acordo com o devido processo legal. Várias garantias decorrem do devido processo legal, entre as quais a da imparcialidade e do contraditório. Se não há exercício legítimo do Poder Judiciário senão mediante o respeito ao devido processo legal, isso significa que é necessário observar irrestritamente, dentre outras, as garantias da imparcialidade e do contraditório.

O que se pretende investigar neste trabalho é se os poderes probatórios oficiosos do juiz, isto é, a produção de provas por iniciativa do juiz sem prévio requerimento das partes, é compatível com as garantias da imparcialidade e do contraditório, em suma, com a garantia do devido processo legal.

Toda a legislação processual brasileira autoriza que o juiz produza prova de ofício, a exemplo do que se vê no art. 370 do Código de Processo Civil. Prescrições no mesmo sentido são encontradas no Código de Processo Penal, nas Consolidações das Leis Trabalhistas, no Código Eleitoral e na lei do Processo Administrativo Federal, por exemplo. No mesmo sentido, doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes no sentido de que o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, sem que isso represente violação das garantias da imparcialidade e do contraditório.

Mas isso é assim porque doutrina e jurisprudência são majoritariamente adeptas do instrumentalismo processual, modelo teórico que compreende que o processo é um instrumento à disposição da jurisdição para que ela atinja os seus fins, ou seja, para que, mediante a participação das partes, ela pacifique conflitos com justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei.

Ocorre que, embora ainda minoritário, tem crescido o garantismo processual, que considera o processo uma instituição de garantia contrajurisdicional de liberdade das partes para refrear abusos, excessos e desvios do Poder, e não um instrumento deste. Além disso, essa corrente entende que a Jurisdição é a função do Estado encarregada de resolver conflitos mediante aplicação imparcial da lei. Em particular, essa corrente entende que a produção de provas de ofício viola a garantia da imparcialidade, e, portanto, o devido processo legal, considerando inconstitucionais os dispositivos legais e decisões judiciais e incorreto o entendimento doutrinário em sentido contrário.

A pesquisa se justifica porque tudo isso sugere que o instrumentalismo processual e o garantismo processual possuem compreensões profundamente diferentes sobre o devido processo legal, o contraditório, a imparcialidade e o fundamento constitucional da prova, tornando necessário identificar os fundamentos de cada uma delas sobre esses institutos e avaliar qual dessas correntes se mostra mais adequada ao direito constitucional brasileiro. Afinal, conforme a conclusão a que se chegue será apontada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de vários dispositivos da legislação brasileira, bem como a correção ou incorreção de vários posicionamentos doutrinários.

Não será objeto dessa pesquisa o relevante tema das relações entre a prova e a verdade. O objetivo é, após o exame dos institutos referidos acima, verificar se a determinação da prova de ofício, isto é, a produção de provas por iniciativa do juiz sem prévio requerimento das partes, pode ser considerada uma atividade compatível com as garantias da imparcialidade e do contraditório.

.

2. O PROCESSO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme o art. 5º, LIV, CF/88, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, a Constituição deixa claro que toda restrição à liberdade e aos bens deve se dar através do processo. O processo é condição para qualquer restrição desse tipo.

É possível encontrar na doutrina várias concepções diferentes disputando a interpretação do referido dispositivo constitucional.

Ainda que com variações, é majoritário o entendimento no sentido de que o processo é meio de resolução de conflitos, isto é, um instrumento de resolução de conflitos mediante atuação da vontade concreta da lei ao caso. Há, ainda, quem defenda que, além de o processo servir à prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos, também tem por fim promover a unidade do direito mediante a produção de precedentes.

Em tais conceituações, nota-se o caráter instrumental do processo, ou seja, o processo é compreendido como instrumento da jurisdição. Processo e jurisdição têm os mesmos fins. E se o processo é instrumento da jurisdição, então os fins do processo são, em verdade, os fins da jurisdição. Não se consegue diferenciar com clareza processo e jurisdição.

Essa identidade entre processo e jurisdição se dá na visão instrumentalista do processo e se coloca de maneira tão veemente que chega a ser chamado, na visão carneluttiana, de processo jurisdicional, o qual é definido como “*método adotado pelo legislador e conduzido por agente público investido de poder, com o objetivo de atuar o direito de impor coercitivamente o resultado dessa atividade*”[1].

---

[1] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e Garantismo: visões opostas do fenômeno processual?** In: Garantismo Processual – Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores. José Roberto dos Santos Bedaque. Lia Carolina Batista Cintra. Eli Pierre Eid. Gazeta Jurídica. 2016, p. 2.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra clássica “A Instrumentalidade do Processo”, defende essencialmente uma ciência processual voltada para a jurisdição, bem como o processo como instrumento a serviço da jurisdição, fixa escopos processuais e atribui sentidos positivo e negativo à instrumentalidade.

Em sua perspectiva instrumentalista, o autor faz o exame do processo pelo método teleológico, uma vez que trata o instituto do processo não como um fim em si mesmo, mas como um meio, um instrumento à disposição do poder, utilizado pelo Estado para viabilizar seus fins, quais sejam, os escopos social, político e jurídico.

De acordo com Dinamarco, o escopo social se refere à pacificação com justiça e à educação dos membros da sociedade, sendo aquela cumprida com o exercício legítimo do poder na eliminação dos conflitos sociais[2] e esta na conscientização dos cidadãos de seus direitos e obrigações e na confiança do adequado exercício da jurisdição na remediação de seus litígios[3].

No que concerne ao escopo político, é dividido em três aspectos. Em primeiro lugar, afirma a capacidade de o Estado decidir imperativamente, o que é imprescindível para poder atingir os fins que o legitimam e para justificar a própria existência do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, concretiza o culto ao valor liberdade, ao limitar e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício. Em terceiro e último lugar, assegurar a participação dos cidadãos, diretamente ou por meio de suas associações, nos destinos da sociedade política.[4]

E por fim, mas com a mesma importância, o escopo jurídico consiste na atuação da vontade concreta da lei.[5]

---

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Malheiros, 2001, p. 161.
[3] Ibid., p.162-163.
[4] Ibid., p.168.
[5] Ibid., p.317.

Assim, o processo é o instrumento de que se vale o Estado-jurisdição para alcançar seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Por isso é definido teleologicamente.
Nessa esteira, José Roberto dos Santos Bedaque é expresso ao afirmar que processo e jurisdição têm o mesmo objetivo, isto é, os mesmos fins:

> processo e jurisdição têm o mesmo objetivo, o que é perfeitamente natural, visto que o primeiro constitui meio de atuação da segunda. Sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado.[6]

Embora Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque sejam expoentes do que ficou conhecimento como instrumentalismo processual, o mesmo modo de pensar pode ser identificado em pensadores ligados a outras correntes.

Observe-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, quando tratam do processo no Estado Constitucional:

> [...] o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. Daí que a jurisdição no processo civil do Estado Constitucional tem por função da tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente na formação da unidade do direito para a sociedade em geral.[7]

Os autores vão além da noção instrumentalista, acima transcrita, ao incluírem a promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes como fim do processo. No entanto, não negam que um dos fins do processo é resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes. Isso é apenas uma outra forma de dizer o mesmo que os instrumentalistas, ou seja, que o fim do processo é a resolução de conflitos com justiça mediante aplicação da vontade concreta da lei ao caso. Portanto, a concepção teleológica do processo está menos evidente nessa formulação, mas isso não impede de enxergar nela a mesma compreensão do processo como um instrumento à disposição do Estado para que ele atinja os seus fins. E mesmo na relação com os precedentes isso é perceptível,

---

[6] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.70.
[7] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** Teoria do Processo Civil.V.1. 2.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150-151.

pois defendem que o processo também tem por fim a promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes, o que, claramente, é um fim da Jurisdição.

Foi o que observou Diego Crevelin de Sousa: “o processo não resolve casos nem promove unidade ao direito mediante a formação de precedentes; a jurisdição é que resolve casos e forma precedentes através do processo”. E arremata:

> [...] “resolver casos” (pretenso fim do processo) nada mais é que “dar tutela aos direitos” (fim da jurisdição), e responder pela “promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes” (pretenso fim do processo) é ter “por função (...) a formação de precedente” (fim da jurisdição). Portanto, também para a cooperação se nota a absorção do processo pela jurisdição, fazendo daquele instrumento desta [...].[8]

As lições acima transcritas não se dedicaram a definir o que o processo é, mas a que ele serve, qual o seu fim. Exatamente por isso não se percebe uma diferença dos fins da jurisdição e do processo, o que impacta profundamente no modo de se compreender o papel do juiz no processo.

Em razão desse caráter instrumental do processo, constrói-se um modelo de juiz que incumbido da tarefa de garantir a efetividade processual, tornando-o um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico. O juiz é um intérprete legitimado e qualificado a traduzir em suas decisões os anseios e valores axiológicos daquela sociedade em que vive. Dessa maneira assevera Dinamarco:

> Como todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contêm no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade.[9]

---

[8] SOUSA, Diego Crevelin de. **Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>. Acesso em 30 set. 2018.

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Malheiros, 2001, p.294.

Isso germinou a ideia de um “sadio protagonismo dos juízes”, na medida em que o alcance dos fins da jurisdição e do processo dependem, em grande medida, das qualidades pessoais do magistrado, a quem compete ter “ideias novas e criativas”. Como se sabe, protagonista é o sujeito principal, que se sobrepõe aos demais. E a ideia que se quer passar é exatamente a de que o juiz é o sujeito mais importante do processo e deve nele ter prevalência. Mais do que isso. O juiz deve ser um rebelde, um agente de transformação da sociedade. Imprescindível a transcrição das palavras de José Renato Nalini:

> [...] Observador qualificado de uma realidade cada vez menos compatível com o ideal que ele concebeu do que é justo, ele não pode perder a capacidade de indignação. Se para os demais a indignação pode resumir-se ao protesto ou ao desalento, a sadia indignação do juiz deve suscitar uma atuação transformadora. Impõe-se ao juiz, muito além de cumprir com seu dever funcional de enfrentar o acúmulo de trabalho, de suportar a incompreensão e de fazer incidir a vontade concreta da lei sobre a hipótese submetida à sua apreciação repensar a sociedade brasileira com o intuito sério e consistente de transforma-la [...] A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista com vistas a reconquista de benefícios excluídos a pretexto da transparência e da eliminação de privilégios. A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do instrumental jurídico para resolver as questões humanas. Questões singelas, as vezes que se perdem na sofisticação procedimental. Na concepção de um direito etéreo, distanciado da realidade das pessoas. [...] O juiz sensível não pode senão ser rebelde. Ele tem uma antena permanentemente atenta às infelicidades, às angústias e sofrimentos. Tem consciência da finitude de seus poderes. Mas não desconhece dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso. Ele tem condições de conferir nova trajetória à sociedade aparentemente sem rumo. Basta compenetrar-se de que a tarefa mais séria de um julgador é interpretar o ordenamento à luz de uma Constituição que acreditou e prestigiou juiz e justiça[10].

A fim de metaforizar esse juiz da instrumentalidade, Georges Abboud e Guilherme Lunelli deram-lhe o nome de *juiz antena*[11], pois sujeito capaz de captar e decifrar os anseios e clamores de justiça de uma sociedade. Acontece que essa tarefa é muito difícil, senão impossível, haja vista a complexidade da sociedade contemporânea e a sua imensa e natural dificuldade de reunir consenso em torno de questões morais sensíveis.

---

[10] Apud. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais**.** Juruá. 2012, p. 184-185.

[11] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 2.ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.242.

Cândido Rangel Dinamarco não ignora essa dificuldade e apresenta uma solução. Como o juiz é membro da comunidade em que vive, os "sentimentos axiológicos comuns da sociedade" sejam buscados nas suas próprias convicções político-ideológicas. Por isso, ele sustenta que o juiz teria liberdade para a *opção* entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça *seu sentimento de justiça*[12].

Deixando isso ainda mais explícito, José Renato Nalini sustenta que o juiz teria uma função interpretativa plena, com "larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma". Somente um juiz qualificado pode, por sua atividade interpretativa, permitir que os casos sejam julgados com justiça: "a lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz"[13].

No fundo, observa Georges Abboud, o juiz do instrumentalismo decide conforme sua vontade pessoal. Os supostos sentimentos comuns da sociedade "se reduzem à convicção pessoal daquele que decide"[14]. E talvez isso explique por que o instrumentalismo processual nunca desenvolveu uma teoria da decisão capaz de fornecer critérios e limites à atividade interpretativa do juiz. Afinal, o que importa para eles, "ao fim e ao cabo, é a percepção de mundo do juiz o que importa"[15].

Com Guilherme Lunelli, ele metaforizou esse julgador pela alcunha de *juiz antena*[16], uma mitificação que não passa de um sofisma, pois, a um, ele não é um indivíduo iluminado, dotado de capacidades especiais de compreensão de uma sociedade tão plural como a nossa – por isso, ironicamente, Antonio Carvalho Filho chamou o juiz

---

[12] Apud. ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 2.ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.245.
[13] Apud. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático:** uma crítica das reformas processuais. Juruá. 2012, p.185.
[14] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 2.ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.245.
[15] Ibid., p.245.
[16] ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo e instrumentalidade do Processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. In: **Revista dos Tribunais, n 242,** abril, 2015. Versão Eletrônica, item 3.1.1.

ideal do instrumentalismo de “juiz formiga atômica”[17]; a dois, em nome de uma legitimidade social na busca pela justiça e paz social, o direito é sobreposto pela moral, subvertendo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, baseado na supremacia da lei; e a três, porque é do Poder Legislativo a legitimidade popular de criar leis que atendam aos clamores axiológicos da sociedade. Cabe ao juiz a sua sujeição à lei apenas.[18]

Como se vê, o instrumentalismo processual alçou o juiz um status de protagonismo heroico de “salvador da pátria”. Mesmo assim estamos distantes do prometido processo efetivo e célere por ela prometido, e essas promessas não cumpridas resultou no fortalecimento da figura e dos poderes do juiz em detrimento das partes e das garantias processuais sem olvidar das violações à Constituição da República.[19]

Iniciando a crítica à concepção instrumentalista, Antônio Carvalho Filho observa que as garantias processuais – e o próprio processo tido por garantia, como se verá logo abaixo – foram relidos desde a da visão instrumentalista. Assimilou-se a ideia de que o processo é “um mal necessário” à obtenção da “tutela jurisdicional” em “tempo adequado” e com satisfação integral, custe o que custar[20]. E arremata:

> Os princípios do devido processo legal, em sua perspectiva processual (*procedural due process*), da imparcialidade, da impartialidade e da ampla defesa são paulatinamente solapados a partir da perspectiva do processo como ferramenta nas mãos do juiz para o exercício do poder jurisdicional, para a pacificação social através da justiça.[21]

Acontece que todo instituto tem uma essência e uma finalidade. Só isso já permite verificar que os conceitos de processo acima referidos pecam por não definirem o que o processo é, uma vez que se limitam a dizer a que ele serve.

---

[17] CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual.** Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acessado em 19.nov.2018.
[18] Ibid.
[19] Ibid.
[20] Ibid.
[21] Ibid.

O que já revela um relevante problema metodológico: sem que se saiba o processo é, torna-se arbitrário dizer qual é a sua finalidade. Na verdade, se não se diz o que o processo é torna-se possível atribuir a ele qualquer finalidade. E exatamente porque não se sabe o que ele é, não se faz possível verificar a correção ou incorreção do fim que lhe é atribuído.

Por isso se mostra tão importante buscar um referencial teórico que defina, de fato, o que o processo é, não só porque assim se saberá qual é a sua essência, mas também por isso ser necessário para se definir qual deve ser a sua finalidade.

Sabemos que a Constituição é o fundamento formal e material de validade de todo o ordenamento jurídico. Por isso é importante verificar o que ela, a Constituição, prescreve sobre o processo. Esse é o primeiro passo para definirmos a essência do processo, o que ele verdadeiramente é.

Nossa Lei Maior trata do processo no Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, que prescreve os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Tendo em vista o local em que está previsto no texto constitucional, nota-se que o processo é um direito fundamental do cidadão, o que, por si só, já impede que seja tratado como instrumento da jurisdição, ou seja, um instrumento do poder.

Na verdade, o processo é um direito fundamental de primeira geração, daqueles que impõem abstenções ao poder. O processo é daqueles direitos que impõem limites ao exercício do poder, no caso, dos poderes do Estado-juiz.

Todas essas ideias foram desenvolvidas por Eduardo José da Fonseca Costa:

> uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a institucionalidade garantística como o "ser" do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; "instituição garantística a serviço dos jurisdicionados", não "instrumento a serviço do Poder jurisdicional"; afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais [CF, Título II], não nos títulos sobre a organização do Estado [CF, Títulos III et seqs.]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de liberdade (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de primeira geração), não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de segunda geração); presta-se, enfim, a resguardar a

> liberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas.[22]

Com isso estão lançadas as bases para se diferenciar os conceitos de processo e jurisdição, o que, por consequência, permitirá diferenciar, também, os fins do processo e da jurisdição, pois se eles possuem conceitos distintos também possuirão finalidades distintas.

No que diz respeito ao conceito de processo, Eduardo José da Fonseca Costa pontua que

> Perquirir pelo "ser constitucional" do processo é revelar — tal qual uma clareira — a institucionalidade garantística que a Constituição lhe estabelece e que nele vem sendo encoberta pela obscura doutrina instrumentalista. É aclarar que o legislador deve estruturar o processo como instituição de garantia, não como instrumento de poder.[23]

Assim, em sua natureza jurídico-constitucional, o processo pode ser conceituado como instituição de garantia contrajurisdicional das partes, tendo como finalidade assegurar que o poder jurisdicional seja exercido sem ilegalidades ou abusos.

Em termos lógicos, o Estado-juiz não precisa do processo para julgar os pedidos que lhe são apresentados. O juiz poderia examinar a petição inicial e desde já condenar o réu, por exemplo. O Estado-juiz não precisa do processo para exercer o seu poder. Mas, em termos deontológios, o Estado-juiz precisa do processo para exercer o seu poder legitimamente. O processo é o que garante o exercício da jurisdição sem abusos ou ilegalidades. É o que afirma Diego Crevelin de Sousa:

> O Estado não precisa do processo para exercer o seu poder. O Estado precisa do processo para exercer o seu poder legitimamente. É por meio dele que o exercício do poder estatal deixa de ser força bruta para ter foros de civilidade. O processo é a instituição que limita e dá racionalidade ao exercício do poder estatal; é condição de legitimidade do exercício do poder estatal, portanto.[24]

---

[22] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Processo como Instituição de Garantia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em 20 set. 2018.
[23] Ibid.
[24] SOUSA, Diego Crevelin de. **Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>. Acesso em 30 set. 2018.

Por tal razão, para Eduardo José da Fonseca Costa o art. 5º, LIV, CF, que trata do devido processo legal,

> deve implicar a co-apreensão circular de cinco elementos: 1) o termo devido [primeiro elemento textual]; 2) o termo processo [segundo elemento textual]; 3) o termo legal [terceiro elemento textual]; 4) a indespojabilidade da liberdade e dos bens sem o «devido processo legal» [elemento co-textual]; 5) a inserção dos quatro elementos anteriores no rol das garantias fundamentais individuais [elemento con-textual]. Logo, é possível afirmar sem sofismas que o «devido processo legal» é (2) o procedimento em contraditório, (1) de interposição obrigatória entre a jurisdição e os jurisdicionados, (3) instituído por lei (5) para protegê-los de eventual arbítrio jurisdicional (4) quando da privação do patrimônio ou da liberdade. Enfim, o «devido processo legal» é o próprio processo-como-garantia, a macrogarantia-processual, o processo-em-sua-contrajurisdicionalidade.[25]

Resgate-se que, para o mesmo autor, o processo resguarda a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas. Com isso, se faz importante compreender o que significa o processo como garantia contrajurisdicional de liberdade. Ou seja, definir em que sentido se fala em liberdade.

Em texto específico, Eduardo José da Fonseca Costa fala em dois sentidos distintos, embora relacionados, de liberdade. Derivando dos vocábulos da língua inglesa *freedom* e *liberty,* fala em liberdade em sentido positivo e em liberdade em sentido negativo, ou liberdade e «liberdade», simplesmente.

