



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Isabella Bittencourt Tannús

Brasília – DF

2019

ISABELLA BITTENCOURT TANNÚS

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito

Orientador: Professor Doutor Bruno Corrêa Burini

Brasília – DF

2019

ISABELLA BITTENCOURT TANNÚS

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharela em Direito

Orientador: Professor Doutor Bruno Corrêa Burini

Professor Doutor Bruno Corrêa Burini,
Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo
Professor Orientador

Professora Doutora Maricé Giannico,
Doutora em Direito Processual pela Universidade de São Paulo
Membra da banca examinadora

Professor Dr. Diego Herrera Alves de Moraes,
Mestre pela Berkeley Law, University of California, Estados Unidos
Membro da banca examinadora

Brasília – DF

2019

AGRADECIMENTOS

A Deus e à minha mãezinha do céu, que não permitem que eu ande só por nem ao menos um segundo, garantindo que me sinta amada e protegida em toda e qualquer circunstância.

Aos meus pais, pelo amor, carinho, paciência e suporte incondicional desde que souberam que eu viria ao mundo e que, não se tendo por satisfeitos em me trazer até aqui, se fizeram essenciais na busca de quase a totalidade da bibliografia consultada neste trabalho. Não há privilégio maior do que dormir e acordar podendo lhes chamar de mãe e pai.

À minha pequena grande irmã que, sem muito alvoroço, sempre faz uso de seus créditos – que são muitos – com o pessoal lá de cima para pedir graças em meu nome e que vibra mais do que qualquer um em cada uma das minhas pequenas conquistas.

À Didi, por participar da minha criação da forma mais bela que se poderia imaginar e por servir de exemplo diário de uma mulher cristã, doce, forte e que, não se deixando abalar por suas próprias batalhas, também faz questão de se apresentar como alicerce indispensável às batalhas de todos aqueles que cruzam seu caminho.

Ao Arthur, meu sol constante independentemente da nuvem que paira lá fora, pela incansável compreensão e confiança e, é claro, pelos telefonemas já tarde da noite que juntavam todos os meus pedaços quando as preocupações e reclamações rotineiras se apressavam em calar as vozes da certeza da beleza da vida.

Aos meus avós, tios e à Carolina, que me acompanham – ainda que não tão de perto quanto gostariam – e verdadeiramente sentem minha falta quando o trabalho e a faculdade assoberbam até os finais de semana e, em resposta, sabendo do dia a dia imprevisível, se contentam em mandar uma simples mensagem só para se certificarem de que estou bem.

À Livia e à Najara, pela porta sempre aberta, pelas pausas necessárias e palavras que aquecem o coração – quase sempre – inquieto que possuo. À Juliana e ao Carlos, pela valiosa companhia na jornada.

Agradeço, ainda, ao Dr. Amadeu, a quem o destino me deu a honra – e o prazer – de poder chamar de “meu primeiro chefe” e a quem atribuo não só a culpa pelo meu encantamento pelo direito processual civil, como também grande responsabilidade pela profissional que estou a me tornar.

Ao Burini, cujo título de orientador não resume seu papel, pelos ouvidos atentos, pelas sessões de terapia gratuitas e por realmente confiar que tudo daria certo.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto analisar os dispositivos processuais civis referentes aos poderes instrutórios do juiz e às regras de distribuição do ônus da prova. Para efetivar tal análise, tratou-se de assuntos que tangenciam o tema central e se apresentam como pequenas peças de um grande quebra-cabeça cuja montagem varia a depender de para onde se aponta o feixe de luz com maior intensidade. O caráter publicista ou privatista do processo, a maior ou menor incidências dos princípios dispositivo e inquisitivo, a busca pela verdade, pela igualdade real entre as partes e a preocupação constante com o devido processo legal e a conservação da imparcialidade do órgão julgador foram alguns dos conteúdos-chaves estudados neste trabalho com o fim de que se chegasse à conclusão sobre a melhor interpretação a ser conferida ao artigo 370 do atual Código de Processo Civil diante dos riscos que o magistrado dotado de amplos poderes instrutórios pode causar ao devido processo legal.

Palavras chave: poderes instrutórios do juiz; produção probatória de ofício; ônus da prova; garantismo; imparcialidade.

ABSTRACT

This study aims at analyzing the civil procedural provisions regarding the evidentiary powers of the judge and the rules for distributing the burden of proof. In order to carry out the analysis, this study dealt with topics that are closely linked to its main subject and that present themselves as small pieces of a large puzzle whose completion depends on where the light is shed most intensely. The public or private nature of the lawsuit, the greater or lesser influence of the parties' will under the lawsuit, the search for the truth and for real equality between the parties, the concern with due process of law and the maintenance of impartiality of the Judge were some of the key contents analyzed in this study, aiming at reaching a conclusion on the best interpretation to be given to the article 370 of the current Code of Civil Procedure, especially in view of the risks that the Judge with broad evidentiary powers may cause to the due process of law.

Keywords: evidentiary powers of the judge; official evidence; burden of proof; garantism; impartiality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A TEORIA DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	10
1.1 Direito Fundamental à Prova	10
1.2 Prova e Busca da Verdade	16
1.3 Finalidade, destinatário e objeto da prova.....	20
1.4 Regras de distribuição do ônus da prova: A inteligência do artigo 373 do CPC/2015.....	22
1.4.1 Ônus da prova como regra de julgamento	24
2. A DISCUSSÃO ACERCA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	28
2.1 Modelos de organização do processo	28
2.1.1 Os modelos adversarial, inquisitivo e cooperativo.....	28
2.1.2 A aplicação dos modelos adversarial e inquisitorial na fase de instrução probatória	31
2.2 O atual sistema de valoração da prova pelo juiz – Convencimento Motivado	32
2.2.1 A preclusão pro iudicato.....	35
3. AS TEORIAS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES INSTRUTÓRIOS PELO JUIZ	39
3.1 A interpretação mais adequada do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015	39
3.1.1 1ª Corrente – Juiz como titular de amplos poderes instrutórios	39
3.1.2 2ª Corrente – Juiz como titular de poderes instrutórios limitados: Direito material indisponível e igualdade real entre as partes	53
3.1.3 3ª Corrente – O artigo 370 do atual Código de Processo Civil contraria o devido processo legal	58
CONCLUSÃO.....	64
BIBLIOGRAFIA	66

INTRODUÇÃO

A jurisdição como método de heterocomposição de conflitos se faz presente nas hipóteses em que as partes discordantes optam por escolher um terceiro estranho à relação conflituosa ao qual será conferido o poder e a legitimidade para solucionar a controvérsia instaurada. Sendo assim, ao recorrerem ao Poder Judiciário com o objetivo de receber uma solução para a desavença, as partes assumem não apenas a responsabilidade de introduzir ao órgão julgador o tema objeto da controvérsia, como também o ônus de delimitar os fatos e fundamentos jurídicos que sustentam seus respectivos entendimentos acerca de qual seria a melhor solução para a demanda (VALENTE; BORGES, 2015).

Assim, a partir do momento em que se transfere a um terceiro estranho à discussão a responsabilidade pelo fornecimento de uma solução para a disputa, torna-se imprescindível que as partes produzam a mais variada gama de elementos comprobatórios de suas alegações para que possam ter elementos hábeis a convencer o órgão julgador de que o seu respectivo ponto de vista deve prevalecer ao da parte adversa. Nesse ponto, portanto, o direito a uma instrução processual ampla, eficiente e que se dê em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, surge como requisito indispensável para que se alcance uma solução justa e efetiva para a controvérsia.

Nesse sentido, assume posição de extrema relevância as regras de distribuição do ônus da prova estabelecidas no atual Código de Processo Civil, que, como se sabe, estipulam a regra geral de que ao autor cabe fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito, ao tempo em que ao réu caberia comprovar a ocorrência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado pelo autor¹. A instrução processual se ordenaria, portanto, com base em tais regras, de modo que, quando do julgamento da demanda, caberia ao órgão julgador analisar o conjunto probatório dos autos tendo em mente qual das partes efetivamente logrou êxito em se desincumbir de seu respectivo ônus.

No entanto, também é certo que o atual Código de Processo Civil brasileiro, para além das disposições endereçadas às partes, prevê normativos que podem ser entendidos como uma verdadeira concessão de amplos poderes que autorizam o órgão julgador a determinar, de ofício,

¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

a produção probatória que entenda necessária para o julgamento da demanda². Sustentar-se-ia, assim, a possibilidade de que o magistrado adotasse uma conduta mais ativa no curso da instrução processual, de modo a se libertar da inércia de tão somente monitorar os esforços das partes e aguardar que essas lhe apresentassem elementos aptos a formar seu convencimento. De acordo com essa linha de pensamento, seria possível ao órgão julgador buscar, por si só e independentemente da vontade das partes, os elementos de fato que entender relevantes para a definição da solução aplicável ao caso concreto.

Diante desse cenário, torna-se de extrema relevância identificar o papel do juiz na etapa de instrução processual, devendo-se desenvolver cuidadosa análise a partir das regras de distribuição do ônus da prova sobre qual seria o papel mais adequado a ser adotado pelo julgador: se aquele mais ativo em que há produção de provas de ofício, ou se aquele inerte e restrito a se debruçar unicamente sobre o conjunto probatório que foi produzido pelas partes.

Para orientar essa análise, dividiu-se este trabalho em cinco partes. Primeiramente, realiza-se breve contextualização acerca da teoria da prova no atual Código de Processo Civil, identificando-se sua finalidade, destinatário e objeto. Em seguida, parte-se para a análise das regras de distribuição do ônus da prova, especialmente em relação ao ônus da prova como regra de julgamento.

Passa-se, então, para o estudo do modelo de organização do processo adotado pelo atual Código de Processo Civil, apresentando-se a discussão acerca de qual modelo teria sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ato contínuo, dá-se especial atenção, ainda, ao debate acerca do atual sistema de valoração da prova. Por fim, conclui-se este trabalho, com a apresentação de três correntes doutrinárias e de seus respectivos pontos principais de sustentação acerca da posição defendida quanto à amplitude dos poderes titularizados pelo órgão julgador durante fase de instrução processual, bem como a proposta de qual seria, no entender da autora, a interpretação mais adequada a ser conferida ao artigo 370 do atual Código de Processo Civil.

² Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

1. A TEORIA DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

1.1 Direito Fundamental à Prova

Com guarida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴, o direito fundamental à prova se apresenta no processo civil com conteúdo complexo e multifacetado, compondo-se das seguintes situações jurídicas: (i) o direito a requerer a produção probatória; (ii) o direito de efetivamente produzir as provas requeridas; (iii) o direito de participar da produção da prova; (iv) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e (v) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Partindo da ideia de que a Constituição Federal de 1988 teria assegurado o acesso não a qualquer ordem jurídica, mas “o acesso à ordem jurídica justa”, Eduardo Cambi sustenta que o direito à prova seria um direito constitucional “extraído, implicitamente, da noção de direito ao

³ Artigo 8.

2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

(...)

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

⁴ Artigo 14.

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

(...)

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

(...)

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

processo justo contida no art. 5º, inciso XXXV, da CF”, bem como que estaria contemplado pela garantia do devido processo legal (CAMBI, 2000).