Nessa dupla acepção, os vocábulos significam que o processo

> garante à parte a liberdade [FREEDOM] de decidir pelo que entende e pelo que lhe convém no processo. Noutras palavras, tem o poder de autodeterminar-se por sua própria vontade e, a partir dela, escolher autonomamente os seus comportamentos no processo. Isso implica, dentre outras coisas: i) a liberdade de alegar fundamentos de fato; ii) a liberdade de alegar fundamentos de direito; iii) a liberdade de formular pedidos; iv) a liberdade de provar os fatos alegados como fundamento; v) a liberdade de indagar às testemunhas; vi) a liberdade de inquirir a parte contrária; vii) a liberdade de convencer o juiz; viii) a liberdade de impugnar. Todas essas escolhas, próprias à atividade de parte, se devem fazer sem qualquer interferência do juiz, i.e., com «liberdade» [LIBERTY]. O juiz não se intromete no exercício delas. Afinal, é alheio, não-parte, im-parte, impartial, imparcial, neutro. É iniciativa exclusiva da parte manejar os fatos, os fundamentos jurídicos, os pedidos, as provas, as indagações, as inquirições e as impugnações que lhe amparam a ação e a defesa. Nenhum aspecto

---

[25] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

> desse manejo poder ser adicionado, alterado, suprimido, determinado, impedido ou punido pelo juiz.[26]

Em síntese, compreender o processo como garantia contrajurisdicional de liberdade e «liberdade» significa que as partes decidem livremente como atuarão no processo, não podendo sofrer qualquer interferência do juiz nesse mister, seja para privar o exercício de suas liberdades processuais ou para complementar, de qualquer modo, essas suas liberdades. Respeitadas as oportunidades franqueadas pela lei, o juiz não pode limitar nem amplificar a atuação das partes. Não pode prejudica-las, mediante restrição, nem beneficiá-las, mediante suplementação. Afinal, liberdade implica em responsabilidade para agir e se omitir conforme a lei, arcando com os bônus e ônus daí decorrentes. É nesse sentido de autodeterminação da vontade que o processo deve ser compreendido como garantia contrajurisdicional de liberdade, e não no sentido mais estrito de ir e vir.

Todo o exposto revela a imensa diferença de pensar o processo como instrumento da jurisdição, na linha do que defendem os instrumentalistas e os cooperativistas, ou como garantia contrajurisdicional de liberdade e «liberdade» das partes, de acordo com a proposta garantista.

Neste trabalho, adota-se a concepção garantista do processo. Mas não porque se entende que ela descreve melhor o conhecimento que se pode produzir a respeito do processo e dos seus institutos, e sim por ser esse o único modelo teórico que se adequa ao texto da Constituição de 1988, haja vista o que já se transcreveu acima. Diego Crevelin de Sousa pontua o seguinte:

> a comunidade teórica é livre para tomar tal decisão? Basta firmar, arbitrariamente, suas premissas e desenvolver um modelo a partir daí? Como aferir a correção ou incorreção desse ou daquele modelo teórico do processo? Não há liberdade e o caminho para testar a sua correção é submetê-los ao arranjo institucional de cada comunidade política (Constituição, leis etc.), que é variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, os modelos teóricos devem ser constrangidos pela tradição, pela faticidade e pela historicidade (Gadamer).
> Nesse sentido, as normas postas pelas autoridades dos regimes da Alemanha nazista, da Itália fascista e da União Soviética comunista, v.g, consagravam, no plano da ontologia, a natureza pública do processo e

[26] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo: Garantia de Liberdade [Freedom] e Garantia de «Liberdade» [Liberty]**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em 20 set. 2018.

> permitiam, no plano da epistemologia, sustentar o publicismo processual. Mas regimes democráticos marcados pelo constitucionalismo e sua vocação para a contenção do Poder, como o do Brasil pós-88 (?), posto consagrem, no plano da ontologia, a natureza pública do processo, não parecem permitir, no plano da epistemologia, a manutenção do publicismo processual. Vale dizer, Bülow, Klein e o caldo publicista a partir deles consolidado entre a segunda metade do séc. XIX e a primeira metade do séc. XX não são o fim da história; ela segue – e o teórico também deve seguir. Neste texto se crê que o publicismo não resiste ao texto constitucional e ao arranjo de Estado nele prescrito, mantendo-se entre nós apenas como ideologia (perceba-se isso ou não). Claro que todo discurso teórico tem um pano de fundo ideológico – este aqui não é exceção, caro leitor. O problema não é esse. O problema é não cotejar o discurso teórico e sua ideologia de base à normatividade constitucional e apurar se são compatíveis. É nesse ponto que se considera o publicismo processual insustentável entre nós.[27]

Assim, com base no garantismo processual, pode-se dizer, em síntese, que o, em processo é a instituição de garantia contrajurisdicional de liberdade das partes cuja finalidade é impedir os abusos e ilegalidades do Estado-juiz, ao passo em que a jurisdição é a função do Estado encarregada de aplicar imparcialmente a lei para a resolução de conflitos.

Eduardo José da Fonseca Costa resume: “a) a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito e que b) a função do processo é garantir que essa aplicação não se faça com desvios e excessos”.[28]

Tendo em vista os conceitos aqui acolhidos de processo e de jurisdição, se faz necessário reformular o conceito de ação. Isso porque, a depender do modelo teórico adotado, também oscilará o conceito de ação.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

> o direito de ação no Estado Constitucional constitui direito ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB). Outra maneira de dizê-lo está em afirmarmos que o Estado deve tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos. O direito de ação constitui direito ao exercício de posições jurídicas previstas ao longo de todo o procedimento pela Constituição de

---

[27] SOUSA, Diego Crevelin de. **Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>. Acesso em 30 set. 2018.

[28] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Processo como Instituição de Garantia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em 20 set. 2018.

> densificadas pelo legislador infraconstitucional, pela jurisprudência e pela doutrina. Trata-se de norma de natureza processual. Vale dizer, não pertence e não tem qualquer finalidade material. O direito ao processo tem nítido sentido organizativo dentro de nosso Estado Constitucional. Constitui uma das vigas em que se sustenta.[29]

Como se vê, o direito de ação assegura o processo justo, este compreendido como aquele que outorga tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos. Aspecto importante é a característica da adequação, onde se percebe significativo dissenso doutrinário.

Os referidos autores, com base em Luigi Paolo Comoglio, sustentam que "o direito ao processo justo têm "*aperture flessibli*" justamente para patrocinar efetiva adequação do processo ao direito material e assim realizar-se a justiça processual".[30] Em outras palavras, o direito à tutela adequada autorizaria o juiz, assegurado o contraditório, a modificar o procedimento previsto em lei para adaptá-lo às necessidades do caso concreto.

Essa era a linha adotada no anteprojeto de lei que deu origem ao atual Código de Processo Civil, conforme dispunha seu art. 107, V:

> Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> [...]
> V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero eram entusiastas da medida. Escreveram os autores em obra dedicada a examinar o então projeto do CPC:

> O Projeto prevê expressamente a possibilidade de o juiz "adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa" (art. 107, V). O art. 151, § 1.º, Projeto, complementa: "Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste". É o que dizemos também há bastante tempo. Trata-se

---

[29] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito de Ação, Contraditório e Motivação das Decisões Judiciais**. In: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal Balanço e Crítica. Coord. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. Jus Podivm. 2011, p. 557-558.
[30] Ibid., p.558, nota 7.

> de medida que visa a retirar do procedimento "todas as possibilidades do caso concreto". A previsão de normas processuais abertas tem a virtude de permitir a construção do direito à ação adequada às peculiaridades do caso direito material, permitindo primeiro olhar para a tutela do direito para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias para a sua promoção. Promove-se a adequação do processo à tutela do direito. Semelhante técnica deve ser concretizada pelo juiz em diálogo com as partes, respeitado o contraditório.[31]

Entendimento semelhante é manifestado por José Roberto dos Santos Bedaque, inclusive com menção ao direito processual português:

> Na mesma linha de atribuir ao juiz o dever de gestão processual, o que implica a concessão de poderes relacionados à direção do processo, à formação do conjunto probatório e a adequação do procedimento às especificidades da causa, o legislador português estabeleceu regime processual experimental, por força do decreto-lei n. 108, de 8.6.06, no qual previu várias regras nesse sentido. Adotou o princípio da adaptabilidade (artigos 8, "a" e 265-A), ampliando poderes já existentes, relacionados à regularização dos pressupostos processuais e à iniciativa probatória (art. 265, nn. 2 e 3). Essa postura ativa é incentivada pela doutrina, que não vislumbra nela risco de autoritarismo.[32]

Importante insistir nesse ponto: o direito de ação assegura o processo justo, que deve ser adequado, ou seja, aquele flexível, passível de adaptação às peculiaridades do caso pelo juiz.

É evidente que essa concepção do direito de ação é incompatível com a noção de processo como garantia contrajurisdicional de liberdade das partes, adotada acima. Se o juiz pode adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto, então ele não é limite à sua atuação, mas instrumento da jurisdição. O processo deixa de ser garantia do cidadão para ser pensado como técnica à disposição do Estado-juiz. Não é isso que prescreve a Constituição de 1988, como já visto anteriormente.

Por essa razão, autores ligados ao garantismo processual se mostram contrários à adaptação do procedimento pelo juiz. Eduardo José da Fonseca Costa defende que

> [...] se se tomar eficiência como "capacidade de consecução de metas, objetivos ou finalidades", o processo (o "devido processo legal") será tanto

---

[31] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Críticas e Propostas.** Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 88 e 89.

[32] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

> mais eficiente quanto mais contiver o arbítrio do Estado-juiz; no final das contas, essa é a sua missão constitucional como garantia de liberdade. Por isso, eficiência jurisdicional não implica maleabilidade procedimental *per officium iudicis*. Eficiência é tema de direito jurisdicional (que regula o poder), não de direito processual (que regula a respectiva garantia). Isso significa que, a pretexto de otimizar a sua produção decisória, o juiz não pode imprimir unilateralmente supressões ou modificações ao procedimento previsto em lei. Somente as partes podem fazê-lo mediante negócio processual (CPC, artigo 190), visto que a elas serve o processo e, portanto, o procedimento que o corporifica. Flexibilização procedimental pelo juiz caracteriza usurpação de competência legislativa: cabe ao juiz apenas seguir o procedimento definido in abstrato na lei, não criar in concreto procedimentos a seu talante.[33]

Tendo em vista premissa de que o processo é garantia contrajurisdicional de liberdade das partes, o autor demonstra que a adaptação procedimental por ato do juiz representa verdadeiro atentado à democracia:

> Procedimento é produto de fábrica legislativa, não manufatura de artesanato judicial. Compete ao legislador definir o proceder do juiz e das partes, não ao juiz definir, apesar das partes, o proceder dele e delas. O *iudicare* e o *procedere* se regem pela lei e só por ela. O contrajurisdicional não pode ser regulado pelo jurisdicional, sob pena de se tornar pró-jurisdicional. Na verdade, é regulado pelo legislativo, de onde emana *the general will of the people*. O poder emana do povo, não dos juízes. O povo, por meio dos seus representantes eleitos democraticamente, regula a contrajurisdicionalidade. Isso mostra que a flexibilização procedimental *ex officio* é, em última análise, um atentado à própria democracia.[34]

Na verdade, o processo é condição de licitude e legitimidade do exercício do poder. As funções legislativa e administrativa/executiva também são legitimadas pelo processo, ou melhor, pelo devido processo legislativo e pelo devido processo administrativo. Não se defende a flexibilização desses processos. É vedado ao legislativo e ao executivo flexibilizar os procedimentos que balizam a prolação dos seus provimentos. Inclusive, a inconstitucionalidade formal decorrente da violação das regras do devido processo legislativo, é de tal modo grave que não se convalida. Deve mesmo ser assim, pois o processo refreia e legitima o exercício do poder pelas agências estatais. Nada justifica que seja diferente com relação ao processo jurisdicional, que também não pode flexibilizar, ele mesmo, os termos legais da sua atuação. Em dimensão ampla, o processo é garantia dos destinatários contra o exercício abusivo ou ilegal das agências estatais. É garantia contra o poder. Por isso

---

[33] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **É preciso desfazer imagem eficientista do juiz como agente regulador.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-13/diario-classe-preciso-desfazer-imagem-eficientista-juiz-agente-regulador>. Acesso em 28 set. 2018.
[34] Ibid.

não é permitido que o poder flexibilize aquilo que é instituído para limitá-lo, que é posto contra ele.

Insistindo na impossibilidade de adaptação procedimental pelo juiz, ressalta Eduardo José da Fonseca Costa que quando o magistrado o faz ele

> [...] captura o processo, degradando-o de «coisa pública para as partes» em «coisa estatal do juiz». Apropria-se de uma garantia contra-jurisdicional para desnaturá-la em instrumento pró-jurisdicional, infundindo o grave risco de retrair *in causa sua* a força contrapotestativa do processo (e de desencadear, em consequência, o próprio arbítrio). Não raro, priva a parte de oportunidades manifestativas, cerceia-lhe prova, concede-lhe prazos irrazoáveis, obstrui-lhe meios impugnativos. Tudo com vistas à redução gerencial do *iter processualis*, ao sentenciamento *simpliciter et de plano*, à consecução renhida de metas de produtividade e ao enxugamento desesperado do acervo processual. E, com isso, conquistas garantistas seculares cedem temerariamente ao utilitarismo de benefícios transitórios.[35]

Não se pode deixar de perceber na tese da adaptação do procedimento pelo juiz uma grande dose de idealismo em relação à figura do magistrado, o que despreza dados da realidade e se mostra problemático em Estados Democráticos centrados na dignidade da pessoa humana, no caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e, consequentemente, na contenção do exercício do poder estatal. O juiz, como ser humano que é, encontra-se imerso em todos os limites e contingências do humano, por isso a teorização que parte de uma visão idealizada do juiz está descolada da realidade e pavimenta o caminho do autoritarismo judicial.

Eduardo José da Fonseca Costa é preciso nesse ponto:

> [...] além de autoritária, a teoria da flexibilização procedimental per *officium iudicis* é ingênua. Isso porque aposta num juiz fantasticamente idealizado. Num semideus. Num sujeito suprafactual que - embora mergulhado em excesso de trabalho, pressão por produtividade e fragilidades cognitivas - é perito em adaptar perfeitamente o procedimento legal *secundum casum*. Aliás, esse tipo de aposta tem sido feita pela ciência processual em geral. Afinal, ela pressupõe uma imparcialidade-neutralidade que jamais descai quando *ex officio* o juiz investiga a verdade, dinamiza ônus probatório e concede tutelas sumárias.
> Não se pode olvidar, entretanto, que o juiz é um *ens finitum*, imerso nos limites indisponíveis da imanência e atirado projetivamente na finitude do mundo que o cerca. Por isso, a indigência constitutiva do juiz - que caracteriza todo e qualquer homem - deveria ser «o» dado pré-teórico

[35] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

> fundamental da processualidade. A grande lacuna do direito processual - seja como *scientia iuris*, seja como *ius positum* - sempre foi estruturar o debate entre as partes em função das limitações humanas do juiz e estruturar as limitações humanas do juiz em função do debate entre as partes. Sempre faltou ao direito processual, portanto, ser zelo, preocupação, cuidado. Noutras palavras, sempre lhe faltou ser GARANTIA. A vulnerabilidade do juiz deve ser o nível prévio à objetividade da processualística. Deve ser o reduto primário de toda e qualquer experiência processual. Deve ser a raiz originária-originante de uma matriz para a processualidade e a nascente fundante das arquiteturas procedimentais. As fraquezas próprias à condição humana do juiz são o ponto de partida pré-dogmático, até então não tematizado, para uma processualística emancipada dos significantes despóticos do instrumentalismo processual. A finitude do juiz redime a processualística de todas as grandes mentiras, mormente daquelas perpetradas em nome da Verdade e da Justiça. Ela destrói, enfim, o *Richterprinzip* (que está para o Instrumentalismo assim como o *Führerprinzip* está para o Nazismo).[36]

O Código de Processo Civil de 2015 não manteve a autorização de adaptação do procedimento pelo juiz, pelo menos não de forma ampla. Reservou-se ao juiz apenas a possibilidade de dilatar prazos e alterar a ordem de produção de provas (art. 139, VI, CPC).

Embora os autores favoráveis à adaptação procedimental sustentem a necessidade de a decisão que a realiza ser precedida do contraditório, isto é, à participação das partes, mesmo assim é violada a garantia constitucional do devido processo legal.

Se, por um lado, é verdade que os provimentos jurisdicionais devem ser precedidos da participação das partes, ressalvados os casos que envolvem urgência, quando é imprescindível que o contraditório seja diferido, por outro lado, também é verdade que só se poder falar em precedência do contraditório quando a matéria em questão puder ser objeto de decisão judicial.

Realmente, há questões sobre as quais o juiz pode decidir e há questões sobre as quais o juiz não pode decidir. Quando se trata de matérias que o juiz pode decidir, de fato, o contraditório deve ser respeitado. Mas quando se trata de matérias que o juiz não pode decidir, o fato de ser estabelecido o contraditório não legitima a decisão a respeito.

---

[36] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

Pensando nessa divisão de tarefas, Diego Crevelin de Sousa destaca a diferença entre limites e controles:

> Limites são contornos de atuação, ou seja, o que(m) das funções (=por quem uma função pode ser exercida?). Controles são accountability/prestações de conta, ou seja, o como das funções (=de que forma uma função pode ser exercida?). Limites antecedem e são pressupostos dos controles. Examinar se determinada função foi exercida corretamente só tem sentido quando se pressupõe que ela poderia ter sido exercida, caso contrário, o exercício, por si só, já é erro.[37]

Como já se viu, a definição do procedimento é questão de lei, cabe ao legislador ordinário definir o procedimento a ser imperativamente observado pelos juízes. Se o processo é garantia contrajurisdicional dos cidadãos, cabe a estes, por seus representantes eleitos, instituir os procedimentos que refreiam e legitimam o exercício do poder jurisdicional.

Ou seja, o processo é garantia do povo e o povo, por seus representantes eleitos, define as regras processuais. Por isso a adaptação do procedimento pelo juiz é incompatível com a ordem constitucional brasileira, que prescreve o processo como garantia contrajurisdicional das partes.

Se ao juiz for permitido adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto se estará preso ao paradigma instrumentalista do processo, que concebe o processo como mero instrumento da jurisdição, o que, como visto, não é adequado à Constituição de 1988. A definição do procedimento é questão que não pode ser decidida pelo juiz, nem mesmo se for previamente submetida à participação das partes, via contraditório. É limite à atuação jurisdicional.

A adaptação ou flexibilização procedimental não é incompatível com a Constituição em si. Se o processo é garantia contrajurisdicional das partes, ou seja, ele é para as partes, nada impede que as partes adaptem o procedimento mediante convenções processuais, como autoriza genericamente o art. 190, CPC. A incompatibilidade é a sua realização pelo juiz.

---

[37] SOUSA, Diego Crevelin de. **O Caráter Mítico da Cooperação Processual.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>. Acesso em 20 set. 2018.

Não convém pensar o direito de ação como direito ao processo justo, por sua vez compreendido como aquele que outorga tutela adequada ao direito material, passível de adaptação pelo juiz no caso concreto. Novamente com Eduardo José da Fonseca Costa,

> De acordo com o inciso LIV do artigo 5º da CF/1988, «ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal» (d. n.). Decerto, o termo legal não se usa aí como uma qualificação positiva extrajurídica, que exprima «bonito» [ex.: sapato legal], «compreensivo» [ex.: pai legal], «correto» [ex.: atitude legal], «leal» [ex.: amigo legal]. O devido processo legal não é o devido processo que, aos ouvidos do intérprete-aplicador, soe coloquialmente «bacana», «maneiro», «bárbaro», «supimpa». Tão-pouco é o processo «justo», «conforme à justiça», «de acordo com a equidade», tendo em conta não haver campo lexical teórico-jurídico ou jurídico-filosófico em que o legal e o justo sejam sinônimos. O legal nem sempre é o justo; o justo nem sempre é o legal.[38]

Nesses termos, não se deve percorrer grandes labirintos metonímicos. O devido processo legal significa exatamente a garantia contrajurisdicional definida em lei que obrigatoriamente deve se interpor, como condição de possibilidade, entre as partes e o Estado-juiz. São precisas as palavras de Eduardo José da Fonseca Costa:

> É preciso com urgência resgatar o «devido processo legal» da cela de indeterminação conceitual na qual foi trancafiado. Para tanto, a compreensão da expressão - tal como inserta no inciso LIV do artigo 5º da CF/1988 - deve implicar a co-apreensão circular de cinco elementos: 1) o termo devido [primeiro elemento textual]; 2) o termo processo [segundo elemento textual]; 3) o termo legal [terceiro elemento textual]; 4) a indespojabilidade da liberdade e dos bens sem o «devido processo legal» [elemento co-textual]; 5) a inserção dos quatro elementos anteriores no rol das garantias fundamentais individuais [elemento con-textual]. Logo, é possível afirmar sem sofismas que o «devido processo legal» é (2) o procedimento em contraditório, (1) de interposição obrigatória entre a jurisdição e os jurisdicionados, (3) instituído por lei (5) para protegê-los de eventual arbítrio jurisdicional (4) quando da privação do patrimônio ou da liberdade. Enfim, o «devido processo legal» é o próprio processo-como-garantia, a macrogarantia-processual, o processo-em-sua-contrajurisdicionalidade.
> No entretanto, já se percebe de plano que, para desnaturar-se o processo de garantia contra-jurisdicional em ferramenta pró-jurisdicional, mutilam-se basicamente os elementos (3) e (5). Ou seja, finge-se que se pode regular o processo fora da lei e que a Constituição não o institui como uma garantia contrajurisdicional. Consequentemente, a expressão «devido processo legal» perde a sua densidade normativa. É atirada nas valas da impermanência semântica. Reduzida a um mero slogan. Privada de positividade séria. Tornada um dispositivo de soft law. Tudo sob o prelúdio autoritário de uma doutrina estatólatra. E, com isso, muitas vezes, o Poder

---

[38] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

> Judiciário apropria-se sub-repticiamente do processo, fazendo-o seu e praticando, nos planos da extralegalidade e da infralegalidade, golpes intransparentes contra a cidadania.[39]

Por isso, no marco do garantismo processual, a ação assegura o direito ao devido processo legal, aquele definido na lei de acordo com as garantias constitucionais do processo. Não há que se falar em direito de ação como direito ao processo justo.

Feitas essas considerações sobre a garantia do devido processo legal e sua repercussão nos conceitos de ação e processo, pode-se avançar para o exame das garantias do contraditório e da imparcialidade, ficando claro que essas garantias serão aqui abordadas seguindo os pressupostos teóricos do garantismo processual.

2.2. CONTRADITÓRIO

O contraditório é fundamental para o processo, a ponto de parte substantiva da doutrina considerá-lo o seu valor-fonte. Por todos, afirma Hermes Zaneti Jr.:

> O que define o processo é a existência do contraditório, a interveniência do destinatário do ato na formação da decisão, tudo em muito potencializado pela conformação híbrida do processo constitucional brasileiro, daí o contraditório se apresentar como “valor-fonte” do processo democrático.[40]

Esse modo de compreender o processo vem de Elio Fazzalari, autor italiano que se destacou exatamente por conceituar o processo como procedimento em contraditório. O processo é espécie de procedimento, com a peculiaridade de ser este realizado em contraditório.

Para compreender o conceito de processo como procedimento em contraditório é necessário definir o que, para essa corrente, são procedimento e contraditório.

---

[39] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

[40] ZANETTI JR. Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2ª Ed. Atlas. 2014, p. 58.

De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves [41], autor que introduziu com maior profundidade as lições de Elio Fazzalari no Brasil, procedimento é

> uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.

Por sua vez, o provimento "é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional"[42].

Nem todos os atos do Estado são revestidos de imperatividade, isto é, eles nem sempre produzem efeitos sobre a esfera jurídica dos administrados, da sociedade ou dos jurisdicionados. Nesse caso, não há provimento. Provimento é o ato estatal imperativo. Mas para um provimento ser emitido "válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada pelo ordenamento jurídico"[43]. Essa atividade preparatória do provimento é o procedimento.

A contribuição de Elio Fazzalari, como registra Aroldo Plínio Gonçalves, é superar a noção do procedimento como mero encadeamento de atos. Para se compreender a teoria de Elio Fazzalari é importante ter claros os sentidos que ele atribui a alguns termos para o desenvolvimento de suas ideias.

Em primeiro lugar, o autor utiliza norma jurídica em dois sentidos, quais sejam, como cânone de valoração de conduta e como conduta descrita pela norma jurídica a que se liga a valoração. Ou seja, norma é conduta e cânone de valoração. Por sua vez, a conduta é a posição jurídica subjetiva e pode ser valorada como faculdade, poder ou dever. Será faculdade ou poder se for valorada como lícita e será dever se for valorada como devida. É com isso em vista que Elio Fazzalari fala de direito subjetivo como "uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma, posição que se apreende pelo "objeto do comportamento" descrito na norma

---

[41] GONÇALVES, Aroldo Plínio**. Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Del Rey. 2012, p. 87.
[42] Ibid., p.87.
[43] Ibid., p.88.

relacionado ao sujeito”[44]. Assim, “se da norma decorre uma vantagem ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu”[45]. Ademais, considera que os poderes e faculdades se apresentam para seus titulares como verdadeiros ônus, pois “quanto à falta de seu exercício a lei processual liga uma consequência desfavorável ao titular do ato. Ao sujeito é dado cumprir ou não o ato, mas a falta de cumprimento se resolve na possibilidade de um dano para ele”[46]. Por fim, o autor ainda fala em posição subjetiva, que nada mais é que “a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”[47].

Tendo tudo isso em vista, Aroldo Plínio Gonçalves informa que o procedimento

> requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.[48]

Assim, no procedimento os atos e posições subjetivas preparatórios do provimento estão previstos e valorados em normas e se ligam de modo a legitimar o ato final. Mas só se passa de um ato para outro quando o primeiro é exercido validamente. E assim até que se chegue ao provimento, que só será válido e legítimo se tiver sido antecedido de toda uma cadeia procedimental realizada validamente. É esta a grande contribuição de Elio Fazzalari:

> Quando um pressuposto para a incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista em norma anterior da série do complexo normativo, não se está diante da simples ordenação de uma cadeia normativa, que poderia ser linearmente concebida. Pressuposto, em linguagem filosófica e lógica, é premissa não explícita, e essa, como se mostrou, em tópico anterior, é a proposição da qual são extraídas outras proposições, pelo processo de inferência, e, como se recordou, as conclusões podem se tornar novas premissas de novas conclusões, na cadeia de proposições, no raciocínio dedutivo. Essa é a novação fundamental para a apreensão do novo conceito de procedimento. (...) na estrutura normativa que compõe a estrutura do procedimento, a observância da incidência da norma que prevê o ato que pode ser exercido ou deve ser cumprido é pressuposto, é condição de validade, da incidência de outra

---

[44] GONÇALVES, Aroldo Plínio**. Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Del Rey. 2012, p.91.
[45] Ibid., p.91.
[46] Ibid., p.91.
[47] Ibid., p.93.
[48] Ibid., p.93.

> norma que dispõe sobre a realização de outro ato, sendo deste o pressuposto, assim até que o procedimento se esgota atingindo seu ato final, quando se verificam todos os pressupostos normativamente previstos para a emanação do provimento. A observância da incidência da norma significa que os atos que ela permite são realizados ou têm a possibilidade de sua realização garantida, e os atos que ela estatui como devidos são realizados, quando não permite a sua conversão em ônus. (...) O procedimento é mais do que mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.[49]

Para ser válido e legítimo, todo provimento estatal deve ser precedido de um procedimento que permita a participação dos seus destinatários no seu desenvolvimento e resultado. Afinal, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CRFB, "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Ou seja, a participação na formação dos provimentos é uma derivação necessária da democracia.

A propósito, pontua Antônio do Passo Cabral, há vários modelos de democracia: democracia representativa, democracia participativa e democracia deliberativa. Na democracia representativa "os indivíduos, por um ato de assentimento inicial, elegiam o legislador político; e o que este legislador estabelecesse como direito seria considerado legítimo".[50] Na democracia participativa, por outro lado, já ocorre uma maior abertura à participação no exercício do poder, com a consciência de que "as instâncias de participação popular não se exaurem no voto como meio de legitimar a investidura dos membros do Legislativo"[51]. Há um aumento dos canais de inserção política do indivíduo por meio de instrumentos como a ação popular, a iniciativa popular de leis, as audiências públicas, o plebiscito e o referendo etc. Por fim, na democracia deliberativa, estágio atual consagrado por nossa Constituição, se dá a

> [...] legitimidade através do discurso. Num ambiente democrático, os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus autores, e as decisões estatais só podem ser impostas se legitimadas através de instâncias discursivas participativas, não no carisma, costume ou

---

[49] Apud GONÇALVES, Aroldo Plínio**. Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Del Rey. 2012, p.94-95.
[50] CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. 2ª ed. Forense. 2010, p. 107.
[51] Ibid., p.107.

> tradição, tal qual o formato weberiano, ou em algum "obscuro fundamento místico", como descreveu Derrida. Por outro lado, as regras do discurso devem possibilitar a higidez deste debate, assegurando a racionalidade e controlabilidade (testability) da decisão final. Portanto, a teoria do discurso tenta provar duas ideias básicas sobre a legitimidade do ordenamento jurídico: que os cidadãos são aqueles que decidem sobre o direito (as normas a serem vinculativamente aplicadas); e que o procedimento decisório é racional e controlável. Assim, no Estado Democrático de Direito, a tomada de decisão política deve ser precedida de um procedimento comunicativo que possibilite, respeitadas algumas regras do debate, o surgimento de um acordo ou posição racional sobre a conduta a ser praticada. Ainda que um consenso não se verifique na prática, a democracia deliberativa se favorece do fato de ter sido a decisão objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito (que se submete) para o status de ativo coautor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo. A partir dessa condição, vida privada individual e domínio público se interpenetram. O indivíduo não é mais o cidadão grego que participa da polis (toma parte em algo que lhe é externo), mas aquele que pertence à sociedade (toma parte porque faz parte). Surge um peculiar espectro da cidadania, o status ativus processualis, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, ou seja, direito de influir na formação de normas jurídicas vinculativas.[52].

Nota-se que esses modelos não se excluem, mas se complementam. A democracia deliberativa agrega as características das democracias representativa e participativa. De um modelo para outro há um acréscimo de democraticidade, não uma exclusão das características dos anteriores.

O mais importante, aqui, é perceber como a democracia deliberativa, enquanto consagradora do direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, isto é, direito de influir na formação de normas jurídicas vinculativas, determina a definição do conteúdo do contraditório. Afinal, no que diz respeito aos provimentos do Judiciário os destinatários participam diretamente, sobretudo quando as decisões produzem apenas efeitos *inter partes*. E no contexto da democracia deliberativa, essa participação só é legítima mediante ampla abertura ao discurso, uma vez que os destinatários, compreendidos como cidadãos, também são considerados coautores do provimento, motivo pelo qual eles devem ter assegurada a ampla possibilidade de influenciar no desenvolvimento e resultado do processo.

---

[52] CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. 2ª ed. Forense. 2010, p. 108-109.

Não são mais suficientes as visões formais ou estáticas do contraditório, que o reduziam à mera informação e possibilidade de reação, na ideia da bilateralidade da audiência, tal como consta na doutrina clássica do processo. Moacyr Amaral Santos escrevia:

> [...] colocado entre as partes, equidistante delas, o juiz, por força do seu dever de imparcialidade, ouvindo uma não deverá deixar de ouvir a outra parte – auditor et altera pars. Tal é o princípio da audiência bilateral, ou do contraditório, conforme o qual não pode o juiz decidir sobre uma pretensão se não é ouvida, ou citada para ser ouvida, a parte contra a qual ou em face da qual é proposta. Ao ataque o autor deverá suceder a defesa do réu. No princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional (Cons. Federal, art. 5º, LV), e segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Por isso, imprescindível é que se dê ao réu, no processo, oportunidade para defender-se. Oferecida essa oportunidade, respeitado está o princípio.[53]

Em sentido semelhante, escrevia José Frederico Marques:

> A bilateralidade da ação e da pretensão gera a bilateralidade do processo, e nisso reside o fundamento lógico do contraditório. Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve como contradição recíproca, ensina Carnelutti. E a seguir acrescenta o mestre: "por isso, o contraditório constitui um dos princípios fundamentais do processo civil". Mas o traço saliente do contraditório é o de princípio constitucional decorrente do direito de defesa. O processo, como conjunto de atos, deve ser estruturado contraditoriamente, como imposição do devido processo legal que é inerente a todo sistema democrático onde os direitos do homem encontrem garantias eficazes e sólidas. A importância das leis de processo, como escreveu Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, "consiste principalmente em que sancionam e regulam o direito de defesa de todos os demais direitos do homem contra os ataques dos particulares ou do Estado por qualquer de seus órgãos". O princípio da igualdade perante a lei traz, como consequência, "o princípio da igualdade nos atos processuais". É "desenvolvimento processual" da isonomia, o princípio "de igualdade das partes do processo". Dentro das necessidades técnicas do processo, deve a lei propiciar a autor e réu uma atuação processual em plano de igualdade. No processo de conhecimento, essa igualdade deve consistir em dar a ambas as partes "análogas possibilidades de alegações e provas".[54]

Tais lições permitem perceber que o contraditório era compreendido apenas como bilateralidade de audiência, a oportunidade de dizer e contradizer, algo que dizia respeito apenas às partes. A relação do juiz com o contraditório era apenas a de,

---

[53] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º Volume. Saraiva. 2000, p. 74-75.

[54] MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Millenium. 2000, p. 97.

colhendo a manifestação de uma das partes, permitir que a outra se manifestasse a respeito. O juiz mesmo não era sujeito partícipe do contraditório.

Essa forma de compreender o processo tem fundamentos filosóficos, decorre da ideia de que interpretar é declarar sentido, e não atribuir sentido. Partindo da premissa de que o sentido já está dado na lei, ao juiz caberia apenas mediar o contraditório entre as partes sobre as questões de fato. Ouvidas as partes e analisadas as suas provas, caberia ao juiz aplicar o direito ao caso. Assim, além de restringir-se ao mero dizer e contradizer, o contraditório se limitava às questões de fato, sem ter maior relevância sobre as questões de direito. Era como se percebia a força dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi fatum, dabo tibi ius*. As partes narravam os fatos e o juiz, com base em suas próprias e não debatidas impressões jurídicas, aplicaria o direito ao caso. Consequência disso é que as questões de direito que o juiz deve conhecer de ofício não precisariam ser submetidas à prévia manifestação das partes, afinal o contraditório assegura a essas a manifestação sobre as questões de fato, não de direito.

Considerando os problemas da linguagem e que o papel da interpretação não é declara um sentido já pronto e acabado, mas atribuir sentido, ainda que não de modo totalmente livre, o contraditório deve ser compreendido como a garantia das partes de prestassem a sua contribuição não só em relação às questões fático-probatórias, mas também às questões de direito. Não só a interpretação de como se deram os fatos, mas a intepretação do direito, não só dos textos casuísticos, sobretudo em relação às normas abertas como princípios e cláusulas gerais, cada vez mais comuns, é problemática, por isso o contraditório deve ser o canal para que as disputas interpretativas sejam postas de modo aberto e oportunize às partes chances efetivar de influenciarem no provimento.

Daniel Mitidiero pontua que essa visão do contraditório dialoga, inclusive, com a multifuncionalidade dos direitos fundamentais:

> É lugar-comum observar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Dessa comezinha mas extraordinária impostação ressai que o direito fundamental ao contraditório não se cinge mais a garantir tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na

> conformação da decisão judicial. É o que vem se consagrando na doutrina, paulatinamente, como dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, consagrada à vista do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, à constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual. Nessa perspectiva o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive o demandante. (...) Enveredando por essa senda, o contraditório deixa de ser uma norma de igualdade formal para ser assumir um papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um "ato de três pessoas", como um autêntico ambiente democrático e cooperativo.[55]

Como está claro, o contraditório passa a assegurar a manifestação das partes também sobre as questões de direito. É certo que o contraditório assegura o agir e o reagir, mas não só. Significa, também, "participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência"[56]. E por direito de influência, entenda-se que o contraditório

> [...] deixou de ser algo cujos destinatários são tão-somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.[57]

O contraditório como garantia de influência é exatamente o que estabelece um elo forte com o dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX, CRFB). Influência significa que todo o trabalho das partes será levado em consideração pelo juiz quando da prolação de sua decisão. O juiz examinará objetiva e expressamente todos os argumentos, fáticos e jurídicos, e provas produzidos pelas partes, pois somente assim se pode controlar o respeito à garantia de influência. A garantia de influência não assegura que o juiz acolherá os argumentos e provas das partes, mas que os considerará. Sem isso é impossível saber se as partes realmente influenciaram na tomada da decisão. Na expressão de Antonio do Passo Cabral, as partes têm o direito de consideração e o juiz tem o correspondente dever de atenção[58].

---

[55] MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Livraria do Advogado. 2007, p. 37.
[56] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito de Ação, Contraditório e Motivação das Decisões Judiciais**. In: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal Balanço e Crítica. Coord. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. Jus Podivm. 2011, p.560.
[57] Ibid., p. 560.
[58] CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. 2ª ed. Forense. 2010, p. 145.

Daniel Mitidiero expõe essa ligação de modo bastante claro:

> O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexo entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório. Ao tempo em que se entendia o contraditório como algo tão somente atinente às partes e, portanto, em sentido fraco, afirmava-se que o dever de motivação das decisões judiciais não poderia ter como parâmetro para aferição de correção a atividade desenvolvida pelas partes em juízo. Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo. Bastava a não contradição entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um critério intrínseco para aferição da completude do dever de motivação. Existem julgados do STF que ainda hoje comungam de semelhante entendimento. Assim, por exemplo, não é raro colher em decisões do Supremo que basta ao julgador expor "de modo claro as razões de seu convencimento" para ser considerada motivada a sua decisão. Traduzindo – é desnecessário o debate com as partes partindo-se dos fundamentos por elas invocados em suas manifestações processuais.[59]

Como dito, o direito tem influência tem como contrapartida o dever de atenção ou de debate. Significa dizer que "não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes"[60]. Em razão dessas lições, o dever de atenção do juiz em relação aos argumentos fáticos, jurídicos e probatórios das partes foi positivado no art. 489, § 1º, IV, CPC[61].

Na verdade, o juiz não está obrigado a examinar tudo o que for apresentado pelas partes. Sua obrigação é de examinar todos os argumentos que forem rejeitados. Até porque, quando a pretensão da parte está embasada em argumentos autônomos e suficientes, por si sós, ao acolhimento do pedido, a aceitação de um torna desnecessário o exame do outro. É o que pontuam, com razão, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

> Aí, pois, está o cerne da questão: para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o

---

[59] MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes:** Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Jus Podivm. 2012, p. 126-127.

[60] Ibid., p.127.

[61] Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

> pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda.[62]

Além disso, o direito de influência ainda proíbe o juiz de decidir sobre qualquer questão sem que antes seja oportunizada a manifestação das partes, isso mesmo que essa questão deva ser conhecida de ofício. Isso hoje consta de forma expressa no art. 10, CPC[63].

O dispositivo consagra a proibição de decisão-surpresa, aquela proferida sobre questão a respeito da qual as partes não se manifestaram previamente em razão de ter sido introduzida no processo pelo juiz. Escrevem Glauco Gumerato Ramos e Lúcio Delfino:

> O art.9º e o art.10 preveem a vedação da decisão surpresa. Considerando que o contraditório possui duas dimensões, em que a dimensão formal é a garantia de participar do processo e a dimensão substancial é a garantia de influenciar o provimento jurisdicional, poder-se-ia dizer que o dispositivo em comento valoriza a dimensão substancial do contraditório, que viabiliza a parte o direito de ser ouvida para poder influir na convicção do órgão julgador. Não é por outra razão que o art. 493, parágrafo único, do CPC estabelece que o juiz deve levar em consideração a ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito posterior à propositura da ação, seja de ofício ou a requerimento da parte. Podendo o respectivo fato influir no julgamento do mérito, o juiz deverá ouvir previamente as partes antes de decidir. O art. 10, não há dúvida, é um reforço operacional da garantia do contraditório, e sendo a decisão do juiz o resultado funcional do embate dialético desenvolvido pelas partes, vê-se que o dispositivo em comento valoriza o processo jurisdicional como ambiente de participação democrática dos sujeitos nele envolvidos, de modo a que cada uma das partes possa se manifestar e influir nas tomadas de decisões pelos órgãos jurisdicionais.[64]

Isso deve ser assim porque se o juiz decidir sobre questão que pode conhecer de ofício sem antes oportunizar a manifestação das partes elas não terão podido influenciar na tomada da decisão, o que gerará violação do contraditório.

O contraditório tem relação íntima com a prova, ou melhor, com o direito à prova. Essa relação será explorada em detalhes no item 3.2., abaixo. Para evitar

---

[62] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª Ed. Salvador: Jus Podivm. 2016, p.343.

[63] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[64] RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. In: RIBEIRO et al. (Coord.). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo I. São Paulo: Lualri, 2017, p. 31-32.

repetições, esse conteúdo foi todo concentrado no referido item, para onde se remete o leitor.

Todo o exposto demonstra que o contraditório deve ser compreendido como garantia de informação, reação, influência e debate. As partes devem ser informadas uma das condutas da outra, bem como daquelas questões que o juiz puder trazer ao processo sem provocação, ou seja, de ofício, evitando, nesse caso, as decisões-surpresa. Essa informação visa permitir a reação, que deve ser qualificada como influência, a possibilidade efetiva de o trabalho das partes interferir efetivamente no desenvolvimento do processo e prolação do provimento, neste caso criando para o juiz o dever de atenção ou debate, por força do qual ele terá de responder todo o trabalho das partes, demonstrando em que medida elas foram capazes de convencê-lo.