Nessa linha, Cambi joga luz sobre a importância de se entender o estudo do direito probatório não apenas sob a ótica do ônus suportado pelas partes, mas também sob a lente da instrução probatória atrelada a direitos que devem ser respeitados pelo Estado-Juiz. (CAMBI, 2000).

Assim, Cambi defende que o direito à prova possuiria duas dimensões complementares. A primeira delas teria como objetivo influenciar o julgador para a obtenção de uma decisão favorável, e, por isso, corresponderia à satisfação de interesses privados. A segunda, por outro lado, salvaguardaria o interesse público “na justa e correta aplicação do direito material”, de modo a legitimar, socialmente, o exercício do poder jurisdicional em um “genuíno direito público subjetivo à prova” (CAMBI, 2000).

Feito esse breve panorama acerca do tema e de sua relevância constitucional, passa-se a analisar brevemente as cinco facetas do direito à prova indicadas logo no início deste capítulo.

De início, tem-se que o direito à adequada oportunidade de requerer provas corresponderia à efetiva possibilidade de que as partes se manifestem nos autos indicando seus respectivos interesses na produção probatória e fundamentando a necessidade de utilização deste ou daquele meio de prova. O direito de produzir prova reflete a importância de que o magistrado, atento aos limites do que vem sendo discutido na demanda, analise os requerimentos probatórios formulados pelas partes, bem como as justificativas que fundamentam tais pleitos e profira decisão acerca do seu deferimento ou indeferimento.

O direito de participar da produção da prova, por outro lado, surge em momento posterior, ou seja, quando já autorizada a produção probatória, e se traduz na garantia conferida às partes para atuarem como sujeitos ativos na produção probatória, acompanhando as providências relacionadas à instrução. Como concretização dessa faceta do direito fundamental à prova no Código de Processo Civil de 2015, pode-se indicar o direito que é conferido às partes de indicarem assistente técnico para acompanhar os trabalhos do perito designado pelo juiz⁵ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

⁵ Art. 466. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.

(...)

§ 2º O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

No mesmo sentido, o direito de se manifestar sobre a prova produzida também é resguardado pela legislação processual civil nas disposições que preveem o direito de as partes se manifestarem sobre o laudo produzido pelo perito, bem como de requererem esclarecimentos a esse auxiliar da justiça⁶. Tal manifestação ganha ainda mais relevância quando a parte se manifesta sobre a contraprova produzida pela parte adversa, traduzindo-se em uma inequívoca e indispensável expressão do direito ao contraditório e à ampla defesa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Por fim, o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida, se apresenta como peça elementar sem a qual todos os esforços empreendidos durante a instrução seriam inócuos. Afinal, de nada adiantaria que a instrução probatória fosse desenvolvida com todo o esmero, contraditório e diligências necessárias se, ao final, o conjunto probatório constante dos autos processuais fosse negligenciado pelo julgador.

Em poucas palavras, não basta que a instrução probatória seja desenvolvida a contento. Para que se tenha uma prestação jurisdicional efetiva, é indispensável que o julgador analise, compare, confronte e estude as provas carreadas aos autos como partes integrantes de um verdadeiro sistema processual. Somente por meio de tal exercício analítico será possível imaginarmos uma solução que, no mínimo, coerente com a previsão constitucional do devido processo legal⁷.

Tamanha é a importância dada pelo atual Código de Processo Civil às questões de direito probatório que se cuidou de prever, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de uma ação autônoma cujo objeto é tão somente a produção de prova. Trata-se de produção antecipada, ou seja, antes do ajuizamento de eventual ação litigiosa, e que, em razão de seu caráter especial, somente pode ser deduzida caso a situação concreta se encaixe em alguns dos incisos do artigo 381 do atual Código de Processo Civil⁸ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

⁶ Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁸ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

Assim, como bem sintetizado por Dinamarco (2017, p. 51), “direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.

Elucidados os principais desdobramentos das facetas do direito fundamental à prova, resta flagrante a conexão entre o tema e os princípios do contraditório, da paridade de armas e os princípios inquisitivo e dispositivo.

O princípio do contraditório possui previsão expressa tanto na Constituição Federal⁹ quanto no atual Código de Processo Civil¹⁰ e, segundo Didier Jr., pode ser decomposto nas garantias de participação e possibilidade de influenciar na decisão (DIDIER JR., 2017). No mesmo sentido, Neves compreende o contraditório como a junção dos elementos de informação e possibilidade de reação (NEVES, 2016). Ou seja, a possibilidade de influenciar a decisão surgiria como uma espécie de *direito guarda-chuva* que abarcaria diversos outros direitos subjetivos que se apresentariam quase que como pressupostos para que se conferisse às partes integrantes do processo todos os instrumentos dos quais se pode fazer uso para convencer o órgão julgador da tese defendida.

Nas palavras de Didier Jr. (2017, p. 92), “não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional”.

Nesse sentido, tal qual indicado acima, o direito de se manifestar acerca da prova produzida é verdadeiro corolário do princípio do contraditório, uma vez que se deve garantir que as partes possam refutar a prova produzida pela parte contrária, com o objetivo, justamente, de influenciar a decisão do julgador e, assim, fazer prevalecer seu entendimento.

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Inúmeros são os institutos processuais que surgem como verdadeiras materializações do princípio do contraditório. Entre eles pode-se mencionar a concessão de prazo para que o autor se manifeste caso o réu alegue alguma das matérias previstas no artigo 337 do atual Código de Processo Civil¹¹ ou quando ele sustentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor¹², bem como a previsão de que, no curso do processo de execução, o juiz pode, antes de punir a parte por seu comportamento, adverti-la de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça¹³ (DIDIER JR., 2017).

Além disso, o artigo 10º do atual Código de Processo Civil traz previsão expressa de que “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”. Também o artigo 9º do mesmo diploma positiva a regra geral de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (DIDIER JR., 2017).

Já o princípio da paridade de armas, tal qual o princípio do contraditório, é mencionado ao longo do Código de Processo Civil em diversas passagens inclusive na qualidade de garantia que deve ser assegurada pelo julgador no curso do processo:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (...)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Como bem observado por Didier Jr. (2017, p. 98), “é preciso que as partes possam exercer o contraditório em condições iguais.” Complementando tal raciocínio, Neves (2017, p. 176) defende que é justamente para garantir que as partes possam atuar em condições de igualdade que surgem normas “que permitem assistência aos menos favorecidos”. Como exemplo de tais normas pode-se citar a possibilidade de concessão de justiça gratuita para

¹¹ Art. 351. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.

¹² Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.

¹³ Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:
I - ordenar o comparecimento das partes;
II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

aqueles que não tiverem condições financeiras de arcar com as custas processuais¹⁴, bem como as regras de inversão do ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor¹⁵.

O princípio da paridade de armas busca, portanto, garantir que as partes possuam iguais condições e oportunidades de fornecer elementos e substratos ao órgão julgador com o fim de convencê-lo acerca da solução que deve ser aplicada ao caso concreto. Em outras palavras, deve-se conferir ao réu, para o exercício de demonstrar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, as mesmas oportunidades que foram conferidas ao autor para comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Por fim, os princípios do inquisitivo e do dispositivo estão relacionados aos modelos de organização do processo e à atribuição de poderes ao magistrado, pelo legislador. Nas palavras de Didier Jr. (2017, pp. 137/138): “(...) sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de ‘inquisitividade’; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a ‘dispositividade’”.

Ou seja, quanto mais poderes e mais protagonismo forem conferidos à atuação do juiz na fase de instrução probatória, ver-se-á maior incidência do princípio inquisitivo. Por outro lado, quando se confere às partes o controle majoritário sobre a instrução probatória e os fatos que efetivamente serão objeto de prova, bem como a respeito de como se dará o procedimento probatório, verifica-se ênfase na aplicação do princípio do dispositivo.

Nas palavras de Dinamarco:

Quando aplicado de modo absoluto, o princípio do dispositivo conduziria à integral liberdade concedida aos litigantes para determinar o ritmo do procedimento, os rumos da instrução processual, a maior ou menor efetividade da execução forçada etc. Embora sofra mitigações no processo civil moderno, ele conta porém com a força da natureza humana e das tendências hedonísticas do juiz menos empenhado – ao qual no entanto não é lícito manter-se estático e esperar sempre pelas aprovações das partes. (DINAMARCO, 2016, p. 364).

¹⁴ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

¹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O atual Código de Processo Civil brasileiro parece oscilar entre tais modelos, ora prevendo institutos que ampliam os poderes do juiz perante o caso concreto¹⁶, ora conferindo o controle da marcha processual às partes que podem, inclusive, transigir sobre diversos aspectos do processo, celebrando até mesmo negócios processuais atípicos¹⁷.

1.2 Prova e Busca da Verdade

Conforme já indicado, a condução da controvérsia no âmbito do Poder Judiciário implica o fato de que as partes devem se preocupar em convencer o magistrado acerca da tese de fato e de direito que estão a defender, sob pena de ficarem vencidas ao final da demanda, ou de, pelo menos, terem suas chances de vitória significativamente reduzidas.

Como bem ressaltado por Marinoni e Arenhart:

A todo aquele que acudir a preocupação com o tema da prova no processo virá à mente a questão da função da prova e, intuitivamente, a ideia de que pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 29).

A palavra verdade é por Houaiss e Villar (2009) definida como a “propriedade de estar conforme com os fatos ou a realidade” e “correspondência, adequação ou harmonia passível de ser estabelecida, por meio de um discurso ou pensamento, entre a subjetividade cognitiva do intelecto humano e os fatos, eventos e seres da realidade objetiva”.

Assim, a produção da prova e a conseqüente busca pela apuração das alegações formuladas no bojo do processo e sua efetiva comprovação é atividade que desperta grande interesse naquele que possui o dever de decidir a controvérsia que lhe fora apresentada (MARINONI; ARENHART, 2015). Nas palavras de Marinoni e Arenhart (2015, p. 30), “o

¹⁶ Como exemplos de institutos que refletem a incidência do princípio inquisitivo pode-se citar a possibilidade de distribuição jurisdicional do ônus da prova (§ 1º do artigo 373 do CPC) e a previsão do artigo 370 que autoriza a produção probatória de ofício.

¹⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

chamado ‘juízo de subsunção’ representa essa ideia: tomar o fato como ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico.”.

Nesse mesmo sentido, Bedaque disserta sobre a relação entre uma instrução probatória eficiente e a justiça da decisão aplicada no caso concreto:

O juiz, seguindo o método de trabalho instituído pelo legislador, ao qual se denomina processo jurisdicional, busca a aplicação do direito ao caso concreto, com a consequente eliminação das controvérsias e a pacificação social. Esse resultado, evidentemente, será tão mais justo quanto maior correspondência houver entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial. A instrução não tem por fim encontrar a verdade. Destina-se apenas a proporcionar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito afirmado. (BEDAQUE, 2009, p. 16).

O ideal de busca pela verdade, no entanto, aos olhos da doutrina mais moderna, se apresenta mais como utopia. Neves (2017) analisa com o devido cuidado esse processo de desmitificação da instrução probatória como procedimento de busca pela verdade e acaba por concluir pela “impossibilidade de obtenção da verdade absoluta” (NEVES, 2017, p. 725).