No que diz respeito às relações entre as partes e o juiz, a abordagem aqui desenvolvida do contraditório diz respeito ao modo como esses sujeitos processuais devem exercer as suas funções. Ou seja, o conteúdo constitucionalmente adequado do contraditório, as contribuições do direito infraconstitucional e a leitura feita pela doutrina demonstram qual deve ser a maneira de argumentar das partes do juiz. As lições aqui desenvolvidas explicam a forma válida de argumentar de tais sujeitos processuais. Abaixo, especificamente no item 4.2, será visto como o contraditório também pode servir como critério para definir quais são as funções das partes e quais são as funções do juiz. Então, já não se estará mais tratando do perfil da atividade argumentativa, mas, especificamente, de quais funções podem ser exercidas pelas partes e pelo juiz. Nesse trabalho, considerou-se mais conveniente para os fins desejados distribuir assim o estudo do contraditório, deixando o exame de cada uma das suas perspectivas para o momento do trabalho em que podem contribuir para a compreensão das ideias aqui desenvolvidas. É naquele momento do trabalho que se mostra importante compreender a relação do contraditório com a imparcialidade objetivo-funcional [65], por isso seu conteúdo será desenvolvido oportunamente.

[65] A propósito, conferir o item 2.3.

2.3. IMPARCIALIDADE

A garantia da imparcialidade é absolutamente fundamental para o processo. Afinal, é básica a ideia do processo como um “ato de três pessoas” composto por sujeitos contendores mediados por um sujeito encarregado de definir a norma individual do caso concreto. O que habilita, dentre outras coisas, esse sujeito encarregado de solucionar o caso é justamente o seu desinteresse, portanto a sua imparcialidade.

É intuitivo pensar na imparcialidade como o desinteresse do julgador pelo resultado do processo. Ou seja, ele não está disposto a ajudar e nem a prejudicar o autor ou o réu. Para ele é indiferente quem vencerá o processo, caso o mérito venha a ser julgado.

Em certa medida, além de jurídica a imparcialidade é uma exigência ética imposta ao Estado. Afinal, se parcela da liberdade dos indivíduos é suprimida para que seus conflitos sejam compostos pelo Estado, espera-se que esse aja amparado apenas na lei e nas provas produzidas no processo, sem ter qualquer pendor em favor ou contra qualquer das partes. Além disso, é dever do estado agir com impessoalidade (art. 37, CRFB).

Compreendido o processo como garantia contrajurisdicional de liberdade das partes em face do Estado-juiz, a imparcialidade é considerada por Eduardo José da Fonseca Costa, ao lado da não-criatividade, uma garantia arquifundamental contrajurisdicional e possui um conteúdo amplo e complexo:

> [...] da garantia arquifundamental da imparcialidade [plano pré-positivo] se derivam várias garantias fundamentais [plano positivo]. Quando se diz que o juiz deve ser imparcial, o termo assume, ao menos, doze sentidos no plano jurídico-positivo:
> i) o juiz deve ser im-parcial, não-parte, alheio ou terceiro ao conflito [GARANTIA FUNDAMENTAL DA TERCEIRIDADE];
> ii) o juiz não pode ter objetivamente qualquer interesse jurídico, moral ou econômico no desfecho da causa [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DESINTERESSE];
> iii) o juiz da causa não deve ter conexões fortes de afeição, aversão ou envolvimento profissional com qualquer das partes (ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, noivo, namorado, amigo íntimo, inimigo, sócio etc.) [GARANTIA FUNDAMENTAL DO DISTANCIAMENTO];
> iv) o juiz deve lutar contra eventual predisposição, preferência, antipatia ou preconceito que nutra subjetivamente por qualquer das partes - em razão de

> raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, idade, estado civil, ideologia político-social, status socioeconômico, grau de escolaridade etc. -, ainda que na prática seja impossível um grau absoluto de neutralidade ou um nível zero de contaminação psicológica [GARANTIA FUNDAMENTAL DO ESFORÇO PELA NEUTRALIDADE PSICOLÓGICA];
> v) o juiz não se deve enviesar cognitivamente pelas heurísticas de confirmação(ex.: o juiz da liminar tende a confirmá-la na sentença; o juiz de garantias na investigação criminal tende a receber a denúncia), representatividade(ex.: o juiz da prova oral tende na sentença a valorar nervosismo como mentira e tranquilidade como verdade), ancoragem (o juiz da prova ilícita excluída tende a perseguir nos autos o mesmo resultado prático da reinclusão; o juiz da sentença terminativa nulificada tende a rejulgar pela improcedência), etc. [GARANTIA FUNDAMENTAL DO NÃO-ENVIESAMENTO COGNITIVO];
> vi) o juiz não deve, mediante iniciativas oficiosas, favorecer ou perseguir funcionalmente qualquer das partes, devendo agir somente por provocação [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INÉRCIA FUNCIONAL] (obs.: um dos seus corolários é a GARANTIA DA DISPOSITIVIDADE ou DA AUTORRESPONSABILIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES, a qual evita o risco de que o juiz favoreça uma das partes ordenando ex officio provas que a auxiliem; outra derivação é a GARANTIA DA AÇÃO PROCESSUAL, que atribui à parte a provocação do exercício da função jurisdicional, evitando o risco de que o juiz o faça *sponte* sua com a intenção de favorecer ou prejudicar alguém);
> vii) o juiz não deve sofrer interferências nem pressão interna ou externa, direta ou indireta, de ordem política ou técnica, para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes; sofrendo, não deve curvar-se em hipótese alguma [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INDEPENDÊNCIA];
> viii) o juiz não deve externar em público predisposição, preferência, antipatia ou preconceito por qualquer das partes, mesmo que essa condição íntima jamais redunde em privilegiamento ou perseguição funcional [GARANTIA FUNDAMENTAL DA APARÊNCIA DE NEUTRALIDADE];
> ix) o juiz deve manter a sua imparcialidade absolutamente incorruptível e aparentar em sua conduta pública essa incorruptibilidade [GARANTIA FUNDAMENTAL DA INTEGRIDADE E DA CORREÇÃO];
> x) o juiz deve tratar as partes com urbanidade e lhaneza, evitando atritos que o indisponham contra elas e que lhe inquinem, consequentemente, a imparcialidade [GARANTIA FUNDAMENTAL DA URBANIDADE E DA LHANEZA];
> xi) o juiz da causa deve integrar órgão cuja competência haja sido definida ex ante facto por critérios impessoais e objetivos estabelecidos em lei, impedindo-se com isso nomeações ad hoc que visem deliberadamente favorecer ou prejudicar qualquer das partes [GARANTIAFUNDAMENTAL DO JUIZ NATURAL];
> xii) o juiz que não queira, não possa ou não consiga ser imparcial deve ser substituído por iniciativa sua ou a requerimento da parte interessada [GARANTIA FUNDAMENTAL DA SUBSTITUIBILIDADE].[66]

Com isso já se vê que a disciplina da imparcialidade, no processo, é muito mais complexa que os róis legais de impedimento e suspeição, tal como aqueles indicados nos arts. 144 e 145 do CPC.

---

[66] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As Garantias Arquifundamentais Contrajurisdicionais: Não-Criatividade e Imparcialidade.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>. Acesso em 28 set. 2018.

Como esse trabalho não é sobre a imparcialidade, especificamente, não serão examinados todos esses desdobramentos dessa garantia arquifundamental contrajurisdicional. Serão analisados três aspectos da imparcialidade, a saber: a imparcialidade subjetivo-psíquica, a imparcialidade objetivo-funcional e a imparcialidade objetivo-cognitiva.

Quanto à imparcialidade subjetivo-psíquica, que pode ser sintetizada nos sentidos (ii) e (iii), acima, consiste no desinteresse subjetivo do juiz, em sua psique, de beneficiar ou prejudicar qualquer das partes. Embora seja desejável que o juiz seja psiquicamente imparcial, essa dimensão da imparcialidade é pouco frutífera para o estudo processual e o seu controle nos casos concretos. Afinal, como escreve Eduardo José da Fonseca Costa isso não é

> [...] um problema técnico-legislativo ou puramente dogmático-processual, mas psicológico-cognitivo e filosófico. Não cabe à ciência jurídica explicar, por meio de simples cálculo de princípio e regras, o grau de comprometimento da imparcialidade judicial pelas iniciativas probatórias oficiais. A dogmática, porque lida com textos de direito positivo, não detém o aporte metodológico adequado para abordar a questão. A psique dos juízes não é a "região ôntica" própria da dogmática jurídica; enfim, não é a CF, o CPC e as leis processuais extravagantes que responderão se a capacidade de discernimento decisório dos juízes fica total ou parcialmente afetada quando ele ordena provas sem requerimento das partes.[67]

Nessa linha, demonstrando como o direito processual não fornece instrumental suficiente para lidar com essas espécies de quebra de imparcialidade, Diego Crevelin de Sousa pontua que essa dimensão da garantia pode ser abalada de forma conscientes declaradas, conscientes não declaradas e inconscientes. Segundo o autor,

> no caso das quebras conscientes declaradas, presente quando o juiz manifesta expressamente que auxilia ou prejudica uma das partes, o que caracteriza a parcialidade é a declaração do juiz, e não a efetiva afetação psíquica. Bem vistas as coisas, nesses casos é absolutamente irrelevante saber se o juiz realmente é parcial, isto é, se o que ele declarou realmente corresponde aos seus desígnios intrapsíquicos. A declaração, por si só, caracterizará a suspeição (parcialidade). No caso da quebra consciente não declarada, o juiz auxilia ou prejudica uma das partes sem dizê-lo expressamente. Como visto, a sugestão da doutrina majoritária é que o controle se faça pela vinculação do ato do juiz ao contraditório e à fundamentação das decisões. É como se, ao sonegar o contraditório o juiz

[67] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90, 2015, p. 160.

> desse indício de que é parcial, e que, obedecendo o contraditório, na fundamentação ele invariavelmente acabaria deixando transparecer sua parcialidade. Mas ainda que a vinculação forte ao contraditório e à fundamentação das decisões dificulte e constranja a prolação de decisões aberrantes, basta um pouco de habilidade para, no seio do jogo de linguagem, maquiar as verdadeiras intenções sob uma astuta articulação de significantes que neutraliza a identificação de parcialidade deliberada. Finalmente, no caso das quebras inconscientes, sequer o juiz se dá conta da distorção cognitiva e, dificilmente, haverá dado externo que permita a sua identificação. Portanto, ainda que não se admita que a prática de determinados atos sempre abala a imparcialidade do juiz, é certo que a verificação caso a caso não pode ser feita pelos instrumentos próprios do direito. Desse modo, percebe-se que o controle da imparcialidade, tal como hodiernamente realizado, não passa de um ingênuo exercício de especulação, uma excentricidade puramente intuitiva e retórica.[68]

Assim, embora seja comum a afirmação de que nos casos de suspeição o que se tem é a quebra da imparcialidade subjetivo-psíquica do juiz, a verdade é que não importa se, naquelas hipóteses, houve, de fato, inclinação do juiz em favor ou contra uma das partes. Tanto nos casos de impedimento como nos de suspeição, basta comprovar objetivamente uma das hipóteses previstas em lei para que o juiz seja considerado suspeito. A análise é objetiva. É o que afirma Mateus Costa Pereira: “tanto no impedimento quanto na suspeição, são suficientes a alegação e a prova de qualquer das causas descritas no arts. 144/145 ou 147, havendo automática quebra de imparcialidade”.[69]

Tudo isso demonstra que é muito mais promissor o controle da imparcialidade pelo aspecto objetivo.

Quanto à imparcialidade objetivo-funcional, ligada aos itens (i) e (vi), acima, fala-se no não exercício, pelo juiz, de função de parte. Como é terceiro imparcial, o juiz não pode exercer função de parte, afinal as funções de parte são daqueles que são interessados em determinado resultado. Por isso, as funções dos sujeitos parciais são aquelas que visam influenciar no resultado do processo, em determinado resultado, enquanto as funções do sujeito imparcial são aquelas que não se dirigem a influenciar no resultado do processo, nenhum resultado.

---

[68] SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. Fórum. 2016, p. 61.

[69] PEREIRA, Mateus Costa. Dos Impedimentos e da Suspeição. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016, p. 236-237.

A ideia básica aqui é que o juiz não pode exercer função de parte. Se o juiz não é parte não pode exercer função de parte. O que é bastante natural, afinal as partes não podem exercer função de juiz. Nas palavras de Fermín Canteros

> La característica de la "impartialidad" del juez indica que éste, amén de no tener interés en el resultado del litigio, debe no ser parte procesal. Impartialidad significa no ser parte. Y esto parece una verdad de perogrullo: si el juez es juez, entonces, no es parte. Pero atención: si el juez no es parte, parece obvio –como lo señala Alvarado Velloso – que no puede ni debe hacer las cosas que hacen las partes, pues si lo hace, deja de actuar como juez y pasa a ocupar el lugar de parte procesal, actuando como ella. Así como las partes no pueden hacer las actividades propias del juez, y por tanto, no resuelven, el juez no puede ni debe cumplir las actividades propias de las partes.[70]

Portanto, toda vez que o juiz exerce uma função de parte está violada a garantia da imparcialidade. Não porque, subjetivamente, em seu âmbito psíquico, esteja agindo com a intenção de beneficiar ou prejudicar uma das partes. Essas questões sequer são levadas em consideração. O juiz é parcial porque exerceu função de parte. Fala-se em parcialidade objetiva porque basta esse dado objetivo da realidade, ele ter exercido função de parte, sem nenhuma cogitação sobre sua psique, para que se considere violada a garantia.

Quanto à imparcialidade objetivo-cognitiva, por fim, consiste na necessidade de o juiz exercer suas funções judicantes livre de atalhos decisórios simplificadores e previsíveis, e, por isso, evitáveis, geradores de quebras inconscientes de imparcialidade. Cuida-se da necessidade de controlar o enviesamento judicial.

Note-se que aqui o problema não é o juiz exercer função de parte. Ele exerce função de juiz, mas o faz, e esse é o problema, de modo enviesado. Estudos empíricos de psicologia cognitiva comportamental dão força científica a inúmeras hipóteses de

---

[70] Tradução livre: A característica da "imparcialidade" do juiz indica que este, além de não ter interesse no resultado do litígio, não deve ser parte no processo. Imparcialidade significa não ser parte. E isso parece um truísmo: se o juiz é juiz, então ele não é parte. Mas atenção: se o juiz não é parte, parece óbvio - como Alvarado Velloso aponta - que ele não pode e não deve fazer as coisas que as partes fazem, porque se o fizer, ele deixa de agir como juiz e toma o lugar de parte processual, agindo como tal. Assim como as partes não podem fazer as atividades do juiz e, portanto, não resolvem, o juiz não pode e não deve executar as atividades próprias das partes. CANTEROS, Fermín. Garantismo Procesal vs Activismo Judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**. n. 99. Belo Horizonte. Fórum. 2017, p. 179.

quebras cognitivas que antes até eram intuídas, mas que, sem anteparo científico, caíam em desprestígio.

Para ficar com um exemplo, a doutrina, com base em intuição, já vem se posicionando no sentido de que o juiz que tem contato com a prova ilícita não pode julgar. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart posicionam-se nesse sentido, haja vista a impossibilidade de assegurar a descontaminação psíquica do juiz que teve contato com a prova ilícita:

> O problema é saber como realizar tal descontaminação. É certo que se o tribunal, ao reconhecer a ilicitude da prova, deve afastá-la, outro julgamento deverá ser feito pelo juízo de primeiro grau. Mas, se o julgamento voltar a ser feito pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita, certamente existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente. Não se quer dizer, note-se bem, que o juiz que se baseou na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que inexistam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita. Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e, assim, algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena, ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença anterior.[71]

Esse entendimento está correto, ainda que amparado apenas em razoável intuição. Agora, com base em estudos de psicologia cognitiva e economia comportamental, recomenda-se, fortemente, que o juiz que teve contado com a prova ilícita não deve julgar, pois pode incidir o que se denominou viés de ajuste e ancoragem, espécie de processo mental que se fundamenta na realização de uma estimativa, por parte do sujeito, a partir de um valor inicial, que progressivamente é ajustado à medida que se obtém informação adicional. Assim, o juiz que tem contato com a prova ilícita tende, inconscientemente, a valorar o acervo probatório com base na prova ilícita ou tende a fazer valorações que talvez não fizesse se não tivesse acessado aquela prova.

---

[71] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção.** 3ª Ed. São Paulo: RT. 2015, p.312.

É com base nesses estudos, portanto com lastro científico e não apenas uma sadia intuição, que Eduardo José da Fonseca Costa chega ao mesmo resultado. O autor relata estudos realizados nos Estados Unidos da América:

> Em relação a essa propensão, é célebre o experimento levado a cabo com juízes profissionais norte-americanos. A um primeiro grupo, formado por 66 juízes, foi descrita uma demanda indenizatória proposta perante um tribunal federal (já que demandante e demandado residiam, no caso descrito, em estados diferentes), na qual o autor teria sido atropelado e confinado a uma cadeira de rodas para toda a vida; todavia, aqui o autor não especificou na petição inicial a quantia exata pretendida. Em contrapartida, a um segundo grupo, composto por 50 juízes, se ofereceu o mesmo caso; porém, acrescentou-se um detalhe: a empresa demandada arguiu uma exceção de incompetência alegando que o caso não superava os 75.000$ necessários para que o caso estivesse sob a competência de um Tribunal federal. Pois bem. Embora o dano causado ao ator fosse muito superior a 75.000$ (e embora a menção a essa cifra pela empresa demandada devesse ser irrelevante para o deslinde da causa), a indenização média fixada pelos juízes do primeiro grupo foi de 1.250.000$ (sem ancoragem), enquanto que a indenização média arbitrada pelos magistrados do segundo grupo foi de 888.200$ (com ancoragem), o que supõe uma diferença significativa de mais de 40%. Como se não bastasse, estudos mostram que essa propensão cognitiva está à base da dificuldade que os juízes e os jurados têm de ignorar a prova ilícita, embora saibam que devam fazê-lo. Uma confissão obtida ilicitamente é praticamente impossível de ser ignorada. Às vezes, a prova levada à apreciação pode ser considerada inadmissível, pois foi obtido ilegalmente, é considerada um boato, é altamente prejudicial, ou é problemática por algum outro motivo. Quando prova inadmissível é apresentada ao tribunal do júri, os juízes profissionais podem instruir os jurados a desconsiderarem ou ignorarem. No entanto, muitos estudos têm demonstrado que a capacidade do jurado de desconsiderar uma prova inadmissível é questionável na melhor das hipóteses. Por exemplo, Anthony Doob e Hershi M. Kirshenbaum mostraram que júris simulados eram mais propensos a classificar um réu como culpado quando lhes eram expostos os registros de antecedentes criminais do que quando esses registros não lhes eram revelados, mesmo quando eram instruídos pelo juiz a não tomá-los em consideração como indicadores de culpa. Outro estudo empírico mostrou resultados semelhantes, em que as decisões dos jurados não pareciam afetadas pelas instruções para que se desconsiderassem ou ignorassem provas inadmissíveis; na verdade, demonstrou-se aqui que, não raro, ocorre o chamado backfire effect, ou seja, "o tiro saiu pela culatra": os jurados tendem ainda mais a apoiar-se numa informação inadmissível tão logo são instruídos a ignorá-la. Outro estudo revela que a reação dos juízes profissionais experientes em relação à prova ilícita não é diferente da reação dos jurados leigos e inexperientes, não obstante os primeiros costumem assumir a capacidade especial de controlar suas reações subjetivas diante desse tipo de prova.[72]

Tentou-se, por meio da lei n. 11.690/2008, inserir o § 4º do art. 165 do Código de Processo Penal, segundo o qual "o juiz que conhecer do conteúdo da prova

---

[72] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 187f. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016, p. 111-113.

declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão". No entanto, o dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República sob o argumento de que tal inovação iria de encontro à simplicidade e celeridade do processo. Mas isso não tem impedido a doutrina de defender que o juiz que teve contato com a prova ilícita não deve julgar, posicionamento com o qual se concorda.