Ainda segundo Neves (2017), tal impossibilidade decorre não apenas da parcialidade das partes durante o processo de instrução probatória e do papel do juiz que, como não estava presente quando do acontecimento dos fatos, estaria restrito a apenas confiar naquilo que foi produzido e carreados aos autos pelas partes, como também das limitações fáticas e jurídicas à obtenção das provas necessárias (quando uma testemunha falece, ou, em razão do transcurso temporal, as provas se deterioram, por exemplo).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Didier Jr., Braga e Oliveira (2017) que reafirmam não apenas a relatividade da busca pela verdade, como também a inutilidade da antiga distinção entre verdade formal e material¹⁸. Com efeito, sendo a verdade sempre inalcançável, relativa e volúvel, não há motivo para que se insista na distinção entre a verdade formal, apreendida dos elementos carreados aos autos do processo e a verdade material, efetiva e substancial:

À exceção, como dita, das discussões metafísicas e religiosas, em que se pode pretender alcançar a verdade – embora não por meios racionais –, a busca racional pela verdade mesmo em ambiente externo ao processo judicial, é sempre relativa: isto é, relativa ao contexto em que ela é buscada. Não há, assim, diferença conceitual entre a verdade que se busca fora e aquela que se busca dentro do processo, razão por que

¹⁸ Por anos a doutrina se dedicou a conceituar a diferenciação entre a verdade formal e a verdade material. A verdade formal seria uma verdade processual, ou seja, uma categoria de verdade menos rígida que se contentaria com “algo que fosse considerado juridicamente verdadeiro” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 36). Assim, em razão dos bens da vida tutelados, o direito processual civil se contentaria com a verdade formal, enquanto para o direito processual penal seria necessária a verdade material. (MARINONI; ARENHART, 2015)

é infundado distinguir entre verdade formal e verdade real, ou material. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, pp. 58/59).

No entanto, apesar da existência de intenso debate teórico acerca do conceito de verdade, sua relatividade e da efetividade de sua persecução, não há como se ignorar o fato de que o processo judicial está intrinsecamente ligado à descoberta dos fatos acerca dos quais deve se manifestar (MARINONI; ARENHART, 2015).

Nas palavras de Dinamarco (2017, p. 48): “é absolutamente impossível um processo em que se dispense por completo qualquer elemento fático. Já ao instrumentalizar a demanda mediante a elaboração da petição inicial tem o autor o ônus de narrar os fatos nos quais sustenta ter origem seu alegado direito.”

Em outras palavras, ainda que cientes de sua relatividade e inalcançabilidade, a verdade deve ser perseguida, inclusive como meio de se conferir legitimidade à decisão proferida no caso concreto (NEVES, 2017). Nesse sentido:

O melhor resultado possível do processo - que se entende mais apto a ocorrer com a ampla produção de prova - diz respeito a qualquer processo, seja ele penal ou cível, considerando-se que a qualidade da prestação jurisdicional será sempre o valor supremo a ser buscado em todo o processo judicial. (NEVES, 2017, p. 727).

Tanto é assim que existem institutos no direito processual civil que possuem sua razão de ser justamente na importância dada pelo legislador à busca pela verdade em situações específicas. A coisa julgada *Secundum Eventum Probationis*, por exemplo, é um desses institutos (MARINONI; ARENHART, 2015).

A coisa julgada *Secundum Eventum Probationis* nada mais é do que uma exceção à formação da coisa julgada *pro et contra* – que se configura independentemente da solução dada ao caso concreto pela decisão que transitou em julgado. Nessa hipótese, a autoridade da coisa julgada não se forma caso a decisão proferida no processo indique expressamente que se está a julgar a demanda improcedente em razão da insuficiência de provas, situação que permitiria a repositura da demanda e seu rejuízo com base em novas provas (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Assim, nas palavras de Marinoni e Arenhart (2015, p. 33), “isso demonstra, claramente, o culto à verdade, a ponto de se negar a prestação jurisdicional sob o argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou, por outras palavras, que os fatos não estavam suficientemente aclarados.”

Idêntico fenômeno acontece quando se verifica a tendência adotada por parte da doutrina de conferir maior amplitude aos poderes instrutórios ao juiz. Com efeito, tal tendência

utiliza como suporte legitimador justamente a ideia de que tamanha deve ser a busca pela verdade dos fatos analisados, que também ao juiz deve-se conferir meios para buscá-la (BEDAQUE, 2009).

Como será melhor analisado adiante, o próprio sistema de distribuição do ônus da prova e de sua aplicação como regra de julgamento pode ser compreendido como um conjunto de técnicas criadas com o fim de, entre outras coisas, conferir uma resposta ao julgador quando a verdade não pôde ser completamente absorvida.

Veja-se, o juiz, ao se colocar no papel de analisar as provas deduzidas nos autos pelas partes, proferirá uma decisão com base no que as partes efetivamente lograram demonstrar. Assim, ainda que determinada situação fática ou jurídica tenha efetivamente ocorrido no plano extraprocessual, se sua ocorrência não vier a ser devidamente comprovada nos autos, será defeso ao juiz tomá-la como verdadeira¹⁹. Nessa hipótese, o órgão julgador poderá aplicar o ônus da prova como regra de julgamento²⁰ e, como consequência, a parte a qual caberia comprovar tal circunstância poderá ser prejudicada por não tê-lo feito.

As presunções tanto legais como judiciais e a aplicação das regras de experiência, no mesmo sentido, nada mais são do que caminhos alternativos que podem ser legitimamente adotados pelo magistrado quando do julgamento da demanda. Nesse sentido é o ensinamento de Moacyr Amaral Santos ao afirmar que:

As regras de experiência, sem o uso das quais, especialmente nos sistemas em que atua o princípio da livre apreciação da prova, dificilmente poder-se-á chegar à verdade quanto aos fatos, se encontram no plano das normas de que o juiz deverá utilizar-se, salvo a existência de normas jurídicas a respeito, que sobre elas prevalecerem. (SANTOS, 1977, pp. 52/53).

Diante o exposto, tem-se, então, que, apesar de o curso processual ser moldado para que, ao final, o juiz possa apreender, com a maior precisão possível, os fatos relevantes para a controvérsia, não há como ignorar que a busca pela verdade absoluta não passa de um objetivo utópico. Ora, os limites impostos à atividade probatória e ao momento em que sua produção é autorizada e até mesmo as regras de ônus da prova contribuem para que se chegue à conclusão de que “o compromisso que o direito tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 40), até mesmo pela necessidade de que o processo

¹⁹ Nas palavras de Dinamarco (2017, p. 77): “Para o processo civil dispositivos, assim como fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente.”.

²⁰ A aplicação do ônus da prova como regra de julgamento será melhor abordada no subcapítulo 1.4.1 deste trabalho.

se atenha à outros princípios relevantes como o da segurança jurídica e razoável duração do processo.

1.3 Finalidade, destinatário e objeto da prova

O objeto deste trabalho consiste na análise das regras processuais civis de distribuição do ônus da prova e da amplitude dos poderes instrutórios do juiz, de modo que o direito probatório torna-se tema de passagem obrigatória para situar o leitor acerca de institutos e conceituações básicas para que se compreenda a relevância da discussão central. No entanto, justamente por não ser o objeto central deste trabalho, o direito probatório será abordado sem a pretensão de exaurimento de todos os seus assuntos. Assim, neste tópico, analisar-se-á as questões atinentes à finalidade, destinatário e objeto da prova, sem abordar, no entanto, os meios de prova.

Há quem sustente que a finalidade da prova seria estabelecer a verdade dos fatos deduzidos em juízo²¹. No entanto, diante da argumentação desenvolvida no capítulo acima, tem-se que o ideal de busca da verdade absoluta por meio do processo não mais se sustenta.

A doutrina mais balizada passa a sustentar, portanto, que a produção probatória tem como objetivo primordial convencer o órgão julgador das alegações formuladas pelas partes. Nas palavras de Marinoni e Arenhart (2015, p. 64): “A prova, então, assume, a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”

No mesmo sentido é o entendimento dos Professores Didier Jr., Braga e Oliveira que, indo além, defendem que a produção probatório busca não apenas o convencimento do órgão julgador, mas também o convencimento das próprias partes, possuindo um papel de extrema relevância ao indicar às partes suas reais chances de êxito e servindo de guia para a conduta de adotarão ao longo do processo (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Com efeito, caso a parte verifique, no curso da instrução processual, que as provas até então produzidas não estão lhe sendo favoráveis ou capazes de comprovar as circunstâncias fáticas deduzidas, ela pode mudar sua estratégia e iniciar tratativas para a celebração de um acordo com a parte adversa, por exemplo.

²¹ Neste ponto pode-se mencionar as lições de Bedaque e Barbosa Moreira, conforme será melhor detalhado no subcapítulo 3.1.1.

Resumindo esse ponto com a maestria que lhe é peculiar, Moacyr Amaral Santos (1977, p. 9) afirma que “o juiz é o destinatário principal e direto [da prova]: na convicção que formar assentará a sentença. Destinatários, embora indiretos também são as partes, que igualmente precisam ficar convencidas a fim de acolherem como justa a decisão”.

Assim, vê-se que os destinatários da prova são tanto o juiz quanto as próprias partes. No que concerne ao objeto da prova, apesar de parte da doutrina ainda insistir na distinção entre fatos e alegações de fato, certo que é o Código do Processo Civil, ao tratar da questão, indica que os fatos serão objeto de prova (NEVES, 2017):

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

(...)

Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...)

Mas não é todo fato que necessitará ser provado. Com efeito, com a prolação da decisão saneadora restará delimitado os fatos relevantes e controvertidos e, conseqüentemente, aqueles que dependem de prova:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento

Assim, e com fundamento também no princípio da eficiência, somente aqueles fatos relevantes sobre os quais as partes controvertem é que deverão ser objeto de prova. Essa delimitação da instrução vai ao encontro dos postulados da eficiência, da razoável duração do processo e da inércia do juiz, que não deve assumir o papel de questionar inclusive os fatos acerca dos quais as partes chegaram a um consenso.

Ora, sendo a finalidade da prova “convencer o juiz quando à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide” (SANTOS, 1977, p. 41), a instrução probatória deve recair sobre os fatos relevantes – assim entendidos como aqueles com aptidão para influir no deslinde da demanda – ainda controvertidos, ou seja, afirmados por uma parte e contestados pela parte adversa (SANTOS, 1977).

Há que se ressaltar, ainda, a existência de fatos acerca dos quais a instrução probatória é dispensada em razão de em seu favor militarem presunções legais, ou por se tratarem de fatos

notórios e, ainda, naquelas hipóteses em que, se afirmados por uma parte, houverem sido confessados pela parte adversa²².

1.4 Regras de distribuição do ônus da prova: A inteligência do artigo 373 do CPC/2015

Conforme delineado nos capítulos anteriores, o direito probatório surge como instrumento de extrema relevância para o estudo do processo civil, uma vez que é por meio dele que as partes desenvolvem seus papéis de convencimento do órgão julgador.

Nesse contexto, a figura do ônus da prova se apresenta como um conjunto de regras que objetiva orientar a conduta a ser adotada pelas partes, em uma clara feição dispositiva do processo civil. Assim, nos termos do artigo 373 do atual Código de Processo Civil, incumbe ao autor fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu é atribuído o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Note-se que não se trata de um dever atribuído às partes sob pena de aplicação de uma sanção, mas sim de um ônus que, caso atendido, poderá implicar benefício para aquele que o observou, sendo identificado, portanto, como um “imperativo do próprio interesse” (DINAMARCO, 2017, p. 77) que, como tal, implica a necessidade de que cada uma das partes faça prova de suas respectivas afirmações (SANTOS, 1977).

Sintetizando as lições acerca do conceito de ônus, Buzaid afirma que:

As definições e explicações dos autores ressaltam que o ônus da prova consiste na necessidade de provar para vencer. Não é um direito, nem um dever, mas a imposição de ser diligente a fim de evitar prejuízos e danos, isto é, para não sofrer o risco da demonstração falhada. (BUZAID, 1962, p. 129).

Nas palavras de Marinoni e Arenhart (2015, p. 204) “a ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a

²² Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos no processo como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 204).

Assim, tem-se que, ao se desincumbir de seu ônus, a parte não garante que o julgamento da demanda lhe será favorável, uma vez que o juiz também irá apreciar as provas trazidas aos autos pela parte contrária. No entanto, caso a parte não faça prova daquilo que lhe é cabido e, portanto, não se desincumba de seu ônus probatório legal, certo é que suas chances de se lograr vencedora se tornam extremamente diminutas. Com efeito, somente na hipótese em que a prova produzida pela parte adversa lhe aproveitar é que se vislumbrará a possibilidade de um julgamento favorável à parte que permaneceu inerte (MARINONI; ARENHART, 2015).

Por outro lado, caso o autor, por exemplo, não seja eficiente na produção de prova de seu direito e acabe por não se desincumbir de seu ônus probatório e o réu, por sua vez, logre êxito em produzir prova da existência de fato impeditivo do direito alegado pelo autor, não se vislumbram motivos para que o órgão julgador adote postura outra que não a de julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em outras palavras, o que se tem é: a produção probatória não se apresenta como um dever das partes, mas sim como um direito ao convencimento do magistrado. Nessa perspectiva, o ônus da prova, em um primeiro momento, orienta as partes acerca das condutas que devem ser adotadas para que elas tenham maiores chances de sucesso em convencer o órgão julgador. Ou seja, a *contrario sensu*, tais regras estabelecem “abstratamente quem arca com a falta de prova” (DIIDER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 123). Assim, caso a parte não se atenha ao seu ônus, não é possível se vislumbrar, de imediato, uma punição, mas, por outro lado, não paira dúvida de que suas chances de êxito no processo serão reduzidas.

Para a corrente doutrinária que defende a existência de amplos poderes instrutórios do magistrado, o ônus da prova não deveria restringir a iniciativa probatória, uma vez que “a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder, de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130).” (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 11).

Justamente em razão da sua relevância para o caminhar da instrução processual e, posteriormente, para a solução a ser aplicável à lide, é possível que a regra geral de distribuição do ônus da prova seja alterada, à luz das peculiaridades do caso concreto, principalmente em razão da dificuldade desarrazoada que uma das partes terá para se desincumbir de seu ônus

originário²³. Assim, quando da análise do caso concreto e diante dos poderes instrutórios das partes em disputa é possível que o juiz entenda pela necessidade de inversão do ônus da prova.

Essa inversão pode decorrer de convenção celebrada entre as partes; de uma determinação do juiz; ou, ainda, de uma determinação do próprio legislador. Na primeira hipótese, as partes, diante de direitos que permitem a autocomposição²⁴, transacionam sobre as regras probatórias a fim de melhor atender seus interesses. Na segunda, o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, pode alterar a regra geral de distribuição do ônus da prova com o fim dar maior eficiência à instrução do processo. Por fim, há, ainda, hipóteses específicas definidas pelo legislador nas quais, preenchidos certos requisitos, deve-se proceder à inversão do ônus da prova²⁵ (NEVES, 2017).

Diante do exposto, verifica-se a feição subjetiva (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017) das regras de distribuição de ônus da prova: normas dirigidas às partes com o fim de orientá-las acerca do que cada uma deve provar e, portanto, de quem sairá prejudicado em razão da ausência de determinada prova. A feição objetiva, por sua vez, será melhor analisada no capítulo seguinte.

1.4.1 Ônus da prova como regra de julgamento

No capítulo acima analisou-se as regras de distribuição do ônus probatório em sua perspectiva subjetiva. Viu-se que o artigo 373 do atual Código de Processo Civil serve como um verdadeiro guia para a atuação das partes ao longo da instrução probatória, indicando as provas que se espera que cada uma delas produza e, com isso, deixando explícito, desde logo, qual das partes poderá ser prejudicada caso, quando do julgamento, se verifique determinada lacuna probatória.

A partir de agora passa-se, então, a analisar a feição objetiva das regras de distribuição do ônus da prova que, diferentemente da subjetiva, assume posição de relevância somente após

²³ Art. 373. O ônus da prova incumbe:
(...)

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

²⁴ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

²⁵ O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990), em seu artigo 38, determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

o término da instrução probatória. Assim, finalizada a fase de instrução e tendo as partes produzido as provas que lhes eram de seus respectivos interesses, caberá ao juiz – já na fase de julgamento, portanto – analisar o conjunto probatório carreado aos autos e, caso necessário, fazer uso das regras de distribuição do ônus da prova em seu viés objetivo.

Explica-se: estando a causa madura para julgamento – leia-se: estando a causa madura para a prolação de sentença –, o magistrado iniciará verdadeiro cotejo analítico entre, de um lado, as alegações e os pedidos formulados pelas partes e, de outro, as provas que foram produzidas durante a instrução processual. Tendo sido produzidas provas suficientes para o julgamento da demanda, o juiz proferirá decisão fundamentando-se justamente nas conclusões derivadas do conjunto probatório. Em outras palavras, bastará ao juiz apreender a verdade que emana das provas produzidas e, com isso, aplicar uma solução para o caso concreto em exame.

Por outro lado, entendendo o magistrado que a instrução probatória está deficiente e sabendo da vedação ao *non liquet*²⁶, poderá fazer uso das regras de distribuição do ônus da prova na condição de regras de julgamento para efetuar o solucionar a lide (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Assim, identificada a lacuna probatória e a parte que, de acordo com ao artigo 373 do atual Código de Processo Civil, falhou em se desincumbir do ônus de produzir aquela prova cuja falta ora é sentida pelo juízo, permite-se ao órgão julgador proferir decisão desfavorável à parte omissa.

Como bem resumido por Dinamarco:

O problema sequer existe, quando a prova convence o juiz do acerto ou do erro de uma alegação (veracidade ou inveracidade), porque nessas hipóteses ele simplesmente decidira segundo sua convicção e não há por que pensar no ônus da prova ou saber sobre qual das partes ele recaía. (...)

Isso significa que a regra de julgamento exerce uma função subsidiária no sistema, só se cogitando dela quando restar no processo um vazio probatório em relação a algum fato relevante, não tendo vindo aos autos uma prova suficiente a ser respeito. (DINAMARCO, 2017, pp. 92/93).

Tem-se, então, que a parte, ciente, desde o início do *iter* processual, de seu ônus probatório, ou seja, daquelas provas que o juízo espera que sejam produzidas por ela em razão de seu próprio interesse e como meio de comprovar suas alegações, e, conseqüentemente, de que está sujeita a ser prejudicada caso tais provas não sejam produzidas, opta, ainda assim, por não se desincumbir, total ou parcialmente, desse ônus.

²⁶ Nesse sentido, veja o teor do artigo 140 do atual Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”.

Novamente, o magistrado só precisará fazer uso de tais instrumentos quando se encontrar diante de uma instrução probatória deficiente ou inexistente. Nas hipóteses em que as provas carreadas aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador que irá proferir a sentença, não haverá que se falar em aplicação das regras de distribuição no ônus da prova em seu aspecto subjetivo ou objetivo, em razão da aplicação do princípio da comunhão da prova²⁷ (NEVES, 2017). Ou seja:

(...) o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual. (NEVES, 2017, p. 735).

Ao defender a existência de amplos poderes instrutório do juiz, Bedaque afirma que antes do julgamento tais regras não deveriam ser uma preocupação para o magistrado, que, por sua vez, deveria se empenhar para que a instrução seja a mais ampla e eficiente possível. Assim, as previsões processuais civis acerca da distribuição do ônus da prova somente tomariam relevância quando se estivesse diante de situações de insuficiência de provas:

São regras de julgamento [as regras de distribuição do ônus da prova], ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo.

(...)

Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momento diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova. (BEDAQUE, 2009, pp. 120/122).

Diante desse cenário de inexistência ou insuficiência de prova, o atual do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios da eficiência, cooperação e duração razoável do processual, permite que o órgão julgador, aplique as regras de distribuição do ônus da prova e profira decisão desfavorável àquela parte que não assumiu o papel que lhe era esperado durante a instrução probatória.

Em síntese, não se desconhece a possibilidade de que a instrução probatória pudesse ter sido mais robusta. Pelo contrário, é justamente em razão da ciência de que uma das partes não produziu a prova que lhe cabia que, à exceção daquelas hipóteses em que a prova produzida

²⁷ Nas palavras de Neves (2017, p. 735) o princípio da comunhão ou aquisição da prova “(...) determina que, uma vez tendo sido a prova produzida, ela passa a ser do processo, e não de quem a produziu.”

pela parte adversa lhe aproveita, poderá se adotar como solução para o caso concreto a prolação de sentença contrária aos interesses da parte omissa.

Tal aplicação do ônus da prova como regra de julgamento se apresenta como verdadeiro corolário do princípio dispositivo no processo civil, pois confere total ciência às partes da conduta que lhes é esperada, bem como dos riscos que a parte que não se desincumbe do seu ônus probatório está sujeita a arcar. Em outras palavras, o próprio ordenamento trilha um caminho a ser seguido pelo magistrado em caso de instrução probatório insuficiente que não a produção probatória de ofício pelo julgador.

2. A DISCUSSÃO ACERCA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 Modelos de organização do processo

2.1.1 Os modelos adversarial, inquisitivo e cooperativo

No início deste trabalho analisou-se os princípios inquisitivo e dispositivo e, ainda que brevemente, suas respectivas aplicações no atual Código de Processo Civil brasileiro. Viu-se, portanto, que, ao tempo em que o princípio inquisitivo implica maior concessão de poderes e controle do processo ao magistrado, o princípio dispositivo, na contramão, é identificado nas hipóteses em que às partes é conferida maior liberdade e influência sob o curso do processo.

Em poucas palavras, tal qual é ensinado por Barbosa Moreia (2003), a identificação da preponderância de um ou outro princípio está na análise que se “tira da ‘divisão do trabalho’ entre juízes e partes (...)”.