Outro viés cognitivo que pode incompatibilizar o exercício de função judicante pelo juiz, em razão do risco de quebra de imparcialidade objetivo-cognitiva, é o viés de grupo. O viés de grupo provoca o erro de se valorar do mesmo modo, para bem ou para mal, todas as condutas de sujeitos tão somente por pertencerem a determinado grupo. De acordo com Eduardo José da Fonseca Costa:

> [...] num estudo realizado em 2010, Moses Shayo e Asaf Zussman confirmaram a influência da propensão de grupo com base em 1.748 decisões judiciais reais proferidas entre 2000 e 2004, em casos civis entre litigantes particulares, por juizados de pequenas causas israelenses [small claim courts], onde é efetivamente aleatória a distribuição de um caso a um juiz árabe ou a um juiz judeu; 31% dessas decisões foi proferida por juízes árabes e o restante por judeus (obs. 1: nesse período, Israel contava com aproximadamente 1,25 milhão de árabes, o que equivalia a 20% de sua população; obs. 2: à época, esses juizados julgavam casos civis entre litigantes privados com valor da causa até 17.800 novos shekels israelenses, algo equivalente a US$ 4 mil). De acordo com as conclusões desse trabalho, uma demanda teria de 17% a 20% mais chance de ser aceita se o juiz encarregado do assunto pertencesse à mesma etnia do demandante. Ademais, o estudo revela que o influxo do viés de grupo aumentou substancialmente na proporção do número de atentados terroristas perpetrados na circunscrição do juizado no ano anterior ao da resolução judicial, afetando juízes tanto de etnia judia quanto árabe: juízes árabes passaram a proferir mais sentenças favoráveis a demandantes árabes, ocorrendo exatamente o mesmo com os juízes judeus em relação aos litigantes de sua etnia. O influxo dessa propensão em recentes pronunciamentos judiciais deve colocar-nos em guarda, pois, como no resto das disfunções cognitivas, o Tribunal se distancia do discurso racional e se deixa levar por intuições enviesadas em alguns casos extraordinariamente grosseiros.[73]

Um exemplo de viés de grupo que pode se verificar no dia-a-dia do foro é a tendência de os juízes supervalorizarem os laudos dos peritos oficiais em detrimento daqueles elaborados pelos assistentes técnicos trazidos pelas partes. O viés de grupo fica nítido quando se dá maior importância ao trabalho do perito oficial ainda que a técnica por ele empregada não se mostre a mais sofisticada e que ele tenha

---

[73] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 187f. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016, p.

deixado de lado informações relevantes. Em alguma medida, o novo Código de Processo Civil contém dispositivos que amenizam esse enviesamento. O art. 471 permite que as partes escolham, de comum acordo, o perito, e o art. 156, § 1º, prescreve que o juiz nomeará peritos entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado, e não mais, como era regra ao tempo do CPC/73, aqueles de sua confiança pessoal, cadastrados na serventia do juízo, hipótese que hoje fica limitada às localidades onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, obrigatória a indicação de profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia, conforme prescreve o art. 156, § 5º.

Esses são apenas alguns exemplos de vieses cognitivos capazes de gerar quebras objetivo-cognitivas de imparcialidade e para os quais o jurista deve estar atento em razão da necessidade de preservar a garantia em toda a sua extensão.

Diante do exposto, quando se fala em imparcialidade, inclusive para analisar se a prova de ofício viola ou não essa garantia, é necessário perceber que não se pensa apenas no seu sentido subjetivo-psíquico, mas também, e principalmente, nos sentidos objetivo-funcional, isto é, saber se produzir prova de ofício é função do juiz, e objetivo-cognitivo, a saber, verificar se essa função não tem potencialidade para gerar quebras sistemáticas previsíveis e evitáveis de imparcialidade, até porque é nessas últimas duas dimensões que o tema pode ser tratado com cientificidade e racionalidade.

3. PROVA

3.1. DEFINIÇÃO E FUNÇÃO

Prova é o elemento de convicção do juiz. Os órgãos julgadores, monocráticos e colegiados, têm a função de solucionar conflitos à luz do direito e das provas apresentadas, decidindo tanto sobre os fatos como sobre o direito. Vale dizer, o juiz interpreta tanto os fatos quanto o direito. Interpretar é atribuir sentido. Assim, o juiz atribui sentido aos fatos e ao direito. Ele atribui sentido aos fatos mediante análise das alegações das partes à luz das provas produzidas, e atribui sentido ao direito pela consideração dos fundamentos das partes em face das normas jurídicas, da doutrina, da jurisprudência etc. Assim, parece correto dizer que, sobre o direito, a decisão deve ser correta, ou seja, conforme a totalidade da ordem jurídica, ao passo em que, sobre os fatos, a decisão deve ser verdadeira, ou seja, de acordo com aquilo que realmente aconteceu. A função dos argumentos fáticos e das provas é demonstrar que a decisão reflete a versão mais verídica possível dos acontecimentos, enquanto a função dos argumentos jurídicos é demonstrar a decisão e correção. É para isso que o juiz interpreta os fatos e o direito.

Contudo, toda essa atividade deve ser realizada dentro da legalidade. Ou seja, o juiz não pode interpretar os fatos e o direito livremente. A interpretação dos fatos está submetida às provas e a do direito ao ordenamento.

3.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Em geral, as leis processuais disciplinam o direito probatório, indicando tanto regras gerais quanto específicas, minudenciando cada tipo de prova em espécie.

A título de exemplo, o Código de Processo Civil apresenta regime probatório nos arts. 369 a 483, sem prejuízo de outras regras espalhadas ao longo de suas disposições, ocorrendo o mesmo com o Código Civil, que contém regras gerais (arts. 212 a 232) e específicas (*v.g.* arts. 1.543 a 1.547) sobre provas.

Nesses termos, parece clara a existência de um direito à prova. Não fosse assim, faltaria razão para existir dispositivos consagrando e disciplinando o direito probatório.

Mas é importante verificar se tal direito possui um fundamento constitucional. Afinal, se houver, eventuais restrições a ele deverão gozar de justificativa perante a ordem constitucional, sendo clara a relevância desse ponto para o objeto deste estudo.

Nenhum dispositivo da Constituição reconhece expressamente um direito à prova. Há regra de exclusão, presente no art. 5º, LVI, segundo o qual, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Falta, porém, uma disposição positiva, reconhecendo expressamente o direito à prova.

Nada obstante, a doutrina é unânime em reconhecer o *status* constitucional do direito à prova, a ponto de dizer que há um direito fundamental à prova.

Como adverte Cândido Rangel Dinamarco, "a imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal"[74].

Especificamente, situa o direito à prova como um corolário da garantia do contraditório: "para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*"[75].

Concorda-se com tal entendimento, sobretudo porque hoje o contraditório é entendido como garantia de informação, reação, influência e não surpresa[76].

---

[74] DINAMARCO, Cândido Rangel. Segunda Perícia e Direito à Prova. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. V. I. Malheiros. 2001, p. 463.
[75] Idem. O Princípio do Contraditório e sua Dupla Destinação. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Ed. Malheiros. 2001, p. 126.
[76] A propósito, conferir: THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Forense. 2015, p. 83-116.

O processo é dialógico, estrutura-se por uma lógica dialética. A formulação *tese-antítese-síntese* se faz presente, em suma, pela postulação de uma parte (*tese*), pela resistência da outra (*antítese*) e pela decisão do juiz (*síntese*). O caráter dinâmico do processo e, consequentemente, do contraditório, faz com que nem sempre a *tese* seja apresentada pelo autor e a *antítese,* pelo réu, embora a *síntese* sempre caiba ao juiz. De todo modo, a estrutura dialética sempre estará presente.

Resumidamente, o processo se inicia com a postulação do autor. Ali ele já exerce parcialmente o contraditório, pois apresenta alegações, eventuais provas e formula pedidos, visando convencer o juiz das suas razões (*tese*). Por outro lado, o réu só poderá exercer semelhantes situações jurídicas processuais quando tiver ciência da postulação do autor. Tal é a manifestação do contraditório como *informação*. E apenas depois disso é que o réu poderá exercer o contraditório, apresentando alegações, pedidos e provas, visando convencer o juiz das suas razões (*antítese*). Eis aí o contraditório como *reação*. Como dito, nada impede que o réu alegue fato novo, quando se terá uma *tese* que deverá ser submetida à reação do autor, para apresentação da sua *antítese*.

Mas o contraditório não é exercido plenamente apenas com as garantias de informação e reação. Elas são fundamentais, mas insuficientes. A manifestação tem de ser tal que oportunize uma efetiva capacidade de influir no convencimento do juiz, ou seja, as alegações e provas das partes devem ser consideradas detida e expressamente pelo juiz em sua decisão. Eis o contraditório como garantia de *influência*. Esse contraditório efetivo pode ser lido, com Ovídio Baptista da Silva, como exigência de que o juiz forneça respostas às postulações das partes:

> tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar as suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter "respostas" para suas alegações e provas[77].

[77] SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Forense. 2008, p. 152.

Importante notar que não se mostra suficiente a indicação, pelo juiz, das razões do seu convencimento, tendo ele de explicitar, igualmente, as razões pelas quais não se convenceu dos argumentos e provas contrários ao da solução vencedora. Principalmente porque a exigência encontra-se positivada no art. 489, § 1º, IV, CPC, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". Em suma, o julgador deve explicitar a valoração do labor argumentativo e probatório tanto do vencedor quanto do vencido.

Nota-se uma forte conexão entre o contraditório e o dever de fundamentação, pois aquele exige que esta abranja toda a atividade das partes, expressando se e como elas influíram no convencimento do julgador. Daí Daniel Mitidiero afirmar que "o dever de motivação das decisões judiciais é *inerente* ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes"[78]. E acrescenta:

> o problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do contraditório. É por essa razão que o nexo entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele emana[79].

De fato, sem que o juiz responda a atividade postulatória das partes não se tem como saber, efetiva e objetivamente, a extensão da influência delas na formação do seu convencimento. Não se trata de confiar ou não no juiz, mas da necessidade de que ele exerça seu poder legitimamente, dentro dos limites constitucionais, sendo a motivação um limite ao exercício do poder jurisdicional.

> No exame de casos particulares, com ou sem aplicação desses parâmetros aproximativos, um critério fundamental deve prevalecer, que é o do *dever de motivação como elemento de limitação ao poder do juiz.* É inerente à garantia constitucional do devido processo legal a oposição de limites ao poder estatal como um todo, que o juiz exerce *sub specie jurisdicionis.* Decidir sem fundamentar suficientemente é exercer o poder sem dar atenção às partes e aos órgãos superiores da Magistratura, a quem compete, pela via dos recursos que lhe chegam, examinar os motivos

[78] MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. *in* **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR – org. MARINONI, Luiz Guilherme. 2ª Ed. Jus Podivm, 2012, p.125.
[79] Ibid., p. 126-127.

> expostos e se pronunciar sobre eles – seja para confirmá-los, seja para repudiá-los. E isso, como chega a ser intuitivo, não só viola as exigências de motivação postas pela lei e pela Constituição, como ainda desconsidera as exigências do *due process of law*[80].

Consequência de tudo isso é a absoluta impossibilidade de o juiz decidir qualquer questão antes de submetê-la à manifestação das partes. Isso vale para questões incidentes e principais, inclusive aquelas cognoscíveis de ofício. Não se pode confundir o fato de uma questão poder ser decidida de ofício com o fato de ela poder ser decidida sem antes ouvir as partes. O fato de que determinadas questões só podem ser decididas pelo juiz se for provocado pelas partes não autoriza concluir que ele pode decidir as questões cognoscíveis de ofício sem antes provocar a manifestação das partes. Fredie Didier Jr explora esse ponto:

> E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes,* que não lhe é permitido[81] (destaques do original).

Trata-se do contraditório como garantia de *não surpresa*, positivado no art. 10, CPC:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em síntese, salta-se da dimensão meramente formal do contraditório como bilateralidade da audiência, ou seja, como *informação e reação*, para a dimensão substancial do contraditório, compreendido também como *influência* e *não surpresa*.

Assim, é possível compreender o direito à prova como corolário do contraditório substancial, afinal a prova é elemento de influência por excelência. Daí o contraditório como garantia de influência ser o fundamento constitucional do direito à prova. Mesmo porque, sem provas a parte exerce pouca ou nenhuma influência sobre o convencimento do juiz. Daí não se pode pensar em dimensão substancial do contraditório sem que nisso esteja inserido o direito à prova.

---

[80] DINAMARCO, Cândido Rangel. O Dever de Motivar. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Ed. V. II. Malheiros. 2001, p. 1080.
[81] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 17ª Ed. Jus Podivm. 2015, p. 81.

É precisamente este o entendimento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael de Alexandria Oliveira: "o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova também é um direito fundamental"[82]. Referidos autores também ensinam que o direito à prova compõe-se das seguintes situações jurídicas:

> a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida[83].

Assim, fica fora de dúvida o fundamento constitucional do direito à prova[84].

Vale ressaltar, ainda, o claro fundamento supralegal do direito à prova. Com efeito, julgando o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, o STF decidiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e vigentes em nossa ordem jurídica interna gozam de *status* de supralegalidade, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição[85]. Como o direito à prova está consagrado em dois tratados

---

[82] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 46.
[83] Ibid., p. 47.
[84] No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. RT. 2014, p. 743-750.
[85] Eis a ementa do referido julgado: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 04-06-2009. PUBLIC 05-06-2009). A questão do *status* supralegal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos está bem colocada no voto do Ministro Gilmar Mendes, cuja leitura se sugere, transcrevendo-se apenas o seguinte trecho: "O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo - identificado pelo Professor Peter Haberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais-, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latino-americana. Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latino-americano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos".

dessa natureza vigentes na ordem jurídica brasileira interna, a saber, no art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incorporado pelo Decreto 678/92, e no art. 14.1, alínea "e" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado no Brasil pelo Decreto 592/92[86], conclui-se que a prova goza de condição supralegal no direito brasileiro. Se o direito à prova não tivesse assento constitucional, eventuais restrições a ele somente se justificariam à luz de normas supralegais.

Feitas essas considerações, tem-se claramente postos o fundamento constitucional do direito à prova e seu conteúdo.

De acordo com Eduardo Cambi, o direito fundamental à prova tem por finalidade o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Escreve o autor:

> nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam', influindo, assim, no convencimento do julgador[87].

Registre-se que o direito fundamental à prova não é absoluto. O sistema possui inúmeras exceções ao direito à prova, seja em nível constitucional, como é o caso do já citado art. 5º, LVI, CF/88, que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos[88], seja em nível infraconstitucional, como é o caso das regras sobre o

---

[86] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 46.

[87] *apud* DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 47.

[88] O tema da proibição da prova obtida por meios ilícitos é rico e palpitante, impossível de ser abordado nesse trabalho em razão dos seus próprios objetivos e limites. Para uma visão panorâmica desse assunto, recomenda-se a leitura de: NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro.** RT. 2017, p. 208-221. Apenas para ilustrar a riqueza do assunto, se transcreve duas passagens da referida obra: "A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa de exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova, antes de ser ilícita, é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional à inviolabilidade da intimidade, previsto na CF 5º X, que, como já se disse, não é direito absoluto" (cit. p. 209). Noutra passagem, elogiando decisão proferida pelo STF, escrevem os autores: "houve, no sistema constitucional anterior, decisão do STF negando eficácia à prova obtida ilicitamente. Com fundamento nessa decisão, tem-se generalizado a opinião de que, em ação de separação judicial, não pode ser feita prova de adultério por meio de gravação obtida por um dos cônjuges. (...) o caso encerrava hipótese em que o marido, já separado de fato da mulher, ingressara indevidamente na intimidade dela, que era a única assinante da linha telefônica, fazendo gravações

momento de produção da prova, que fixam preclusão, e das restrições de determinados tipos de provas em certos procedimentos (*v.g.* o procedimento do mandado de segurança, que não admite prova diversa da documental).

Antes, porém, se faz necessário definir qual é o objeto da prova.

Seria possível pensar que o objeto da prova são os fatos. Sem razão, porém. O objeto da prova são as alegações de fato, e não os fatos mesmos. A lição é de Cândido Rangel Dinamarco:

> O objeto da prova é o *conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos*. Fazem parte dele as *alegações* relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos. Sabido que o vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa *bom, correto, verdadeiro*, segue-se que *provar* é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O *fato* existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mendazes. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de *prová-las*, ou seja, demonstrar que são boas e verazes[89].

Dito isto, resta saber quais alegações de fato podem ser objeto de prova.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao vedar a prova obtida por meios ilícitos, *a contrario sensu* a Constituição autoriza a admissão de qualquer prova lícita, assim por eles compreendida aquela que recai sobre alegação de fato controvertida, pertinente e relevante. Veja-se:

> Uma prova é *admissível* quando a alegação de fato é *controvertida*, *pertinente* e *relevante*. A alegação é *controvertida* quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É *pertinente* quando diz respeito ao mérito da causa. E é *relevante* quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas *qualidades objetivas,* o juiz tem o dever de admitir a produção da prova[90].

---

clandestinas sem o conhecimento da mulher. A violação da intimidade foi patente e agiu com inteiro acerto o Pretório Excelso ao execrar a prova ilicitamente obtida" (cit. p. 213).

[89] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** V.III. Malheiros. 2009, p. 57.

[90] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. RT. 2014, p. 744-745.

Embora apresente menor relevância prática, diga-se que também pode ser objeto de prova o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376, CPC). Ou seja, a parte que invocar tais direitos tem o ônus de prová-lo[91]. A invocação do direito local ou estrangeiro exige o ônus de comprovar a sua vigência[92]. O direito consuetudinário não possui vigência formal, razão pela qual deve ser demonstrado por todos os meios de prova em direito admitidos. A caracterização do direito consuetudinário depende da cumulação de dois elementos: o uso e a *opinio juris necessitatis.* A propósito, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> O uso é caracterizado pela prática reiterada de um ato no seio da sociedade. Essa prática deve estar incorporada na vida social, e, por isso, além de *pública*, obviamente não pode ser *episódica* e proveniente apenas de *algumas pessoas*. A *opinio juris necessitatis* consiste na convicção da necessidade da prática do ato para a obtenção de um efeito jurídico, ou seja, na convicção social da *necessidade jurídica* da prática do ato[93].

Feita essa observação, importa concentrar na afirmação de que o objeto da prova é a alegação de fato controvertida, pertinente e relevante.

3.3. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Neste item se verá como a prova deve ser produzida.

A doutrina ensina que o procedimento probatório possui quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração da prova.

Na fase de proposição, a parte requer a produção de determinado meio de prova. Na fase de admissão, o juiz decide se a prova requerida tem por objeto alegação de fato controvertida, pertinente e relevante, deferindo a sua produção em caso positivo, e indeferindo em caso negativo. Na fase de produção da prova, desenvolve-se o procedimento previsto em lei (*v.g.* a juntada do documento, a realização da perícia, a oitiva da testemunha etc.). E na fase de valoração das

---

[91] O STJ já decidiu que o juiz tem o dever de conhecer o direito do Estado e do Município em que tramita a demanda: REsp 98.377/DF, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.03.1998, DJ 03.08.1998, p. 84).

[92] Sobre a noção de ônus da prova, consultar: COUTO, José Camilo D'Ávila. **Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil. Teoria e prática.** Juruá. 2014. Em especial o capítulo 1, p. 17-47.

[93] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 3ª Ed. RT. 2015, p. 155-156.

provas, que se faz na decisão, o juiz atribuirá o valor que a prova exerceu sobre o seu convencimento[94].

Aqui, duas observações devem ser feitas.

Primeiro, a identificação das fases de proposição e de admissão da prova, aquela a cargo das partes e esta do juiz, pode dar a impressão de que apenas provas requeridas pelas partes podem ser produzidas no processo. Não é assim, ao menos em princípio, pois o art. 370, CPC, é expresso no sentido de que o juiz tem poderes instrutórios, ou seja, pode determinar a produção de provas de ofício independentemente de requerimento das partes. A questão é saber se as partes participam, em contraditório, das fases de proposição e de admissão da prova quando ela é determinada oficiosamente pelo juiz. Essa questão será tratada no item 4.1, abaixo, onde serão expostos os argumentos favoráveis à produção de provas de ofício.

Segundo, costuma-se dividir a estrutura do procedimento de conhecimento nas fases postulatória, instrutória e decisória. A primeira seria a fase em que as partes apresentam suas alegações – o autor, a petição inicial, e o réu, a contestação –, a segunda aquela em que são produzidas as provas e a terceira aquela em que o juiz julga, dialogando com todos os argumentos e provas. Isso não deve conduzir à conclusão de que o momento de produção da prova é sempre a fase instrutória. Em regra, a prova documental deve ser produzida já na fase postulatória, tanto pelo autor, na inicial, como pelo réu, na contestação (art. 434, CPC), só se admitindo a juntada posterior de documentos novos (art. 435, CPC), inclusive em grau de recurso. Ademais, é possível a produção antecipada de provas, com ou sem urgência (art. 382, CPC).