Assim, a depender de qual dos princípios é aplicado na estruturação e organização do processo, entende-se pela ocorrência do modelo adversarial ou do modelo inquisitorial. Como os próprios nomes já antevêm, na hipótese de incidência do princípio dispositivo, estar-se-á diante de processo que adotara o modelo adversarial. Noutro giro, verificando-se a incidência do princípio inquisitivo – ou seja, de maior controle da marcha processual pelo juiz –, reconhecer-se-á o modelo inquisitorial. Nas palavras de Didier Jr.:

Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo. (DIDIER JR., 2017, pp. 136/137).

Como já destacado anteriormente, os modelos adversarial e inquisitorial podem se manifestar simultaneamente no curso do mesmo processo, sendo preferível que se fale, portanto, em preponderância de um ou outro modelo em determinada fase ou tema processual. Explica-se: quando se pensa na propositura da demanda e na delimitação da matéria levada ao conhecimento do Poder Judiciário conclui-se pela preponderância inequívoca do modelo adversarial. Por outro lado, ao analisar-se outros aspectos processuais, é possível que não se chegue à idêntica conclusão.

Com efeito, no que concerne à instauração processo, tem-se a aplicação do princípio da inércia da jurisdição pelo qual fica “a movimentação inicial da jurisdição condicionada à

provocação do interessado.” (NEVES, 2017, p. 83). Assim, salvo raras exceções, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir em conflitos particulares e tomar para si o poder de solucioná-los. Pelo contrário, é direito da parte escolher se fará uso – ou não – da jurisdição²⁸. No mesmo sentido, cabe às partes definirem o limite da controvérsia levada ao conhecimento do juízo, sendo vedado ao magistrado decidir questão que está fora do limite estipulado pelas partes²⁹ ou que vai além daquilo que foi pedido³⁰.

Por outro lado, é possível identificar o modelo inquisitorial nos dispositivos que estipulam que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (...)”³¹, bem com que o processo se desenvolverá por “impulso oficial”³².

Vê-se, portanto, que os modelos adversarial e inquisitorial podem coexistir, de modo que sua análise somente faz sentido quando realizada dentro um recorte temático no amplo escopo do processo civil (DIDIER JR., 2017).

Antes de partir para a análise do modelo cooperativo, cujo estudo é mais recente, deve-se, a título de curiosidade, indicar que o debate delineado acima acerca da incidência do princípio inquisitivo ou dispositivo e, conseqüentemente, da verificação da organização do processo segundo o modelo inquisitorial ou adversarial, não teria sentido à luz dos ensinamentos de Bedaque (2009) para o qual a distinção entre princípio inquisitivo e dispositivo somente se faria presente no campo do direito material.

Assim, para o professor, a inquisitividade ou dispositividade estaria relacionada à natureza da relação de direito material discutida: se direito disponível ou se de direito indisponível, de modo que, tratando-se de princípios de natureza substancial – e não processual – somente podem ser usadas como justificativa para a limitação dos poderes ao juiz em atos

²⁸ Tanto é assim que está ficando cada vez mais difundida a utilização da arbitragem para solução de litígios.

²⁹ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

³⁰ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

³² Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

processuais das partes voltados diretamente para o direito material disponível. Outras eventuais limitações – entre elas a referente à produção probatória de ofício – não possuiriam, portanto, qualquer nexos com a relação material em discussão e, conseqüentemente, com esse dispositivo (BEDAQUE, 2009). Nas palavras do Ilustre professor:

Conclui-se assim que a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referente à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. (BEDAQUE, 2009, p. 94).

Voltando à discussão acerca dos modelos de organização do processo, resta analisar brevemente a existência de um terceiro modelo, qual seja: o modelo cooperativo que, como decorrência do movimento garantista, se apresenta como meio de proteger as partes dos poderes inquisitivos do magistrado e do autoritarismo que não raras vezes o acompanha (DIDIER JR., 2017).

Nesse modelo, abrandam-se as disputas pelo protagonismo processual e esforça-se para criar um cenário em que as partes e o juiz assumam posições cooperativas e, ao contrário do duelo, instaure-se o diálogo, a cooperação e, com maior veemência, a boa-fé processual. Nas palavras de Didier Jr.:

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais. (DIDIER JR.; 2017, p. 141).

O modelo cooperativo pressupõe, portanto, um maior diálogo entre as partes e o juiz, dando-se maior relevância aos princípios do contrário e da cooperação e exigindo-se, para tanto, deveres de esclarecimentos, lealdade e informação dos três atores processuais (DIDIER JR., 2017).

Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil em seus artigos 6º, 9º e 10º³³ traduz com certa clareza o comportamento que se espera das partes e do magistrado no curso do processo em que se adota o modelo cooperativo.

³³ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

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.

2.1.2 A aplicação dos modelos adversarial e inquisitorial na fase de instrução probatória

Estudados os três modelos de organização do processo e tendo compreendido a possibilidade de sua coexistência no curso do processo civil, há que se analisar qual desses modelos – especialmente se o modelo adversarial ou inquisitorial – é identificado na fase processual de instrução probatória.

Os principais dispositivos processuais civis que devem guiar essa análise são os artigos 370, *caput*, e 373, *caput* e incisos, ambos do atual Código de Processo Civil:

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

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Digladia-se a doutrina, portanto, acerca da interpretação a ser conferida ao artigo 370 mencionado acima. Há quem entenda pela existência de amplos poderes instrutórios do magistrado e, como consequência, pela possibilidade de produção probatória de ofício; quem, no sentido oposto, se insurja contra o artigo 370 do atual Código de Processo Civil e sustente sua manutenção no ordenamento implica violação ao devido processo legal; e, ainda, quem entenda que tais dispositivos – artigos 370 e 373 – devem ser lidos em conjunto e compatibilizados de modo que se confira poderes instrutório ao juiz, mas que somente poderão ser exercidos se observadas certas condicionantes (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Tal discussão se alinha, portanto, com qual modelo de organização processual se entende aplicável na fase probatória. Caso se defenda a existência de amplos poderes instrutórios do juiz, se alinhará ao modelo inquisitorial. Por outro lado, na hipótese de se defender o monopólio da instrução probatória pelas partes, a conclusão será a de incidência do modelo adversarial, de modo que ao juiz restaria o papel de analisar o conjunto probatório carregado aos autos pelas partes, sendo vedada sua contribuição na produção probatória.

Aqueles que se manifestam pelo juiz como amplo legitimado a atuar na fase de instrução probatória, inclusive produzindo provas de ofício, fundamentam seu posicionamento principalmente na ideia de que o processo deve perseguir, tanto quanto possível, a verdade, sob pena de não se apresentar como um processo justo. Nesse sentido, o magistrado, na condição de responsável pela apuração dos fatos e julgamento da demanda, somente deveria julgar a causa quando se sentir plenamente confortável, diante da produção probatória, quanto a

destinação a ser dada ao bem jurídico no caso concreto (ALVIM, 2013; BEDAQUE, 2009; MOREIRA, 1994).

Para os defensores de tal corrente, o interesse do Estado na solução da controvérsia jurídica levada a seu conhecimento se sobrepõe ao interesse privados das partes na aplicação do direito ao caso concreto. Assim, atuando em nome do Estado e com o fim de alcançar a justiça e aplicar a verdade no caso concreto, o magistrado não poderia ter seu poder de produzir provas de ofício restringido em razão da vontade das partes ou da natureza do direito tutelado. (BEDAQUE, 2009)

Já a parte da doutrina que entende pela impossibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado justifica-se na necessidade de preservação da imparcialidade do órgão julgador, na importância da vedação a posicionamentos autoritários e na possibilidade de que hipóteses de insuficiência ou ausência de provas sejam solucionadas a partir da aplicação das regras de ônus da prova (BEDAQUE, 2009; BUZAID, 1962).

Segundo os ensinamentos de Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (2012), o juiz deveria assumir a posição de espectador, de modo que lhe seria vedado atuar como investigador e determinar a produção probatória de ofício. Essa visão encontra respaldo no garantismo processual, no qual (...) o campo das discussões relativo ao direito controvertido se restringe somente às partes (...)" (RIBEIRO, 2012).

Por fim, os que não desconhecem a titularidade de poderes instrutório pelo juiz, mas, ao mesmo tempo, reconhecem a importância de que seu exercício observe certas condicionantes, tendem a fazê-lo de modo a buscar alternativas para compatibilizar situações de inexistência de paridade de armas ou de demandas que versem sobre direitos indisponíveis e a aplicação dos princípios da imparcialidade do juiz e do dispositivo (ALVIM, 2013; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Assim, apesar de, em regra, situações de incerteza do magistrado e ausência ou insuficiência de provas deverem ser resolvidas com a aplicação das regras de ônus da prova, situações específicas justificariam uma postura mais ativa por parte do juiz a fim de que se busque a justiça no caso concreto.

2.2 O atual sistema de valoração da prova pelo juiz – Convencimento Motivado

Quando do estudo da valoração da prova – momento no qual o juiz fará uso das provas produzidas para formular seu convencimento acerca da solução a ser conferida ao litígio em análise –, a doutrina identifica a existência de três sistemas principais: o sistema da tarifação legal, o do convencimento íntimo e o do convencimento motivado, também conhecido como

sistema da persuasão racional (DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA; 2017; DINAMARCO, 2017; SANTOS, 1970).

O sistema da tarifação legal se caracteriza por uma valoração legal *a priori* dos meios de provas aceitos pela legislação³⁴. Justamente por se tratar de uma valoração legal, tais regras são estabelecidas em carácter genérico e abstrato, aplicando-se indistintamente a todos os processos e reduzindo, quase que por completo, o poder do juiz de, à luz das circunstâncias do caso concreto, exercer o juízo de valoração das provas produzidas.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos: “(...) cada prova tem um valor inalterável e constante, previsto pela lei, e por isso ao juiz não é lícito apreciá-la senão na conformidade da eficácia que a lei lhe atribui.” (1970, p. 342).

Nesse sistema, o legislador, calcado em regras de experiência, crenças e superstições (DINAMARO, 2017), cuidou de estipular valores para cada uma das provas, relegando ao magistrado o lugar de um matemático (NEVES, 2017) que, para proferir a decisão no caso concreto, deve tão somente somar os valores atribuídos a cada uma das provas produzidas e, com isso, conceder a vitória ao litigante que somara mais pontos.

Em casos tais não seria possível ao magistrado, por exemplo, conferir maior relevância às declarações da testemunha que desfavoreçam a parte que a arrolou e, paralelamente, analisar com mais ceticismo aquelas que a favoreçam (YARSHELL, 2009 apud DIDIER, 2018). No mesmo sentido, tampouco será permitido ao magistrado, para o deslinde da controvérsia, levar em consideração que uma das partes, ainda que sem o ônus de fazê-lo, cuidou de produzir uma prova com significativa dificuldade, ao tempo em que a parte a quem incumbia o ônus de tal produção se manteve inerte.

Não há que se falar, portanto, em convicção. Os instintos, os sentidos e a percepção do magistrado são completamente dispensáveis à solução do caso concreto. Theodoro Junior (2015) acertadamente relaciona esse sistema com a ideia de verdade formal, que, como visto, não traz a devida preocupação com a efetiva coincidência entre o processualmente comprovado e a realidade fática.