A rigor, na determinação da produção da prova de ofício as fases de proposição e admissão não são completamente suprimidas, pois o juiz que a ordena realiza tais atividades introspectivamente, ou seja, ele mesmo propõe e admite a prova. Nota-se que a ordenação de prova de ofício reduz o espaço de participação das partes, que

---

[94] Por todos, conferir: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 82-83.

não propõem nem se manifestam sobre a admissibilidade da referida prova nas fases de proposição e admissão da prova, em relação às quais as partes são rebaixadas de partícipes para meras destinatárias da tutela jurisdicional. Sem falar do ponto mais grave, qual seja, o juiz, ao fazê-lo, exerce função típica de parte, o que configura violação da imparcialidade objetivo-funcional ou impartialidade. Cabe aqui ressaltar que o objetivo deste trabalho é justamente analisar a iniciativa probatória de ofício e suas consequências acerca da imparcialidade do juiz sobre as decisões por ele proferidas, sendo certo que a imparcialidade é fenômeno multifacetado, tem dimensões subjetiva e objetiva, e a violação de qualquer delas proíbe a atuação do juiz.

Com esses reparos, pode-se acolher a relevância didática da divisão das fases do procedimento probatório entre fase de proposição, de admissão, de produção e de valoração.

Para ilustrar a divisão dessas fases do procedimento probatório, imagine uma demanda em que se pede indenização por dano estético causado por erro médico. Nessa hipótese, o autor indicará, já na inicial, seu interesse em produzir prova pericial (art. 319, VI, CPC). Se o réu, em contestação, negar o fato constitutivo do direito do autor, alegando não ter cometido qualquer erro, sendo a cicatriz resquício inexorável do procedimento médico necessário à preservação da vida do autor, o autor requererá a produção da prova pericial (fase de proposição), que, como recai sobre alegação de fato controvertida, pertinente (diz respeito ao mérito) e relevante (verificar se a cicatriz é resquício natural ou de erro médico importa à elucidação dos fatos), deverá ser admitida (fase de admissão). Na sequência, haverá a definição do perito por nomeação do juiz (art. 465, CPC) ou acordo entre as partes (art. 471, CPC), seguida do procedimento legal (arts. 465 e ss., CPC) até a efetiva realização do exame para detectar a causa da cicatriz reclamada pelo autor (fase de produção). Por fim, o juiz julgará o pedido examinando os argumentos e as provas, atribuindo o valor que coerentemente merecerem no caso concreto (fase de valoração).

A análise dos dispositivos legais que tratam da produção de prova indica que, em regra, ela deve ser produzida em primeiro grau. Tanto isso é verdade que uma das

finalidades da fase de saneamento é justamente a definição dos meios de prova admitidos (art. 357, II, CPC).

Assim, é possível sistematizar as fases processuais de tal modo: a fase postulatória inclui o momento em que o autor apresenta a petição inicial e o réu apresenta sua resposta; a fase instrutória inclui o momento que vai desde quando o juiz saneia o processo, define as provas que serão produzidas até a sua efetiva produção; e a fase decisória consiste no momento em que o juiz julga o(s) pedido(s) a ele submetido(s).

Todavia, algumas regras indicam a possibilidade de as provas serem produzidas a qualquer tempo, inclusive em grau recursal. É o caso da juntada de documento novo, nos termos do já citado art. 435, CPC, que prescreve:

> Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Portanto, não é correto excluir a possibilidade de produção de provas em segundo grau, ainda que essa não seja a regra.

Todavia, o conjunto probatório trazido aos autos pelas partes, pode não ser suficiente para o esclarecimento dos fatos para o proferimento de uma decisão, levando o juiz a determinar a prova de ofício. Essa situação poderá ocorrer tanto em primeiro quanto em segundo grau, visto haver algumas regras que permitem a produção de provas a qualquer tempo.

4. PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO E IMPARCIALIDADE

A questão dos poderes instrutórios do juiz é altamente controvertida na doutrina. Há posições extremadas a favor e contra, além de posicionamento intermediário, que os aceita com temperamentos.

4.1. CORRENTE FAVORÁVEL

Entre os defensores da concepção que admite os poderes instrutórios do juiz, um dos principais nomes é José Roberto dos Santos Bedaque, autor de clássica monografia sobre o tema[95].

Adotando o modelo instrumentalista de processo, diz que o estudo do direito processual deve obedecer a premissa de que o direito processual é um ramo autônomo do direito e se rege por princípios publicistas. Isso significa que o processo tem fins próprios, que se confundem com os fins do Estado, que são a manutenção da observância do ordenamento jurídico e o bem-estar da sociedade[96].

Tendo a aplicação correta das normas jurídicas como finalidade básica da jurisdição, afirma não ser aceitável que o juiz, por submissão a dogmas superados, decida quando os fatos não foram suficientemente demonstrados, sobretudo quando ainda for possível contribuir para a conformação do conjunto probatório[97].

Por essa razão, defende que o juiz deve assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário. A seu ver, ninguém melhor que o juiz para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova, já que é o seu destinatário. Advertindo que a verdade não pode ser o fim do processo, ressalta que o juiz só pode julgar quando estiver plenamente convencido[98].

---

[95] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed revista, atualizada e ampliada. RT. 2013.
[96] Ibid., p. 13-14.
[97] Ibid., p.15.
[98] Ibid., p.17.

Além disso, como considera o processo um instrumento para o atingimento dos fins do Estado que, para manter a paz e a harmonia social, tem atribuição específica de promover a atuação do ordenamento jurídico[99], o juiz tem tanto interesse quanto as partes no resultado do processo. Por essa razão, a concessão de poderes instrutórios ao juiz é uma consequência natural e impositiva:

> Se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral.[100]

Na mesma linha de argumentação, Moacyr dos Santos Amaral defende que a vontade dos litigantes não pode ser um empecilho à atividade instrutória oficial[101].

William Santos Ferreira afirma que o Estado, participando ativamente da relação jurídica processual, tem o poder-dever da solução do que lhe foi submetido a julgamento, precisando contar com instrumentos viabilizadores desta participação-julgamento. Em razão disto, um juiz *ativo* na instrução probatória não é um juiz parcial, porque seu móvel é o esclarecimento dos fatos voltados a garantir-lhe a convicção para julgamento fundamentado. Imparcialidade não significa distanciamento; a imediatidade, indica exatamente o contrário, é técnica voltada ao esclarecimento dos fatos por meio de instrução probatória dirigida diretamente por um juiz *ativo* e não um juiz pedra. Afirma ainda que um juiz pode ser tão ou mais parcial quando é negligente[102].

Conclui o autor que os deveres-poderes instrutórios do juiz não conduzem a um poder discricionário, muito ao contrário, a conduta judicial deve ser orientada por parâmetros minimamente seguros e eficientes, que devem contar com a colaboração, dotada de parcialidade das partes e dos demais partícipes do

---

[99] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.72.
[100] Ibid., p.73.
[101] Apud BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.19.
[102] FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p.240.

processo, contudo, a ausência ou insuficiência destas não o exime dos deveres-poderes instrutórios do juiz previstos no art. 130[103]-[104].

Com base nessas lições Mateus Costa Pereira conclui que para os instrumentalistas "os poderes instrutórios são tratados como inerentes ao ofício de julgar"[105].

Examinando a relação entre prova de ofício e imparcialidade, José Roberto dos Santos Bedaque entende que são plenamente compatíveis. Para o autor, os poderes instrutórios oficiosos não violam a garantia da imparcialidade porque quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. Assim, o juiz seria parcial se deixasse de ordenar a produção de uma prova capaz de esclarecer os fatos, cuja falta acabaria beneficiando a parte que não tem razão[106]. Pondera que para o juiz manter a sua imparcialidade na valoração da prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. Ou seja, o funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador, impedindo transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo[107]. Assim, o aumento dos poderes instrutórios não beneficia qualquer das partes, apenas proporciona apuração mais completa dos fatos[108].

José Carlos Barbosa Moreira e Michelle Taruffo, dois dos maiores processualistas ligados ao instrumentalismo processual, apontam o que poderíamos considerar um paradoxo. Se o juiz é parcial quando determina a produção de provas de ofício, então deve ser considerado igualmente parcial quando deixa de ordenar a produção da prova necessária à vitória de quem tem razão[109]. Na verdade, eles consideram

---

[103] correspondente ao art.370 do CPC/2015.
[104] FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p.247.
[105] PEREIRA, Mateus Costa. **Eles, os Instrumentalistas, Vistos por um Garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro. Data da Defesa: 18/06/2018. 279f. Tese (doutorado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018, p. 155.
[106] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.120.
[107] Ibid., p.125.
[108] Ibid., p.119.
[109] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves Consideraciones sobre algunas tendéncias contemporáneas del proceso penal". *In*: **Temas de Direito Processual** (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 217. TARUFFO, Michelle. **Uma Simples Verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 206.

isso um falso paradoxo, pois se é evidentemente falso que o juiz é parcial por se omitir, também é falso que seja parcial por agir.

Por consequência, e retomando as lições de José Roberto dos Santos Bedaque, os poderes instrutórios do juiz teriam relação com a igualdade material. Somente um comportamento ativo do juiz poderia permitir o tratamento igualitário, aquele que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, para equalizar suas desigualdades[110]. Partindo da premissa de que muitas vezes a inércia das partes na fase instrutória deve-se a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito[111], aponta que um dos meios para promover a igualdade entre as partes é a previsão para que o juiz participe efetivamente da produção da prova, exatamente para evitar que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo[112], independentemente da natureza disponível ou indisponível do direito nele discutido[113]. Assim, os poderes instrutórios do juiz são uma exigência do princípio da isonomia em seu sentido material, e visa garantir que o resultado dos processos seja justo[114].

Concordando que a prova de ofício não viola a imparcialidade do juiz, pois apenas visa suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência das provas das partes para possibilitar a formação do seu convencimento para o julgamento do mérito[115], Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que a participação do magistrado na determinação da prova não suprime, sim respeita a garantia do contraditório. Segundos autores, ao tomar a iniciativa probatória o juiz deve permitir que as partes se manifestem sobre a sua oportunidade, participem da sua produção e se manifestem sobre o seu resultado, assegurando ampla participação em contraditório e conferindo legitimidade ao processo[116]. Quando eles destacam a necessidade de o juiz permitir a manifestação das partes sobre a oportunidade da prova, querem com isso dizer que elas podem até mesmo convencer o magistrado a

---

[110] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.106.
[111] Ibid., p.106.
[112] Ibid., p.107.
[113] Ibid., p.114.
[114] Ibid., p.115.
[115] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. De acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.100.
[116] Ibid., p.100.

desistir da sua produção demonstrando-lhe, por exemplo, que ela não existe ou nenhuma relação tem com as alegações de fato que devem ser objeto de prova. Afinal, as partes "têm as melhores condições de saber quais provas devem ser produzidas"[117].

Embora Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também entendam que o contraditório deve ser assegurado às partes quando o juiz determina a produção de prova de ofício, sustentam que, em relação ao procedimento probatório[118], não ocorrem as fases de proposição e admissão, que são substituídas simplesmente pela fase de ordenação oficial das provas[119]. Aparentemente, para esses autores a participação das partes não inclui a fase que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart chamam de "exame da conveniência da prova", o juiz definiria, sozinho, sua pertinência e relevância, abrindo-se o contraditório para as partes nas fases de produção (participação na produção) e valoração (manifestação sobre seu resultado e ver essa manifestação considerada pelo juiz) da prova.

Em que pese o exposto, há quem defenda a possibilidade de flexibilização do contraditório nos casos em que o juiz determinar a produção de provas de ofício[120]. Para José Carlos Barbosa Moreira, "a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório"[121], podendo ser assim sempre que esse for o caminho apontado como o menor dos males por um sólido exercício de consciência do juiz. Nos seus dizeres:

> Embora seja preciso assegurar às partes a participação efetiva na atividade instrutória, às vezes tal atuação não se revela possível ou mesmo conveniente. A exigência do contraditório não pode impedir o juiz de buscar a solução justa para o caso concreto. Nesse momento, deve ele agir com prudência e bom senso.[122]

---

[117] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. De acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.
[118] Conferir o item 3.3 deste trabalho.
[119] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 82.
[120] Apud BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.171, nota 233.
[121] Apud BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.171, nota 233.
[122] Apud BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.170.

> Cabe ao juiz, no momento de agir, consultar sua consciência, e evidentemente, sem infringir à lei, verificar até que ponto ele pode estabelecer atenuações, ou compreensões mesmo, à garantia do contraditório, desde que se convença, solidamente, de que esse é menor dos males. Temos de adotar aí a velha ideia de que entre dois males é preciso, às vezes, escolher o menor deles.[123]

Isso pode ser visto em clássico episódio por ele mesmo relatado e protagonizado em sua atuação como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Tratava-se de ação de guarda de adolescentes durante as férias escolares em que José Carlos Barbosa Moreira resolveu, de ofício, entrevistar os menores, fazendo-o sem informar previamente as partes, nem oportunizar a sua presença ou de seus advogados no ato e sequer a sua manifestação posterior sobre o que fora relatado. O proceder é relatado com orgulho e satisfação:

> Lembro-me de um caso em que o fato de ter chamado os menores e tê-los ouvido me proporcionou uma das maiores satisfações que tive durante todo o período de exercício da judicatura. Tratava-se de saber se esses menores, que estavam à guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar as férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator, já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me – contrariando um pouco a praxe – a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes; afinal, tenho quatro filhos, e não é uma coisa inédita para mim conversar com adolescentes. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol. Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica “megera”. Eles preferiam tudo a passar as férias em casa dela. Os menores não eram parte do feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa. No dia da sessão do Grupo, evidentemente, expus o que tinha ouvido dos menores, e a solução foi reduzir ao mínimo possível a permanência deles em casa da “megera”.[124]

Observe-se que as partes tiveram suprimidas todas as posições ativas que decorrem do direito à prova (requerer, produzir, participar da produção, manifestar-se sobre a prova produzida e ver essas manifestações consideradas). Os demais Desembargadores tiveram acesso apenas ao relato de José Carlos Barbosa Moreira, nada mais. Somente ele e os adolescentes sabem o que se passou, onde,

---

[123] Apud BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p.171, nota 233.

[124] Apud DIAS, Luciano Souto. **O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável.** Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p.157.

quando, como e o que foi perguntado. Sem qualquer chance de se defender, uma das partes recebeu o adjetivo de “megera”, não sendo sequer possível saber, pelo que consta do texto, se esse juízo de valor foi feito expressamente pelos adolescentes ou apenas inferido por José Carlos Barbosa Moreira.

Pelo menos nos termos propostos por José Carlos Barbosa Moreira, o contraditório não pode ser compreendido como um mecanismo de controle da imparcialidade do juiz que determina a produção de provas de ofício. Até porque, ao menos em alguns casos, a participação das partes fica à mercê de um critério decisório completamente incontrolável. Nessas hipóteses, o juiz pode deixar de oportunizar o contraditório às partes quando, a partir de um “exame sólido de sua consciência”, entender que isso puder comprometer a sua missão de decidir com justiça. Possivelmente, é isso que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart pretendem evitar quando ressaltam a importância de a prova de ofício ser produzida em contraditório, mediante ampla participação das partes quanto à conveniência, produção e valoração da prova.

Por fim, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira são favoráveis à prova de ofício, mas apresentam uma visão restritiva dos casos em que o juiz poderia assim proceder[125].

Segundo os autores, a atividade probatória do juiz pode ser complementar ou substitutiva da atuação das partes. É complementar quando exercida apenas após a iniciativa das partes, quando o juiz ainda estiver em dúvida. É substitutiva quando seu agir é mais amplo e livre, não limitado à complementação do labor das partes.

Feita a distinção, os autores defendem que, em regra, a atuação do juiz pode ser apenas complementar à atuação das partes, uma solução que “privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade *complementar*”[126]. Isso porque, para eles, há um imperativo ético na busca da verdade, mesmo sabendo que essa não é a finalidade do processo. Por outro lado, a atividade instrutória do juiz “somente

---

[125] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 11ª ed. Jus Podivm. 2016.
[126] Ibid., p.94.

poderia ser *substitutiva* das atividades das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica)". Nesses casos, em razão da natureza dos interesses envolvidos, o interesse público impõe atuação mais ampla e livre do juiz na investigação das alegações de fato relevantes e pertinentes para o julgamento[127].

E suma, para os autores o juiz só pode determinar a produção de provas de ofício em caráter complementar à atuação das partes, salvo quando o caso envolver vulnerável, hipótese em que poderá determinar a produção de provas a qualquer momento.

Por fim, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ressaltam que as partes podem dispor expressamente do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante negócio jurídico processual com a parte contrária. Ressaltam que aqui não há inércia da parte, mas vontade manifestada de não se valer de determinado meio de prova, razão pela qual o juiz não poderia determinar a produção dessa prova, haja vista que, tanto na renúncia como na convenção o que se tem é negócio jurídico processual, o qual, sendo válido, vincula o juiz, tal como prescreve o art. 190, CPC[128]. Assim, por exemplo, "se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova"[129].

4.2. CORRENTE CONTRÁRIA

No extremo oposto, os autores ligados ao garantismo processual entendem que a produção de provas de ofício sempre viola a garantia da imparcialidade do juiz. Lembre-se que no item 2.3 foi visto que a imparcialidade pode ser compreendida em vários sentidos. Aqui, importam os sentidos objetivo-funcional, objetivo-cognitivo e subjetivo-psíquico, pois, segundo os autores ligados a essa corrente, todas essas dimensões da imparcialidade são violadas pela produção de prova de ofício pelo juiz.

---

[127] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. V.2. 11.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p.94.
[128] Ibid., p.94-95.
[129] Ibid. p, 95.

Como também se viu que a análise da imparcialidade objetivo-funcional antecede logicamente o exame da imparcialidade subjetivo-psíquica, haja vista que se aquela estiver ausente o juiz é parcial mesmo que a segunda esteja respeitada, ou seja, a ausência daquela prejudica o exame desta, esse capítulo examinará o argumento da violação da imparcialidade nessa ordem: primeiro a imparcialidade objetivo-funcional, depois a imparcialidade subjetivo-psíquica e, por fim, a imparcialidade objetivo-cognitiva.

Para Diego Crevelin de Sousa, as razões de justiça utilizadas na defesa dos poderes instrutórios do juiz são louváveis, mas incompatíveis com a conformação constitucional do contraditório e da imparcialidade em sentido objetivo-funcional. Ele entende que a produção de provas de ofício implica em violação da imparcialidade objetivo-funcional. Parte da compreensão do contraditório como situação jurídica processual relacional feita por Lúcio Delfino e Fernando Rossi[130]. Mas antes de chegar à ideia destes, é necessário recorrer ao fundamento do qual eles partiram.

Com efeito, tais autores se valem das lições de Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira[131], por sua vez amparados em Torquato Castro, segundo as quais a situação jurídica pode ser definida como "a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto"[132]. Os elementos constitutivos da situação jurídica são sujeito, objeto e posição de sujeito[133].

Na sequência, Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira insiste em Torquato Castro para informar que a situação jurídica, tipo de eficácia jurídica, pode ser de dois tipos, quais sejam, as *situações jurídicas uniposicionais*, que têm como objeto a qualificação da pessoa do sujeito a fim de invidivualizá-la, sob certos aspectos, perante a ordem jurídica (*v.g.* a personalidade jurídica, que se constitui na posição de um sujeito jurídico em face de um objeto jurídico que é a qualificação da

---

[130] DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Rossi. **Juiz Contraditor?** In: Revista Brasileira de Direito Processual. n. 82. Fórum. 2013, p. 242-243.
[131] DIDIER JR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Jus Podivm. 2011.
[132] Ibid. p. 118.
[133] Ibid. p. 118.

personalidade conferida pela norma ao sujeito), e as *situações jurídicas relacionais*, que contêm sujeitos diversamente posicionados, ostentando eles posições jurídicas opostas, mas coordenadas à consecução do objeto único. Dado relevante, o que diferencia esses dois tipos de situações jurídicas "é justamente a existência do elemento relação entre os sujeitos"[134].

Adaptando os conceitos à teoria dos fatos jurídicos processuais, dizem Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira que as situações jurídicas processuais podem ser classificadas do seguinte modo: "i) situações jurídicas processuais não relacionais; ii) situações jurídicas processuais relacionais"[135], havendo de comum entre elas o fato de que ambas constituem posições exercitáveis em um procedimento.

A partir daí Lúcio Delfino e Fernando Rossi perceberam que o contraditório é uma situação jurídica processual de tipo relacional. Em outras palavras, ele é previsto como eficácia jurídica da incidência do suporte fático (ou seja, do antecedente) do art. 5º, LV, CRFB. Basta ser litigante, em processo judicial ou administrativo (incidência do suporte fático ou antecedente), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica ou consequente). O contraditório é uma situação jurídica relacional que envolve, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o dever de assegurar aos litigantes o contraditório, e, de outro, os litigantes (demandante e demandado), que detêm o direito de exercer o contraditório.

Em outros termos, o contraditório pode ser encarado como a eficácia jurídica de cunho relacional, isto é, uma situação jurídica de perspectiva dupla (relação jurídica processual), porque engendra deveres para o Estado-juiz (situação jurídica passiva) e direitos para as partes (situação jurídica ativa)[136].

A partir dessa leitura, Diego Crevelin de Sousa defende que todas as situações jurídicas ativas decorrentes do contraditório são direitos exclusivamente das partes e as situações jurídicas passivas decorrentes do contraditório são deveres

---

[134] DIDIER JR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Jus Podivm. 2011, p. 122.
[135] Ibid., p. 122.
[136] DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Rossi. **Juiz Contraditor?** *In*: Revista Brasileira de Direito Processual. n. 82. Fórum. 2013, p. 242-243.

exclusivamente do juiz. Em outras palavras, apenas as partes são titulares dos direitos decorrentes do contraditório e apenas o juiz é titular dos deveres decorrentes do contraditório. Isso significa que todas as posições jurídicas que forem situações jurídicas processuais ativas serão direitos das partes e só poderão ser exercidas por elas, enquanto todas as situações jurídicas processuais passivas decorrentes do contraditório serão deveres do juiz e só poderão ser exercidas por ele[137].

É nessa dimensão que o contraditório se relaciona com a imparcialidade em sentido objetivo-funcional, ou seja, o contraditório atua como critério constitucionalmente adequado para definir, no processo, quais são as funções das partes e quais são as funções do juiz. Diego Crevelin de Sousa fala, então, que é possível pensar em medidas de controle e de limite da atuação jurisdicional. As medidas de limite definem quais são as funções do juiz, ou seja, “o que ele pode fazer”, já as medidas de controle definem o modo de exercício das funções do juiz, ou seja, “como ele pode fazer”. Os limites antecedem logicamente os controles[138].

Com tudo isso em consideração, ele passa a dialogar com aquela lição de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, já referida, segundo a qual o contraditório é o fundamento constitucional do direito à prova. Sendo assim, Diego Crevelin de Sousa sustenta que a prova é uma situação jurídica processual decorrente do contraditório, logo, as situações jurídicas processuais probatórias ativas são de titularidade exclusiva da parte, ao passo em que as situações jurídicas processuais probatórias passivas são de titularidade exclusiva do juiz. As situações jurídicas ativas probatórias são requerer, produzir, participar da produção, manifestar-se sobre a prova produzida e ver essa manifestação considerada e todas elas são de titularidade exclusiva das partes. Com base nisso, conclui que requerer provas é função privativa das partes, não pode ser exercida pelo juiz. O juiz que ordena a produção de provas de ofício age tal qual a parte que requer a produção da prova, age como parte, é partial, parcial em sentido objetivo-funcional.

---

[137] SOUSA, Diego Crevelin de. **O Caráter Mítico da Cooperação Processual.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa. Item 3.1. Acessado em 21.Nov.2018.
[138] Ibid., Item 3.1.

Por isso, Diego Crevelin de Sousa conclui que o juiz que ordena a produção de provas de ofício sempre quebra sua imparcialidade em sentido objetivo-funcional, razão pela qual considera inconstitucionais todos os dispositivos de lei que autorizam a produção de provas de ofício[139].

No mesmo sentido, Eduardo José da Fonseca Costa assevera que se trata de pura retórica daqueles que defendem a prova ofício, "desde que faça com imparcialidade e respeite o princípio do contraditório", pois mesmo que o juiz não tenha o intuito subjetivo de favorecer uma das partes (=imparcialidade), ele age como parte (partial) e via de consequência objetivamente favorecerá uma delas, tornando nula a prova por ele determinada[140].

Diego Crevelin de Sousa também defende que a produção de provas de ofício viola a imparcialidade subjetivo-psíquica do juiz.

Dessa vez, vale-se do raciocínio de Eduardo José da Fonseca Costa, desenvolvido para responder ao argumento favorável à prova de ofício segundo o qual o juiz não pode ser parcial se não sabe, de antemão, qual será o resultado da prova.

De acordo com o autor[141], o juiz só ordena a produção de provas quando tem dúvida, pois, se tivesse certeza, julgaria. Acontece que, nesse momento, o juiz já poderia julgar o mérito aplicando a regra de julgamento, também chamada de ônus objetivo. Nessa hipótese, o mérito é julgado contra quem tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. Se era o autor, o pedido é julgado improcedente. Se era o réu, o pedido é julgado procedente.

Por outro lado, se o juiz determinar a produção da prova, os únicos possíveis resultados são que ela: (1) não prove nada, (2) prove o fato constitutivo do direito do autor, (3) prove o fato extintivo do direito do autor, (4) prove o fato impeditivo do direito do autor ou (5) prove o fato modificativo do direito do autor.

---

[139] SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. p.74-75.
[140] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90. p.155.
[141] Ibid., p. 154.

Se tomarmos em consideração um caso em que o ônus da prova seja do autor, a improcedência por falta de prova só será revertida na hipótese (2). Nesse caso, o réu não é beneficiado caso a prova resulte em (1), (3), (4) e (5), pois conduzem à mesma improcedência desde antes pronunciável com base na regra de julgamento; nesse caso, a prova apenas fez com que ele esperasse mais tempo para ter o mesmo resultado já possível no passado. Se imaginarmos um caso em que o ônus da prova seja do réu, a improcedência por falta de prova só será revertida nas hipóteses (3), (4) e (5). Nesse caso, o autor não é beneficiado caso a prova resulte em (1) e (2), pois conduzem à mesma procedência desde antes pronunciável com base na regra de julgamento; nesse caso, a prova apenas fez com que ele esperasse mais tempo para ter o mesmo resultado já possível no passado[142].

Desse modo, se é verdade que não se pode prever, concretamente, qual será o resultado da prova, também é verdade que já se sabe, antecipadamente, que quem pode ser beneficiado por ela é apenas a parte que titularizava o ônus da prova e dele não havia se desincumbido. Com base nisso Diego Crevelin de Sousa sustenta que, além de estar clara a violação da imparcialidade objetivo-funcional, já que há ato funcional do juiz com aptidão para beneficiar apenas uma parte desde antes identificável, a ordenação da prova de ofício, sobretudo quando em caráter complementar à atuação das partes, gera evidente violação da imparcialidade subjetivo-psíquica, pois não há como dizer que não age de modo tendencioso o juiz consciente de que a sua atitude pode beneficiar apenas uma parte desde sempre identificada[143]. É isso que, para Eduardo José da Fonseca Costa, faz ruir o argumento instrumentalista segundo o qual o juiz não perde sua imparcialidade por ser impossível saber, de antemão, qual será o resultado da prova[144].

Passando à violação da imparcialidade objetivo-cognitiva, Eduardo José da Fonseca Costa informa que ainda não foram realizados estudos empíricos a respeito da relação entre a prova de ofício e a quebra da imparcialidade objetivo-cognitiva do

---

[142] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90, p.155.
[143] SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. p.70-71.
[144] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações Sobre as Iniciativas Probatórias Oficiosas**. Revista Brasileira de Direito Processual –RBDPro. n. 90. Fórum. 2015, p. 156.

juiz. O autor ressalta que essa omissão decorre do fato de que os estudos de *Behavioral Law & Economics* estão consolidados nos países de tradição do *common law,* onde, na prática, os juízes raramente determinam a produção de provas de ofício. Ou seja, não há ocorrência nem interesse prático nesse tema[145].

Todavia, segue o autor, isso não afasta a suspeita de que a iniciativa probatória de ofício pode enviesar o julgador. De acordo com Francesco Carnelutti, não é conveniente que a investigação e a valoração das provas sejam realizadas pela mesma pessoa, pois a investigação exige um extremo interesse e a valoração, por outro lado, um extremo desinteresse, e, no final das contas, quem investiga se sente instintivamente levado a sobrevalorizar o que, depois de tudo, é obra sua[146]. Por isso, diz Eduardo José da Fonseca Costa é possível

> a atuação dos *egocentric biases* ou *self-serving biases*¸ por força dos quais as pessoas tendem a superestimar as suas próprias habilidades e a sua contribuição para as atividades realizadas em grupo; ou seja, trata-se de superestimação do êxito dos próprios atos, ainda que o resultado não seja bom.

Embora ressalvando a necessidade de a ciência psicológica aprofundar-se no estudo da questão, Hugo Botto Oakley cogita da possibilidade de atuação dos vieses de confirmação (*confirmation bias*) e de ancoragem e ajustamento (*anchoring-and-adjustment bias*)[147].

São esses os principais argumentos lançados pelo garantismo processual para ser contra a produção de provas *ex officio*. Eles estão convictos da violação da imparcialidade objetivo-funcional e suspeitam fortemente da violação da imparcialidade objetivo-cognitiva e subjetivo-psíquica, que, no entanto, tomam como certa ao menos no caso em que o juiz determina a sua produção em caráter complementar à atividade das partes.

---

[145] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Jus Podivm. 2018, p. 169.
[146] Apud. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Jus Podivm. 2018, p. 174.
[147] OAKLEY, Hugo Botto. O Processo do Processo Denominado Imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico. Coords. DIDIER JR, Fredie. NALINI, Renato. RAMOS, Glauco Gumerato. LEVY, Wilson. *In*: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podivm. 2013, p. 311.

4.3 CONFRONTO CRÍTICO DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À PROVA DE OFÍCIO

Expostos os argumentos favoráveis e contrários à prova de ofício, passa-se a confrontá-los criticamente para identificar qual deles se mostra correto. Lembrando que o que se pretende é verificar se a prova de ofício viola, ou não, a garantia da imparcialidade.

É necessário lembrar que a garantia da imparcialidade está considerada neste trabalho em três sentidos, a saber, o subjetivo-psíquico, o objetivo-funcional e o objetivo-cognitivo, sendo que a violação de qualquer uma dessas dimensões da imparcialidade, ainda que apenas de uma, é suficiente para se considerar a garantia violada.

Além disso, importante lembrar, também, que do modo como trabalhado nesta pesquisa o contraditório serve tanto como parâmetro de controle como parâmetro de limite das funções do juiz. Assim, primeiro é necessário saber se produzir provas de ofício é função do juiz, ou seja, se viola a imparcialidade objetivo-funcional, e, em caso positivo, verificar se a sua produção viola a imparcialidade subjetivo-psíquica e objetivo-cognitiva.

A pesquisa desenvolvida revela que, para os garantistas, o contraditório é uma situação jurídica processual que envolve direitos das partes e deveres do juiz. Apenas as partes exercem as situações jurídicas processuais ativas decorrentes do contraditório e apenas o juiz exerce as situações jurídicas processuais passivas decorrentes do contraditório. Se o juiz exerce uma situação jurídica processual ativa decorrente do contraditório ele age como parte, é partial, viola a dimensão objetivo-funcional da imparcialidade.

Ocorre que a doutrina reconhece, inclusive os instrumentalistas [148], que o contraditório é o fundamento constitucional do direito à prova. Ocorre que o

[148] Na obra já citada, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira informam que concordam que o contraditório é o fundamento constitucional do direito à prova: Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi e Rogério Dotti Doria.

contraditório, como identificado por Lúcio Delfino e Fernando Rossi, é uma situação jurídica do tipo relacional, ou seja, é direito das partes e dever do juiz. E de acordo com Diego Crevelin de Sousa, se o contraditório é direito das partes e dever do juiz, todos os direitos e deveres decorrentes do contraditório também são de titularidade das partes e do juiz, respectivamente. Desse modo, se a prova é decorrência do contraditório, então os direitos decorrentes do direito à prova são de titularidade exclusiva das partes. E como ressaltado por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, lembre-se, autores favoráveis, ainda que com reservas, à prova de ofício, requerer e produzir provas são situações jurídicas ativas decorrentes do direito à prova. Sendo assim, são direitos exclusivamente das partes e por isso as funções de requerer e de produzir provas também são privativas das partes, não podem ser exercidas pelo juiz sob pena de violação da imparcialidade objetivo-funcional.

Assim, para os garantistas o juiz que produz provas de ofício exerce o contraditório como se parte fosse, viola a imparcialidade objetivo-funcional, é partial. Por isso é inconstitucional a produção de provas de ofício pelo juiz. Ele viola o contraditório ao exercer uma função que é exclusiva da parte, extrapola um limite objetivo à sua atuação.

Acontece que esse argumento produzido a partir da teoria do fato jurídico processual não é enfrentado pelos instrumentalistas. Ao menos durante o levantamento do material de pesquisa não se encontrou nenhum autor filiado àquela corrente que o tenha enfrentado.

Ademais, como o instrumentalismo não compreende o contraditório com essas amarras próprias da teoria do fato jurídico processual, tal escola acaba defendendo a possibilidade de o juiz exercer aquelas eficácias jurídicas ativas decorrentes do contraditório, que, por essa natureza, só poderiam ser exercidas pelas partes. Desprezam o contraditório como fonte de limites à atuação do juiz e toleram a figura do juiz contraditor.

Esse equívoco é claramente percebido nos instrumentalistas, aqui escolhemos José Roberto dos Santos Bedaque. O autor defende que o juiz deve ter participação ativa

na produção de provas porque é o seu destinatário, de modo que ninguém melhor que ele para realizar o juízo sobre a necessidade e pertinência da produção de determinado meio de prova. Portanto, se a produção de provas interessa às partes e, igualmente, ao juiz, que delas depende para bem julgar, conclui que o juiz deve ter poderes instrutórios.

Acontece que além desse argumento não dialogar com a construção feita a partir da teoria do fato jurídico processual, é possível perceber que os instrumentalistas não levam seus argumentos às últimas consequências, o que sugere que a sua fundamentação é frágil.

Se é o dever de atuar a vontade concreta da lei mediante pacificação do conflito com justiça que autoriza o juiz a produzir provar de ofício, então esses mesmos fundamentos deveriam permitir que o juiz incluísse um pedido no objeto do processo quando percebesse, na instrução, que o autor tem um direito que não pleiteou expressamente. Bastaria oportunizar a prévia manifestação do réu, em contraditório, para estar autorizado a decidir a respeito. Até porque esse imperativo de justiça pode ter sido colocado em risco, por exemplo, pelo fato de a postulação ter sido elaborada por advogado inapetente.

Este trabalho não concorda com isso, lançou a provocação apenas para demonstrar como, a nosso ver, é contraditório invocar o imperativo de justiça para o juiz determinar uma prova que não foi requerida pela parte, mas não fazer o mesmo para permitir que ele inclua um pedido que, muito provavelmente, o autor tem direito de receber. Afinal, quem aceita os argumentos instrumentalistas deveria ser forçado a reconhecer que também quando não é concedido um direito evidente comete-se injustiça e coloca-se em risco a manutenção do ordenamento jurídico, ou seja, a própria autoridade do Estado, que teria aceitar, omisso, a violação de suas normas.

Na verdade, pensa-se que ao não estenderem seu fundamento a hipóteses como essas acima exemplificadas os instrumentalistas acabam deixando perceber que a sua argumentação é inconsistente, totalmente aleatória. Realmente, as mesmas razões pelas quais o juiz não pode incluir um pedido para a parte são aquelas que impedem que ele determine a produção de prova não requerida pela parte, pois em

ambos os casos ele estará agindo como parte, em violação à imparcialidade objetivo-funcional. Isso ainda demonstra que produzir provas de ofício não é desdobramento natural do dever de julgar.

Por tudo isso, neste trabalho, concorda-se com o entendimento de que o contraditório é uma situação jurídica relacional, direito das partes e dever do juiz, e que o magistrado não pode exercer os direitos dele decorrente, sob pena de exercer função de parte (juiz contraditor). Primeiro, porque o raciocínio parece mesmo corretamente construído, ao menos de nossa parte não conseguimos identificar se há e qual é o seu equívoco. Ademais, ele não é rebatido pelos instrumentalistas. Importante insistir que não há uma visão confrontante entre instrumentalistas e garantistas a esse respeito, apenas estes tomaram uma posição a partir desse fundamento, aqueles não tratam do tema a partir daquela perspectiva, seja para adotar uma posição específica, seja para criticar a dos garantistas.

Isso já é suficiente para concordar com os garantistas, afinal, como dito acima, a violação de qualquer faceta da imparcialidade, ainda que apenas uma, já caracteriza agressão à garantia, e, pelo exposto, a prova de ofício viola a garantia do contraditório, porque o juiz exerce função que é da parte, e, também, da imparcialidade objetivo-funcional, até porque o critério de análise desta é sempre o contraditório compreendido como limite, para além da sua comum consideração como mecanismo de controle.

Mesmo assim, passa-se ao confronto daquelas questões que contam com posicionamento tanto dos instrumentalistas como dos garantistas.

Como foi visto, os instrumentalistas negam que a prova de ofício viola a imparcialidade porque quando determina a produção da prova o juiz não sabe, de antemão, qual será o seu resultado. De acordo com o levantamento feito, isso é verdade. O juiz não pode prever qual efetivamente será o resultado da prova.

No entanto, também foi possível identificar que já se sabe, de antemão, quais são os possíveis resultados que essa prova pode produzir, aliás como qualquer outra: (1) provar nada, (2) provar o fato constitutivo do direito do autor, (3) provar o fato

extintivo do direito do autor, (4) provar o fato impeditivo do direito do autor e (5) provar o fato modificativo do direito do autor.

Assim, como o direito positivo brasileiro atribui ônus da prova às partes, cabendo, e é isso que se chama ônus da prova como regra de conduta, em regra, ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC) e ao réu o de provar o fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (art. 373, II, CPC). Além disso, esses mesmos dispositivos, para o juiz, definem regras de julgamento, ou seja, o sentido em que ele deve julgar em caso de inexistência ou insuficiência de provas, pois é vedado o *non liquet*.

Desse modo, como o entendimento amplamente majoritário entre os instrumentalistas é o de que o juiz pode ordenar a produção de provas de ofício, torna-se perfeitamente possível definir, como perceberam os garantistas, qual a única parte que pode ser beneficiada por essa atividade do juiz. Vale dizer, se o ônus da prova é do autor e o juiz, em dúvida, aplica a regra de julgamento o pedido seria julgado improcedente, resultado que só não será mantido posteriormente à produção da prova se ela demonstrar o fato constitutivo do direito do autor. Por outro lado, se o ônus da prova é do réu e o juiz, repetido o procedimento o resultado do julgamento só será diferente se a prova demonstrar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Ou seja, não se pode prever qual será efetivamente o resultado da prova, mas já se sabe qual o único caso em que ela será útil, a saber, quando autorizar o juiz a decidir diferente do sentido que seria imposto pela regra de julgamento.

Desse modo, parecem estar mais uma vez com razão os garantistas, afinal não é possível considerar imparcial o juiz quando ele sabe que a prova de ofício só será útil se beneficiar a parte que, em concreto, é titular do ônus da prova. Aliás, esse argumento, que migra do resultado efetivo da prova para a única utilidade prática da prova, também não é rebatido pelos instrumentalistas. Também por não conseguirmos vislumbrar resposta à altura, esse é mais um motivo pelo qual consideramos corretos os garantistas.

Portanto, estão corretos os garantistas quando afirmam, com base nesse raciocínio, que a produção de provas de ofício viola, também, a imparcialidade em sua dimensão subjetivo-psíquica.

Por fim, há a análise da prova de ofício e a violação da imparcialidade objetivo-cognitiva.

Até aqui, a pesquisa apresentou apenas argumentos dos garantistas a este respeito, deixando claro que, especificamente em relação à prova de ofício, ainda não há provas empírico-científicas de que a produção de prova de ofício pelo juiz é causa de quebras inconscientes de imparcialidade. O comprometimento da imparcialidade do juiz, nessa hipótese, é admitida como hipótese.

Optou-se para deixar apenas para este momento a referência de um instrumentalista a respeito deste aspecto da questão. Trata-se de Michele Taruffo, que considera "ingênuos" os conhecimentos de psicologia cognitiva e economia comportamental que contraindicam a produção de provas de ofício pelo juiz[149]. O autor italiano não ignora os riscos de *viés de confirmação* a que todos estamos sujeitos, mas defende que a solução não é diminuir os poderes instrutórios do juiz, mas apostar no fortalecimento do contraditório.

Para Mateus Costa Pereira, autor filiado ao garantismo processual, o argumento de Michele Taruffo é exagerado porque, de certo modo, desdenha dos estudos de psicologia cognitiva e economia comportamental sem desenvolver o tema de modo aprofundado em seu trabalho[150].

Concordamos com Mateus Costa Pereira, afinal a crítica de Michele Taruffo está fundada apenas em expedientes retóricos e argumentos de autoridade. Vale lembrar que estudos de psicologia cognitiva comportamental gozam de amplo respeito perante a comunidade científica, tendo os pais da disciplina sido honrados com o

---

[149] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 204-205.

[150] PEREIRA, Mateus Costa. **Eles, os Instrumentalistas, Vistos por um Garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro. Data da Defesa: 18/06/2018. 279f. Tese (doutorado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018, p. 173.