³⁴ Neste ponto, importante ressaltar a distinção entre fontes e meios de prova na doutrina de Dinamarco (2017). Fontes seriam os elementos externos ao processo, como pessoas e coisas que, quando trazidos para o processo, permitem a obtenção de informações que auxiliaram o juiz e as partes na comprovação dos fatos deduzidos em juízo. Meios de prova, por outro lado, são as “técnicas processuais” (p. 98) que norteiam o modo por meio do qual serão extraídas as informações relevantes dos elementos externos trazidos para integrar o processo (fontes de prova). Assim, a prova testemunhal seria um meio de prova, ao tempo em que se a testemunha, uma fonte de prova.

O sistema do convencimento íntimo se apresenta no ponto diametralmente oposto desse espectro, sendo o juiz “soberanamente livre quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas” (SANTOS, 1970, p. 345).

No bojo de tal sistema, o juiz poderia não apenas decidir com base em conhecimento privado, mas também adotar a confortável posição de, uma vez formado seu convencimento em um determinado sentido, fundamentar sua decisão somente na prova que justificasse seu entendimento. Desse modo, o juiz deixaria de mencionar os motivos pelos quais eventual prova que, em tese, levaria à conclusão oposta, não foi capaz de alterar seu posicionamento. Há, portanto, inequívoco espaço para arbitrariedades.

Nesses casos, imagina-se a dificuldade – ou quase impossibilidade – de controle de tais decisões. Ora, podendo o juiz decidir até mesmo contrariamente à prova produzida no processo e, inclusive, sem observar a garantia constitucional de fundamentação³⁵ dos atos decisórios³⁶, fica mesmo difícil imaginar como as partes poderiam impugnar uma decisão desprovida de fundamentos lógico-jurídicos que a sustentem.

Por fim, o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional surge como um meio termo entre a completa ausência de autonomia do magistrado na valoração probatória e a total liberdade em seu convencimento. O convencimento motivado é o sistema adotado pelo atual Código de Processo Civil e ao mesmo tempo que, em regra, deixa ao alvedrio do magistrado a valoração da prova no caso concreto, também impõe ao órgão julgador alguns limites que devem ser observados durante esse exercício.

Segundo os ensinamentos de Moacyr Amaral Santos (1970, p. 347), “a liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais.” Assim, a convicção do órgão julgador encontraria limite nos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; nas provas desses fatos, colhidas

³⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³⁶ Nas palavras de Neves (2017, p. 45), “Nesse sistema vale tão somente o convencimento íntimo do juiz, que não vê obrigado a justificar suas escolhas, podendo até mesmo julgar contra a prova produzida caso assim lhe pareça concreto.”

na causa; nas regras legais e máximas de experiência, além de dever ser sempre motivada (SANTOS, 1970).

Vê-se, assim, a vedação a decisões não fundamentadas ou destoantes da prova produzida durante a fase de instrução probatória, devendo o magistrado se ater ao conjunto probatório dos autos, bem como fundamentar sua decisão não apenas nas provas que convergem com seu entendimento, mas também – e, principalmente – indicando as razões pelas quais as provas em sentido contrário não foram capazes de alterar seu posicionamento.

O exercício de convencimento do magistrado deve, ainda, se pautar pelas regras da experiência e pelo conhecimento ordinário.

Apesar de, em princípio, não se falar em hierarquia entre as provas, certo é que tal regra não é absoluta, podendo-se encontrar, ainda hoje, resquícios do sistema da prova tarifada. Assim, ao mesmo tempo em que se admite que as conclusões do laudo pericial não vincularão o juiz³⁷, também se mantêm as previsões do artigo 406 do atual Código de Processo Civil³⁸ e dos artigos 215 e 225³⁹ do atual Código Civil acerca das chamadas provas plenas.

2.2.1 A preclusão *pro iudicato*

Na linha do que já foi afirmado no subcapítulo acima referente ao objeto da prova, há um momento processual de extrema relevância para a instrução probatória e para a sentença a ser proferida na fase de julgamento, qual seja: a fase de saneamento do processo, etapa processual regulada pelo artigo 357 do atual Código de Processo Civil⁴⁰.

³⁷ Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

³⁸ Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

³⁹ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.
Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

⁴⁰ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;
II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;
IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

É nesse momento processual que, por meio da decisão saneadora, questões pendentes são resolvidas. Delimita-se as questões de direito relevantes para o deslinde da controvérsia; decide-se acerca da necessidade de designação de audiência de conciliação e julgamento e, ainda, define-se as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, com a consequente distribuição do ônus da prova.

Conforme se depreende da leitura combinada de tal dispositivo com a previsão do artigo 1.015 do mesmo diploma processual civil⁴¹, que, por sua vez, cuida das hipóteses em que será admitida a interposição de agravo de instrumento, conclui-se que é vedado à parte recorrer, de imediato, da decisão saneadora que indefere o pedido de produção de determinada prova. Assim, somente haverá que se falar em preclusão quando a parte que teve seu pedido de produção probatória indeferido não se insurgir contra tal decisão em preliminar de apelação⁴².

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

⁴¹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

⁴² Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

Até a interposição do recurso de apelação, portanto, o tema não estará abarcado pela preclusão e poderá ser passível de rediscussão caso a parte o recupere tempestivamente.

Entendido como o instituto da preclusão é aplicado às partes do processo, passa-se à análise do tema sob a perspectiva do magistrado. Essa é questão tão interessante quanto a anterior, mas, sem dúvida, com maior grau de complexidade. Se a preclusão, para a partes, acerca da produção probatória se resolve com uma simples conjugação de dispositivos processuais objetivos, o mesmo não se pode dizer da preclusão *pro iudicato*.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2017) saem em defesa da inexistência de preclusão *pro iudicato* em razão de duas justificativas principais. A primeira delas consubstanciada no teor do artigo 370 do atual Código de Processo Civil⁴³, que conferiria poderes instrutórios ao magistrado com o fim de evitar um estado de dúvida ou incerteza. A segunda, por sua vez, se funda no reconhecimento da possibilidade de que, ao final da instrução, o magistrado entenda pela necessidade de converter o julgamento em diligência probatória.

Assim, a lógica adotada por tais autores é a de que, ao longo da demanda, podem surgir novos temas acerca dos quais entender-se-á de grande relevância a produção probatória, de modo que não deveríamos aprisionar o magistrado a um juízo de valor realizado quando da prolação da decisão saneadora.

Com esteio em tal entendimento, defende-se, inclusive, a possibilidade de que o juiz reconsidere decisão anterior que havia indeferido o requerimento de produção probatória formulado por uma das partes, na hipótese em que o fato a ser provado vier a assumir, em momento posterior, posição de destaque para o deslinde da controvérsia. Salvaguarda-se, no entanto, a impossibilidade de reconsideração da decisão que deferiu o pleito probatório formulado pelo autor ou réu.

Idêntico é o entendimento adotado por Neves (2017), que reafirma não apenas a possibilidade de que o juiz altere seu entendimento e passe a entender pela relevância de determinada prova cuja produção tinha sido inicialmente indeferida, como também a vedação à reconsideração de decisão anterior que houver deferido a produção de determinada prova, sob justificativa de que, neste último cenário, a produção probatória seria direito adquirido da parte que a requereu.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

⁴³ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Arruda Alvim (2013, p. 100), destacando a importância da instrução probatória para a efetivação de um processo justo, afirma que “as decisões que versam o direito à prova não são alvo de preclusão judicial, tendo em vista que ao juiz não é dado dispor, definitivamente, do direito à prova invocado pelas partes.”.

Bedaque (2009, p. 17) vai além e, defendendo a ideia que “quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele [o juiz] chegará”, afirma que “as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual” (2009, p. 19). Tais regras, portanto, não poderiam prevalecer a perseguição pela verdade e ao poder do juiz de buscá-la.

É esse raciocínio que leva tal autor a defender que o instituto da preclusão pode até impedir que as partes produzam uma prova que não foi requerida no momento adequado, entretanto, jamais poderia tolher a produção probatória de ofício do magistrado:

(...) pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado. (BEDAQUE, 2009, pp. 18/19).

(...)

Assim, ainda que a parte venha a perder a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão temporal, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, por entendê-la necessária à formação de seu convencimento. (BEDAQUE, 2009. p. 21).

A força dos poderes instrutórios do juiz defendida por Bedaque (2009) é tamanha que o autor chega ao ponto de defender a possibilidade de produção probatória de ofício nas hipóteses em que, apesar da revelia⁴⁴, as alegações autorais forem inverosímeis. Assim, a produção probatória de ofício não sujeita à preclusão somente encontraria limite diante do princípio da razoável duração do processo, de modo que, a despeito dos amplos poderes instrutórios do juiz, seu exercício não poderia acarretar excessiva demora.

⁴⁴ Nos termos do artigo 344 do atual código de processo civil, fala-se em revelia quando o réu não contestar a ação. Um de seus principais efeitos é justamente a presunção de veracidade das alegações formuladas pelo autor. Presunção essa que, como bem delineado por Neves (2017), é relativa, podendo, portanto, ser afastada no caso concreto.

3. AS TEORIAS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES INSTRUTÓRIOS PELO JUIZ

3.1 A interpretação mais adequada do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015

3.1.1 1ª Corrente – Juiz como titular de amplos poderes instrutórios

Conforme já adiantado no subcapítulo acima, referente à incidência dos modelos inquisitorial ou adversarial na fase de instrução probatória, classifica-se como, no mínimo, intensa a discussão acerca da existência de limites aos poderes instrutórios do juiz e de como tais limites estariam delineados.

A primeira corrente é formada por estudiosos que defendem a titularidade, pelo magistrado, de amplos poderes instrutórios durante a fase probatória, sendo permitido ao juiz produzir até mesmo provas não requeridas pelas partes. Como expoentes dessa corrente, cita-se os professores José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Roberto Barbosa Moreira. Estes autores fundamentam suas conclusões em três pontos principais, quais sejam: o caráter publicista e instrumental do processo; a imprescindibilidade da busca da verdade e da justiça no caso concreto; e a necessidade de que o magistrado aja com o fim de garantir a igualdade real entre as partes.

No que concerne ao caráter publicista do processo, Bedaque (2009; 2013) defende que, ainda que as partes possam dispor de seu direito como bem entenderem nas hipóteses em que a relação jurídica em debate tenha a substância de direito material disponível, certo é que, ao levar a discussão para o Poder Judiciário, elas deverão necessariamente observar os princípios publicistas do processo. Tal conclusão decorre do fato de que, ainda que o processo seja um meio para a solução do conflito de ordem material, ele também possuiu outra finalidade que consiste na eliminação da crise e pacificação social. Em outras palavras, o processo deve servir não apenas como instrumento para solucionar conflitos privados, mas também como reflexo do interesse público e do anseio social pela correta observância da lei.

Assim, segundo o entendimento de Bedaque (2013, p. 117), “O interesse público na correta atuação da lei e na eliminação das crises existentes no plano material de forma justa deve prevalecer sobre o interesse particular das partes em ver reconhecidos seus direitos”. E continua o professor (2013, p. 118): “Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida

em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado”.

Idêntico é o pensamento de Barbosa Moreira (1984), que vai afirmar que não importa a natureza da relação material discutida no bojo do processo. Isso porque, ao deflagrar-se o processo judicial, tem-se início uma nova relação, esta de inequívoca natureza publicista, e que, portanto, não pode ser invariavelmente afetada pelas partes. Nas palavras do ilustre professor:

Mas parece que tudo isso gira em torno de um enorme equívoco, porque, quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato. (MORERIA, 1984, p. 2).

Em outras palavras, ambos autores entendem que a incidência do princípio dispositivo no âmbito da relação material não implicaria, por si só, restrições aos poderes judiciais na fase de instrução probatória, influenciando tão somente os reflexos que a relação material disponível possa produzir no processo.

O segundo fundamento utilizado por tais autores para sustentar seu posicionamento é o de que o processo, como consequência de seu caráter publicista, deve ser um instrumento para efetivação da justiça. Nesse sentido, tanto mais justo será o processo quanto mais se aproximar da verdade dos fatos, de modo que deve o juiz sempre buscá-la, não se podendo admitir que a vontade das partes seja um empecilho para tal atividade: “Quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele [o juiz] chegará. Ou seja, deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial” (BEDAQUE, 2013, p. 113).

No mesmo sentido, o professor Barbosa Moreira, reconhecendo a relatividade da busca pela verdade, afirma que, ainda que a parcela da verdade a qual efetivamente se pode ter acesso seja reduzida, é melhor que se busque essa parcela do que nenhuma (MOREIRA, 1984). Acerca do processo como instrumento para se garantir a justiça assim disserta o autor:

Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. (MOREIRA, 1984, p. 2).

Por fim, Barbosa Moreira e Bedaque sustentam que o exercício de amplos poderes instrutórios pelo magistrado pode servir como verdadeiro instrumento para que se garanta a igualdade real entre as partes litigantes. Segundo os ensinamentos de Bedaque (2013), ao se ter em mente que eventuais desigualdades extraprocessuais possam influenciar na ausência de

paridade real no bojo do processo, há que se entender que a produção probatória de ofício “poderá evitar que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo” (BEDAQUE, 2013, p. 125).

No mesmo sentido, Barbosa Moreira (1985) defende que a outorga de poderes instrutórios ao magistrado é conduta alinhada ao modelo de Estado com preocupações sociais e que, portanto, busca a efetivação não apenas da igualdade formal, mas da igualdade substancial.

Neste ponto é importante destacar que os doutrinadores não entendem haver qualquer prejuízo à imparcialidade do magistrado em razão da produção probatória de ofício. Em síntese, aos olhos de tais autores, quando o juiz determina a produção de determinada prova ele está tão somente a buscar acessar, com a maior precisão possível, os fatos que deram azo à instauração do processo. Desse modo, não haveria como o julgador conhecer, de antemão, o que restará demonstrado pela prova cuja produção determinou, não havendo como saber qual das partes será prejudicada ou beneficiada (BEDAQUE, 2013; MOREIRA. 1984):

Ora, em primeiro lugar, quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo, ordena uma perícia, não dispondo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará. (MOREIRA, 1984, p. 2).

Além disso, Bedaque (2013) defende que qualquer questão relacionada à eventual quebra da imparcialidade do magistrado poderia ser resolvida mediante simples exercício do contraditório. Ou seja, tendo o magistrado concedido oportunidade para que as partes se manifestassem acerca da prova cuja produção determinou de ofício e tendo fundamentado de maneira suficiente sua decisão, haveria de se concluir pela ausência de violação ao princípio da imparcialidade.

Diante do exposto, conclui-se que ambos os autores – Barbosa Moreira e Bedaque – defendem, com a maestria que lhes é peculiar, a inequívoca possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz como meio de garantir a justiça, a igualdade real entre os litigantes e uma maior proximidade com a verdade, sem que isso implique, por outro lado, prejuízo à imparcialidade do magistrado.

Assim, mínimos seriam os limites impostos ao magistrado durante o exercício de seu poder instrutório, podendo citar entre eles os limites objetivos da demanda e a necessidade de observância ao princípio do contraditório e de fundamentação das decisões.

Apesar do concatenado raciocínio desenvolvidos pelos iminentes juristas citados acima, propõe-se uma abordagem diferente sobre a titularidade, pelo magistrado, de amplos poderes instrutórios, em razão das razões abaixo deduzidas.

Inicialmente, há que se destacar que o objetivo de conferir caráter publicista, a todo custo, ao processo, pode causar distorções perigosas no sistema, ainda mais nas hipóteses em que tal princípio encontra-se diante de uma relação de direito material disponível.

Como exemplo de tais distorções cita-se a postura adotada – com maior visibilidade pelas cortes superiores – de, a despeito do que prevê o artigo 988 do atual Código de Processo Civil⁴⁵, indeferir o pedido de desistência do recurso formulado pelo recorrente após a inclusão do processo em pauta de julgamento alegando, para tanto, as justificativas de relevância da matéria em discussão e, portanto, da importância de que o Poder Judiciário se manifeste sobre o assunto.

A despeito de a hipótese aventada acima não estar diretamente relacionada à amplitude dos poderes instrutórios do juiz, mas, sim, ao campo do direito de ação e da voluntariedade recursal, ela se apresenta como importante plano de fundo para que o caráter publicista do processo em geral seja analisado.

Nesse sentido, em acórdão publicado em setembro de 2018, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.721.705/SP⁴⁶, de relatoria da Ministra Nancy Andri ghi, por maioria⁴⁷, acolheu a questão de ordem levada ao colegiado pela Ministra relatora para indeferir o pedido de desistência recursal formulado pela recorrente. A justificativa foi, justamente, no sentido de que o papel uniformizador da aplicação da legislação federal ao se deparar com matérias cujo interesse ultrapassaria o das partes em embate, deveria prevalecer e, portanto, justificar o indeferimento da desistência recursal com o fim de que o tribunal se manifeste sobre o assunto, fazendo jus ao papel constitucional que lhe fora atribuído.

A Ilustre relatora chegou a afirmar que a inteligência do parágrafo único do artigo 988 do atual Código de Processo Civil seria uma premissa “válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um

⁴⁵ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

⁴⁶ Em seu mérito, o recurso especial cuidava da necessidade de que seguradoras fornecessem remédios a segurados mesmo que eles tenham sido indicados para tratamento não descrito na bula.

⁴⁷ Na ocasião, restou vencido o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a relatora, Ministra Nancy Andri ghi, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

interesse coletivo, ainda que aqueles sujeitos ao procedimento dos repetitivos possam tê-lo em maior proporção.” (ANDRIGHI, 2018, p. 4). De acordo com tal entendimento, todo e qualquer recurso especial, possuiria, para além do fim específico de solucionar a controvérsia entre as partes, uma finalidade pública que justificaria quase que a anulação dos interesses e vontades das partes para que se pudesse satisfazer os supostos anseios sociais.

Está-se diante de um inequívoco alargamento do caráter publicista do processo. Alargamento esse que, com o devido respeito, entende-se indesejado pelo legislador que, ao redigir o texto do parágrafo único do artigo 988 do atual Código de Processo Civil, cuidou de restringir as hipóteses em que a desistência recursal seria relativizada. Ora, fosse o desejo do legislador colocar a relevância da matéria em discussão acima dos interesses privados das partes em todos os recursos especiais e extraordinários, tal dispositivo não teria sido tão cauteloso ao prever que a desistência do recurso não impediria a análise tão somente daqueles processos cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daqueles recursos extraordinários ou especiais afetados para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos.

Situações como a descrita acima passam a sensação de completa indiferença, por parte órgão julgador, para com a finalidade do processo de tutelar os direitos subjetivos das partes que procuram o Poder Judiciário e transparecem não uma efetiva preocupação, pelo Estado, com garantir a paz social, mas sim com “assegurar a submissão dos cidadãos à sua ordem e à sua autoridade” (GRECO, 2008, p. 43).

Cabe dizer, ainda, que não se ignora a importante missão de uniformização da aplicação das leis e de garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Entretanto, quer parecer claro que tais preocupações não podem ser infladas ao ponto de sufocar a finalidade de que o processo civil aplique o direito objetivo a situações subjetivas concretas e distintas entre si. Nas palavras de Greco:

Nenhum processo civil tutela o direito objetivo, por mais abstrata e geral que seja a eficácia da decisão por ele preconizada. O processo civil tutela as situações subjetivas agasalhadas pelo direito objetivo, ainda que indeterminadas ou indetermináveis sejam essas situações. O direito objetivo é meio e não fim da jurisdição civil. (GRECO, 2008, p. 43).

Verifica-se, portanto, que, apesar de o processo civil depender de um ato de vontade de parte para se iniciar e, novamente, por um ato da parte ser possível que ele se encerre, ainda assim, situações como a descrita acima transparecem a ideia de que “a vontade da parte torna-se uma intrusa no processo e que subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável” (GODINHO, 2015, p. 1169). No

extremo, portanto, tem-se que tal movimento fará com que o processo deixe de ser coisa das partes para se tornar uma *coisa sem partes* (GODINHO, 2015, p. 1172).

Tratando ainda do caráter publicista do processo, é importante destacar que o próprio sistema prevê situações que demonstram a preocupação do legislador em permitir o exercício da autonomia da vontade das partes, evitando, com isso, uma leitura absolutista do publicismo processual. Nesse sentido, cita-se o artigo 190 do atual Código de Processo Civil que prevê que, "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo."

Yarshell (2018) ao analisar esse dispositivo legal traz importante reflexão acerca da distinção entre relações de direito material disponíveis e relações de direito material que permitam a autocomposição:

Ao adotar a distinção entre disponível e transacionável, o CPC/15 pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e limites do negócio processual. De todo modo, sob a égide do Código, a viabilidade de negócio processual não fica restrita a litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. (YARSHELL, 2018, p. 244).

Assim, o atual Código de Processo Civil permitiu, expressamente, que não apenas nos processos que cuidam de direitos patrimoniais disponíveis, mas também nas hipóteses em que se trate de capacidade de pessoas físicas e que figure como parte a Administração Pública será admissível a realização de negócio jurídico processual (YARSHELL, 2018). Vê-se, portanto, que o próprio diploma processual civil atual, ao permitir que as partes convençionem não apenas sobre os direitos materiais tidos como disponíveis, não pretende dar ao publicismo processual o caráter absoluto que lhe dão os defensores da corrente ora analisada, tampouco se atém a dissociar, por completo, a influência do caráter dispositivo do direito substancial nos contornos de eventual processo judicial a ser instaurado.

Entende-se, portanto, que, ao contrário do que alegam os defensores dessa corrente, a disponibilidade do direito material em discussão perante o Poder Judiciário produz inegáveis efeitos também no campo processual, implicando, inclusive, limitações ao órgão julgador e determinando sua vinculação à eventual convenção celebrada entre as partes, nos termos do artigo 190 do atual Código de Processo Civil supramencionado. Ora, como restringir o menos – celebração de negócios jurídicos em processos que cuidem de direitos disponíveis – quando o mais – celebração dos mesmos negócios no bojo de processos versem sobre direitos

indisponíveis transacionáveis – é uma faculdade expressamente prevista no atual diploma processual civil? (YARSHELL, 2018)

O artigo 190 mencionado acima, por certo, encontra aplicabilidade também em matéria probatória. Tal fato leva ao questionamento de se seria razoável que o magistrado, sob a justificativa do caráter publicista do processo e de seu dever de buscar a verdade e a justiça no caso concreto, atropelasse eventual convenção estabelecida entre as partes relacionada à instrução probatória e determinasse a produção probatória de ofício, ao arrepio do que restou no negócio jurídico.