Prêmio Nobel de Economia, em 2002, em razão deles. Não há unanimidade a respeito da disciplina, seus métodos e resultados, mas isso é próprio da ciência. E o principal é que, a despeito das naturais divergências, a seriedade e confiabilidade da disciplina são notórios. Ao mesmo tempo, Michele Taruffo aposta, ainda que não com essas precisas palavras, no contraditório como mecanismo de desenviesamento do juiz, o que evidencia a sua contradição, pois ao mesmo tempo em que desprestigia a disciplina se vale dos remédios por ela oferecidos. A propósito, Eduardo José da Fonseca Costa ressalta que o contraditório é um mecanismo de desenviesamento, mas não é o único e nem necessariamente o melhor. É precisamente para evitar o risco, já detectado em inúmeros estudos empíricos, de quebra inconsciente de imparcialidade pela incidência do *viés de ajuste e ancoragem*[151], por exemplo, que deve ser reconhecido o impedimento e proceder-se à substituição do juiz que teve contato com a prova ilícita, "não basta que a prova seja excluída fisicamente dos autos, isso é necessário, mas não suficiente" [152]. Nesses casos, não basta potencializar o contraditório e a fundamentação das decisões o juiz deve ser substituído, pois como defende Diego Crevelin de Sousa, nos casos de *quebra inconsciente de imparcialidade* o juiz sequer percebe que atua de modo enviesado, o que pode acontecer em tal hipótese[153].

Como se vê, Michele Taruffo incorre em contradição. Ao mesmo tempo em que reduz a importância dos estudos de psicologia cognitiva, vale-se de uma alternativa de desenviesamento sugerida por esses mesmos estudos. Mas escolhe apenas uma alternativa sem fundamentar o porquê de ser melhor que as demais, quando, em vários estudos, já se demonstrou que, em certos casos, o sujeito tem imensa dificuldade de se livrar dos vieses cognitivos mesmo mediante atividade cognitiva refletida.

---

[151] Segundo Eduardo José da Fonseca Costa: "são processos mentais que se fundamentam na realização de uma estimativa, por parte do sujeito, a partir de um valor inicial que progressivamente é ajustado à medida que se obtém informação adicional". *In*: **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Jus Podivm. 2018, p. 145.

[152] Ibid. p. 155.

[153] SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. p. 61, nota de rodapé n. 34.

A razão está com Eduardo José da Fonseca Costa, que, considerando todos os riscos de quebras inconscientes de imparcialidade em torno da prova de ofício pelo juiz, sustenta que

> Tudo isso já seria suficiente — por força de prudência e precaução— para que as iniciativas probatórias oficiais sejam evitadas, não temerariamente estimuladas. Afinal, de nada valeria submeter a atividade probatória do juiz aos princípios da motivação e contraditório: ele desprezaria as contraprovas e forjaria — o que não é difícil — a fundamentação analítica que mais lhe aprouvesse. Nem mesmo a recorribilidade é capaz de erradicar esses influxos de irracionalidade: as partes teriam de resignar-se a um juiz de primeiro grau parcial e de contar somente com a imparcialidade das instâncias superiores (o que é absolutamente inconstitucional)[154].

Por essas razões, concorda-se novamente com os garantistas. Ainda falta prova científica cabal de que a prova de ofício quebra a imparcialidade do julgador, mas há razões para aceitar que esse risco é a hipótese mais provável, e isso basta para, por ora, adotar o entendimento contrário à investigação oficiosa do juiz[155].

Encerra-se, com isso, a questão da relação entre provas de ofício e a imparcialidade sob os aspectos subjetivo-psíquico, objetivo-funcional e objetivo-cognitivo, concluindo que as duas primeiras certamente são violadas e a última possui grandes chances de também ser, recomendando a prudência e a precaução que seja vedada a atuação do juiz *ex officio*.

Nada obstante, vale ressaltar alguns argumentos que permeiam os debates e que também geram divergência entre instrumentalistas e garantistas.

Sobre a natureza jurídica dos poderes instrutórios, José Roberto dos Santos Bedaque e William Santos Ferreira defendem que a produção de provas de ofício não conduz a um poder discricionário do juiz, devendo a conduta judicial ser orientada por parâmetros minimamente seguros e eficientes, que devem contar com a colaboração das partes[156]-[157].

---

[154] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90. p.159.
[155] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 187f. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016, p.172 e ss.
[156] correspondente ao art.370 do CPC/2015.

Embora José Roberto dos Santos Bedaque negue que a produção de provas de ofício tenha natureza discricionária, em passagem anterior da obra reconhece que o juiz determinará a produção de provas quando não se sentir suficientemente convencido para julgar[158]. No fundo, o juiz exercerá tal poder se e quando entender necessário, conforme seu próprio entendimento, o que é discricionário. De modo que se nota contradição interna no argumento do referido autor.

Além disso, não fica claro o que realmente quer dizer que tal poder não é discricionário. Afinal, é um dever ou uma faculdade do juiz? Diego Crevelin de Sousa observa que os instrumentalistas não são firmes a esse respeito, além disso aponta um paradoxo: caso se entenda que é uma faculdade do juiz, será discricionário, o que o próprio José Roberto dos Santos Bedaque nega; mas se se entender que é um dever, então será nula toda sentença de improcedência fundada na regra de julgamento caso não seja precedida da ordenação complementar de produção de provas, pelo juiz, sobretudo quando houver algum indício de que havia prova não requerida pelas partes. Porém, também nesse último caso não se vê defesa dos instrumentalistas, embora pareça imperativo de coerência diante dos seus fundamentos. Não sendo um dever nem uma faculdade, então só se pode concluir que não existem poderes instrutórios[159].

Sobre o paradoxo da imparcialidade por omissão, como visto, os instrumentalistas dizem que se é parcial o juiz que determina a produção de provas de ofício, também é parcial o juiz que se omite em produzir a prova necessária ao julgamento favorável à parte que tem razão.

Esse é um falso paradoxo, mas em sentido diverso daquele por eles indicado. Ao determinar a produção de provas de ofício o juiz viola a imparcialidade objetivo-funcional porque exerce função de parte, e, sem dúvida, quando a ordena em caráter complementar, também a imparcialidade subjetivo-psíquica, pois sabe de

---

[157] FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p.247.
[158] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed revista, atualizada e ampliada. RT. 2013, p. 17.
[159] SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. p. 75.

antemão que essa prova só será útil se beneficiar a parte que tem o ônus da prova. Logo, o juiz que se omite em produzir provas de ofício preserva sua imparcialidade objetivo-funcional, pois não exerce função de parte, e, também, sobretudo quando em caráter complementar, sua imparcialidade subjetivo-psíquica, pois deixa de praticar atos sabendo qual a única parte que poderia ser por eles beneficiados. Aliás, Diego Crevelin de Sousa lembra que o juiz não tem o dever de auxiliar as partes como se seu tutor ou advogado fosse[160].

Já foi dito, acima, que o exercício do contraditório e da fundamentação das decisões nem sempre são suficientes para controlar as quebras inconscientes de imparcialidade do juiz que ordena a prova de ofício. Não é toda vez que esses instrumentos são suficientes para desenviesar o julgador. E sendo o processo, sob determinado aspecto, procedimento em contraditório, não se pode concordar com o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira no sentido de que, sob "sólido exame de consciência do juiz", seria possível a produção de provas de ofício sem estabelecimento do contraditório. Sem contraditório não há processo, este é suprimido pela confiança na sensibilidade do julgador. O argumento de que o juiz deve decidir com justiça nunca pode servir como fundamento para suprimir o contraditório, ainda mais quando o critério para tanto é o subjetivismo e a discricionariedade do julgador. Assim, mesmo que se admitisse os poderes instrutórios de ofício não se poderia concordar com esse entendimento, que, como visto, é minoritário até mesmo entre os instrumentalistas.

Restam os argumentos que admitem a prova de ofício nos casos envolvendo direitos indisponíveis ou quando há vulnerável no processo.

Em verdade, os argumentos já lançados demonstram que mesmo nessas hipóteses o juiz não poderia determinar a produção de provas de ofício, pois toda vez em que ele o faz perde sua imparcialidade objetivo-funcional na medida em que exerce função de parte, além de indubitavelmente perder sua imparcialidade subjetivo-psíquica quando o faz para complementar a atividade das partes, além do elevado

---

[160] SOUSA, Diego Crevelin de. **O Caráter Mítico da Cooperação Processual.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa. 3.3.6. Acessado em 21.Nov.2018.

risco de quebra da imparcialidade objetivo-cognitiva. Nada muda em relação à vedação imposta ao juiz em razão da indisponibilidade do direito material ou da vulnerabilidade das partes. O juiz deve ser integralmente imparcial mesmo nessas hipóteses.

Se percebe que nessas hipóteses há ainda menos razões para que o juiz determine a produção de provas de ofício, afinal, quando a causa envolve direitos indisponíveis há atuação do Ministério Público (art. 176, CPC), que, como instituição de garantia que é, tem poderes para, observando a omissão da parte, requerer a produção das provas necessárias ao julgamento da causa. Por outro lado, juridicamente falando vulnerável é aquele que a lei assim considera, e não aquele que o juiz, segundo seus critérios pessoais, assim considerar. Muitos são os vulneráveis reconhecidos pela ordem jurídica, como consumidores, idosos, indígenas etc. Em relação a eles, Eduardo José da Fonseca Costa diz que é perfeitamente possível determinar a intervenção do Ministério Público para que atue como tutor da garantia do devido processo legal, posição em que poderia apresentar requerimentos em geral, e de produção de provas, em particular[161].

Ademais, quando Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que a renúncia uni ou bilateral (art. 190, CPC) das partes em relação a determinado meio de prova vincula o juiz, estaríamos dispostos a concordar com a sua visão, não fosse o fato de que, na verdade, concordamos com os garantistas quando eles afirmam que produzir provas é função privativa das partes, não pode ser exercida pelo juiz. Portanto, quando a parte renuncia ao direito de produzir uma prova ele não fecha uma porta que antes o juiz dispunha, na verdade, o juiz jamais poderia produzir aquela prova.

Por fim, se diante disso tudo ainda se quiser insistir na possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, então estamos de acordo com Glauco Gumerato Ramos em relação à sua proposta de um modelo de enjuizamento escalonado.

---

[161] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90. p.159.

O autor entende que "a prova de ofício, a imediação e a identidade física entre o juiz da instrução e o juiz da sentença, atenta contra a lógica da imparcialidade"[162], pois

> [...] a participação do juiz no procedimento probatório fará com que seu juízo acerca dos fatos, invariavelmente, vá se formando antes do momento específico em que este mesmo juízo deva ser externado, é dizer, no ato da prolação da sentença. É aqui, no ato da sentença, o momento em que a imparcialidade – como garantia constitucional – deve atingir o ápice de sua plenitude de modo a fazer com que a resolução do mérito (=expressão de poder) seja produzida nos quadrantes daquilo que dispõe a Constituição."[163]

Uma forma de estabelecer a limitação desse poder concentrado seria o sistema de pesos e contrapesos, que seria realizado pelo que chamou de sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado. Este sistema dilui as funções do juiz (pessoa física) por meio da divisão do procedimento judicial até a prolação da sentença.

Explica-se: para cada etapa procedimental relevante, há um juiz (=pessoa física) diferente atuando, ou seja, um juiz para a urgência, um juiz para o procedimento probatório e um juiz para o decreto da sentença definitiva. Nesse modelo, o juiz de cada etapa do procedimento antecedente à prolação da sentença poderia exercer a jurisdição em sua plenitude sem que lhe seja imputado o vício da imparcialidade[164]. Estamos de acordo com o autor quando sustenta que esse sistema de enjuizamento escalonado seria uma forma legítima de livrar o processo dos arbítrios além de salvaguardar a plenitude das garantias constitucionais[165].

---

[162] RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a Prova de Ofício na Perspectiva do Garantismo Processual. In: DIDIER JR, Fredie. NALINI, Renato. RAMOS, Glauco Gumerato. LEVY, Wilson. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podivm. 2013, p. 266.
[163] Ibid. p. 266.
[164] Ibid. p.270.
[165] Ibid. p. 271.

5. CONCLUSÃO

O trabalho examinou as leituras que o instrumentalismo processual e o garantismo processual apresentam para o problema da produção de provas de ofício pelo juiz e a imparcialidade.

Para tanto, fez-se o levantamento do entendimento que aquelas correntes têm a respeito do devido processo legal, explorando a relação entre jurisdição e processo, do contraditório, da imparcialidade e do direito à prova, como premissas necessárias para saber se a produção de provas de ofício pelo juiz viola a imparcialidade.

Considerando que um dado permanente do constitucionalismo é a sua função de contenção do poder, com a preservação das liberdades dos cidadãos, foi possível concluir que o garantismo processual apresenta uma compreensão mais adequada à CRFB a respeito dos institutos acima referidos. É muito mais alinhado com essa face do constitucionalismo a compreensão do processo como instituição de garantia contrajurisdicional de liberdade das partes que aquela do instrumentalismo, segundo a qual o processo é instrumento do poder para que ele atinja os seus fins.

Foi possível perceber que a imparcialidade é arquigarantia fundamental sem a qual nenhuma outra estará protegida. Afinal, sem a imparcialidade do juiz o processo não pode ser contrajurisdicional, não pode assegurar a liberdade das partes contra eventuais abusos, excessos e desvios do poder. Para que se possa falar em respeito à garantia da imparcialidade é necessário preservar vários aspectos, entre os quais se destacou o subjetivo-psíquico, o objetivo-cognitivo e o objetivo-funcional.

Constatou-se, a propósito, que se o contraditório define o modo de controle do exercício da atividade argumentativa das partes e do juiz ao se apresentar como garantia de influência, não surpresa e consideração, o que é percebido de modo unânime por instrumentalistas e garantistas, referida garantia também fornece as balizas necessárias para se definir os limites das funções das partes e do juiz, o que é percebido apenas pelos garantistas. Em suma, estes perceberam que o

contraditório é, a um só tempo, critério de limite e de controle dos sujeitos processuais.

A partir disso, indo à teoria do fato jurídico processual, foi possível perceber que a produção de provas de ofício é atividade exclusiva das partes, pois decorre do contraditório e este, segundo o art. 5º, LV, CRFB, é assegurado às partes, ou seja, é direito destas e dever do juiz. Como o contraditório é garantia de influência e a prova é elemento de influência, por excelência, em relação à matéria fática, conclui-se que o contraditório é o fundamento constitucional do direito à prova. Ligando essa informação àquela de que o contraditório, além de controle, também é critério para definir os limites funcionais dos sujeitos processuais, ou seja, quais são os direitos dele decorrentes, logo função das partes, e os deveres dele decorrentes, logo função do juiz, foi possível concluir que produzir provas é função privativa das partes, não podendo ser exercida pelo juiz. O juiz que produz provas de ofício exerce o contraditório como se parte fosse, como se tivesse direito a ele, agindo como juiz contraditor e violando a imparcialidade objetivo-funcional.

Identificou-se, ainda, que quando o juiz determina a prova de ofício em caráter complementar, isto é, para suprir a inexistência ou insuficiência das provas das partes, como é defendido pela maioria dos instrumentalistas, já se sabe que essa atividade só será útil se beneficiar a parte que tem o ônus da prova e dele não se desincumbiu. Assim, o juiz viola a imparcialidade subjetivo-psíquica, pois age com a consciência do único que pode ser beneficiado por sua atividade.

No universo da imparcialidade e dos vieses cognitivos, verificou-se que há atalhos mentais que comumente produzem quebras inconscientes de imparcialidade, algumas já objeto de estudos empíricos em direito processual. Verificou-se que não há estudos comprovando que a prova de ofício efetivamente se liga a alguma espécie de viés cognitivo, mas se reconhece como provável que sim, o que justifica a prevenção e a precaução de retirar o juiz dessa atividade para impedir que haja violação da imparcialidade objetivo-cognitiva.

Por tudo isso, conclui-se que produzir provas de ofício não é inerente ao poder de julgar, como querem os instrumentalistas. Afinal, isso sempre se dá às custas da

imparcialidade objetivo-funcional, viola a imparcialidade subjetivo-psíquica quando ordenada em caráter complementar e muito provavelmente põe em risco a imparcialidade objetivo-cognitiva.

Conclui-se que os dispositivos legais que autorizam a produção de provas de ofício são inconstitucionais e as provas assim produzidas são nulas por violação das garantias do contraditório e da imparcialidade.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 2.ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo e instrumentalidade do Processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. In: **Revista dos Tribunais, n 242,** abril, 2015. Versão Eletrônica

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e Garantismo: visões opostas do fenômeno processual?** In: Garantismo Processual – Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores. José Roberto dos Santos Bedaque. Lia Carolina Batista Cintra. Eli Pierre Eid. Gazeta Jurídica. 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 04-06-2009. PUBLIC 05-06-2009).

_____. **Nulidades no Processo Moderno**. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. 2ª ed. Forense. 2010

CANTEROS, Fermín. **Garantismo Procesal vs Activismo Judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual. n. 99. Belo Horizonte. Fórum. 2017.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual.** Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho. Acessado em 19.nov.2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 90. p. 153.

_____. **As Garantias Arquifundamentais Contrajurisdicionais: Não-Criatividade e Imparcialidade.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>. Acesso em 28 set. 2018.

_____. **É preciso desfazer imagem eficientista do juiz como agente regulador.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-13/diario-classe-preciso-desfazer-imagem-eficientista-juiz-agente-regulador>. Acesso em 28 set. 2018.

_____. **Levando a Imparcialidade a Sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 187f. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016.

_____. **O Devido Processo Legal e os Indevidos Processos Infralegal e Extralegal.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em 28 set. 2018.

_____. **O Processo como Instituição de Garantia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em 20 set. 2018.

_____. **Processo: Garantia de Liberdade [Freedom] e Garantia de «Liberdade» [Liberty]**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>. Acesso em 20 set. 2018.

COUTO, José Camilo D'Ávila. **Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil. Teoria e prática.** Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Rossi. **Juiz Contraditor?** Revista Brasileira de Direito Processual. n. 82. Fórum. 2013.

DIAS, Luciano Souto. **O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil.** Em busca da verdade provável. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 17ª Ed. Jus Podivm. 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. V.2. 11.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Jus Podivm. 2011.

DIDIER JR, Fredie; NALINI, Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Jus Podivm. 2013.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V.3. 13.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Malheiros, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Ed. V. II. Malheiros. 2001

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.I. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.III. 6.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio**. Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Del Rey. 2012.

LOPES, João Batista. **Iniciativas Probatórias do Juiz e os arts. 130 e 333 do CPC**. Revista dos Tribunais. vol. 716. p. 41. Jun / 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** Teoria do Processo Civil.V.1. 2.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Críticas e Propostas.** Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 256.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. De acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito de Ação, Contraditório e Motivação das Decisões Judiciais**. In: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal Balanço e Crítica. Coord. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. Jus Podivm. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Millenium. 2000.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes:** Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Jus Podivm. 2012.

_____. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Livraria do Advogado. 2007.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10ª ed. Revista dos Tribunais. 2010.

NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro.** RT. 2017

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais**.** Juruá. 2012.

OAKLEY, Hugo Botto. O Processo do Processo Denominado Imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico. Coords. DIDIER JR, Fredie. NALINI, Renato. RAMOS, Glauco Gumerato. LEVY, Wilson*. In*: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podivm. 2013

PEREIRA, Mateus Costa. Dos Impedimentos e da Suspeição. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado***.* São Paulo: Almedina. 2016.

_____. **Eles, os Instrumentalistas, Vistos por um Garantista**: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro. Data da Defesa: 18/06/2018. 279f. Tese (doutorado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Repensando a Prova de Ofício na Perspectiva do Garantismo Processual**. In: DIDIER JR, Fredie. NALINI, Renato. RAMOS, Glauco

Gumerato. LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Jus Podivm. 2013. P.255 – 271.

RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. In: RIBEIRO et al. (Coord.). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo I. São Paulo: Lualri, 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º Volume. Saraiva. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Forense. 2008

SOUSA, Diego Crevelin de. **Dever (ou Garantia) de (Não) Provar Contra Si Mesmo?(!) O Dilema em torno do Art. 379, CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>. Acesso em 30 set. 2018.

_____. **O Caráter Mítico da Cooperação Processual.** Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>. Acesso em 20 set. 2018.

_____. **Segurando o Juiz Contraditor pela Impartialidade**: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 96. p. 49.

SOUSA, Diego Crevelin de; PEREIRA, Mateus Costa. **Novo Código de Processo Civil Comentado. Tomo II – arts. 318 a 770**. Coord. Sergio Luis de Almeida Ribeiro et al. São Paulo: Lualri, 2017. p.225.

THEODORO JUNIOR, Humberto. et al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015.

ZANETTI JR. Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2ª Ed. Atlas. 2014.

TARUFFO, Michelle. **Uma Simples Verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.