A resposta parece ser negativa em razão de três principais constatações. A primeira delas é a de que, podendo as partes transigirem, extraprocessualmente, sobre o direito material em jogo, não se vislumbram motivos que justifiquem tolher seu direito de transigir quanto à matéria probatória pelo simples fato de elas terem levado seu conflito ao Poder Judiciário (YARSHELL, 2018).

Em segundo lugar, há que se destacar, novamente, a preocupação de que a autonomia da vontade das partes seja suprimida ao ponto de transformar o processo em verdadeira *coisa sem partes*. Novamente, agora nas palavras de Yarshell, não se pode negar o caráter instrumental do processo “que é instrumento de superação de controvérsias, e não de atuação do direito objetivo de forma desvinculada de tal finalidade” (YARSHELL, 2018, p. 250), de modo que tratar a prova como matéria de ordem pública “seria sobrepor o meio aos fins.” (YARSHELL, 2018, p. 250).

Por fim, em terceiro lugar, há ainda que se destacar que, se se reconhece a vinculação do magistrado aos fatos controversos indicados na decisão de saneamento, nos termos do que prevê o § 2º do artigo 357 do atual Código de Processo Civil⁴⁸, também há que se reconhecer sua vinculação à convenção celebrada entre as partes (YARSHELL, 2018).

⁴⁸ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 ;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

(...)

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

Reafirmando a possibilidade de que as partes celebrem negócios jurídicos que versem sobre a produção probatória pode-se citar os § 3º e 4º do artigo 373 do atual Código de Processo Civil⁴⁹ que autorizam as partes, por meio de convenção, a redistribuir o ônus da prova antes ou durante o curso do processo.

Novamente, tal previsão legal afasta a áurea publicista absolutista do processo e abre espaço para a autonomia das partes implicando, portanto, a necessidade de que se reconheça a influência do caráter disponível do direito material em discussão nos contornos do processo, como também a natureza jurídica material das normas referentes às provas.

Tem-se, portanto, que, diante do fato de as partes poderem convencionar sobre as regras referentes às provas e, portanto, do maior grau de dispositividade de que tais regras são dotadas, há que se concluir pelo conteúdo eminentemente material de tais normas. (GIANNICO, 2005)

A Professora Maricé Giannico em trabalho destinado a estudar a natureza jurídica da prova, identifica o reconhecimento de tal fenômeno por parte da doutrina:

Assim, para alguns autores, esta possibilidade de as partes convencionarem sobre o ônus da prova é uma demonstração de que o ordenamento jurídico pátrio admite quaisquer pactos sobre provas (inclusive sobre a não utilização de determinados meios de prova) e que, portanto, a natureza jurídica da norma é de direito substancial. (GIANNICO, 2005, p. 173).

Assim, verifica-se, novamente, a adoção, pelo ordenamento jurídico, de mecanismos que garantem significativo grau de dispositividade e flexibilidade para as regras referentes ao direito probatório, ratificando a impossibilidade de que tal matéria seja estudada sob uma ótica publicista absoluta.

Diante de tudo o que foi exposto até o momento, conclui-se que, ainda que se reconheça o caráter publicista do processo e o caráter cogente das normas que o regulam, certo é que tal entendimento não deve, de forma alguma, impedir a aplicação de normativos processuais que, na contramão, se preocupem em garantir a autonomia da vontade das partes. Nas palavras de Yarshell:

⁴⁹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Pensar que o poder de instrução do juiz deveria ser sempre o mesmo, sem qualquer cogitação acerca da relação de direito material controvertida, seria reputar - ainda que tacitamente - que o caráter público do processo, determinado por seus escopos, seria também determinante de um caráter absolutamente indisponível da relação de direito processual; o que, em última análise, impediria que o autor desistisse do processo, ainda que com a concordância do réu. (YARSHELL, 2013, p. 201).

Em relação à busca pela verdade e à preocupação em perquirir a justiça no caso concreto, há que se rememorar, inicialmente, as conclusões obtidas no subcapítulo concernente à prova e verdade. Com efeito, tal como visto, salvo em discussões metafísicas e religiosas, a verdade não possui – e nem deve possuir – caráter absoluto, de modo que o órgão julgador não deveria se colocar na posição – que chega a ser narcisista – de único ou principal responsável por apreender a verdade absoluta do caso concreto. Nas palavras de Godinho:

(...) nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial. (GODINGO, 2015, p. 1194).

Não se quer dizer com isso que os fatos relevantes para a solução da controvérsia levada ao conhecimento do Poder Judiciário não devem ser apurados, mas sim que o juiz não deve se colocar na posição de justificar sua atuação ilimitada na instrução probatória com base na suposta crença de que somente com seus esforços poderá ascender a uma verdade universal que garantirá a justiça da decisão. A finalidade principal do processo não é encontrar a verdade absoluta, mas, sim, solucionar a controvérsia levada ao seu conhecimento e tutelar os direitos subjetivos das partes envolvidas. Nas palavras de Yarshell (2018, p. 255): “(...) a busca da verdade não é um escopo do processo, que, na realidade, busca pacificar mediante a eliminação das controvérsias – embora realmente o faça mediante a atuação do direito objetivo”.

O próprio sistema processual civil brasileiro reconhece a relatividade do conceito de verdade e, como consequência disso, a impossibilidade de que ela seja buscada a qualquer custo.

Ora, ao admitir uma séria de presunções legais e judiciais, bem como a possibilidade de aplicação de regras de experiência e elencar uma série de fatos que independem de produção probatória⁵⁰, o ordenamento jurídico brasileiro não demonstra outra coisa senão a admissão de

⁵⁰ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

que a verdade é deveras abstrata, devendo o processo civil adotar mecanismos que, apesar de não ignorarem a importância de verificação dos fatos alegados pelas partes, reconhecem a falibilidade desse exercício de comprovação (DINAMARCO, 2017). Desse modo o próprio ordenamento positivado propõe alternativas para conciliar a necessidade de apuração dos fatos com a impossibilidade de se atingir suposta verdade absoluta e com o princípio constitucional da duração razoável do processo⁵¹.

Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2017, p. 80), “As presunções legais são regras jurídicas que o juiz deve aplicar e a sua função no direito probatório está relacionada com a dispensa da prova do fato presumido”. No mesmo sentido, as regras de experiência seriam “o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 76), servindo como instrumento para apuração dos fatos, pelo magistrado, ao permitir a formação das presunções judiciais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Assim, como bem ressaltado por Dinamarco (2017), a utilização tanto das presunções legais e judiciais têm o inequívoco objetivo de facilitar a prova:

Objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova. Há situações em que, sendo esta particularmente difícil, a lei ou o juiz facilita a demonstração do fato relevante, satisfazendo-se com a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa. (DINAMARCO, 2017, p. 135).

Desse modo, caso se adotasse a postura extremada de conferir caráter absoluto à busca pela verdade nos termos do que prevê a corrente ora analisada, haveria que se concluir pela possibilidade de que o juiz determine, de ofício, que a produção probatória recaia sob fatos notórios, fatos confessados e até mesmo sob fatos abarcados por regras de presunção. Tal conclusão parece ir de encontro ao objetivo do diploma processual civil estudado como o verdadeiro sistema que é. Nas palavras de Yarshell,

Além disso, a atuação oficial do magistrado, em muitos casos, poderia simplesmente anular o que pretendeu o legislador, ao estatuir presunções. Se o fato presumido está situado fora do objeto da prova, a presunção significa que a parte em desfavor de quem milita a presunção tem o ônus de provar a inocorrência do fato presumido, ou então de provar fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Nesse contexto, a busca da verdade pelo magistrado significaria também investigar um fato que o legislador preferiu ter como verdadeiro a partir de certas circunstâncias. (YARSHELL, 2013, p. 202).

⁵¹ Nesse sentido, importante o ensinamento de Yarshell (2018, p. 255): “Essa visão, por sobre ser mais uma vez irrealista, é desde logo parcial: o conhecimento dos fatos é, sem dúvida, instrumento para a consecução do objetivo de aplicar o direito no caso concreto, mas em boa medida conflita com o escopo social, de mais rápida superação da controvérsia e, como dito, de consequente pacificação social.”

É também nesse sentido que o atual Código de Processo Civil prevê que as alegações de fato constantes na inicial serão presumidas verdadeiras, caso não impugnadas⁵². Assim, novamente, verifica-se que a intenção do legislador de afastar a produção probatória em tal hipótese, o que, por certo, também inclui a produção probatória de ofício.

Ora, havendo aceitação expressa ou tácita por uma das partes quanto à alegação levantada pela parte contrária, não se vislumbram razões para que o juiz se aposse do papel que era esperado que a parte prejudicada pela ausência de controvérsia adotasse – qual seja, o de impugnar o fato alegado – e passe a atuar como verdadeiro investigador. Nesse cenário, a parte a quem beneficia a ausência de controvérsia se encontraria em uma posição de se defender não apenas da parte contrária, mas também do magistrado.

Nas palavras de Neves:

Também a alegação de fato não controvertida não será objeto de prova, já que a produção da prova se dá justamente para convencer o juiz da veracidade de determinada alegação de fato e, não havendo controvérsia, o juiz já considerará verdadeira tal alegação, gerando a desnecessidade de produção de prova. (NEVES, 2017, p. 731).

A aceitação da tese defendida por diversos autores acerca da inexistência de preclusão *pro iudicato* em matéria probatória como um dos desdobramentos do imperativo da busca da verdade a qualquer custo também se apresenta como outra hipótese em que a parte a quem beneficia a inércia do Poder Judiciário no curso da instrução probatória deverá se defender não apenas das provas produzidas pela parte contrária, mas também daquelas determinadas a qualquer tempo de ofício pelo magistrado.

Esmiuçando melhor essa questão, retoma-se algumas das alegações formuladas no subcapítulo que tratou justamente do tema da preclusão *pro iudicato* para integral compreensão da problemática ora analisada.

Em síntese, tem-se que, ao tempo em que a parte deve observar regras procedimentais específicas para requerer a produção probatória, ao juiz não se faz tal exigência. Afinal, consoante defendido por diversos autores⁵³, o instituto da preclusão não impediria que o magistrado viesse a deferir a produção de provas antes indeferidas ou a determinar a produção de provas que sequer haviam sido requeridas.

⁵² Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas (...)

⁵³ Para maiores informações, vide capítulo 2.2.1 acima.

Ou seja, é possível que, estando os autos conclusos para julgamento e, conseqüentemente, já tendo sido produzidas todas as provas deferidas quando da fase de instrução, o juiz dê um passo atrás no *iter* processual e, por entender que seu convencimento não estaria completamente formado, determine a produção de nova prova ou defira a produção daquela que outrora fora indeferida.

O arbítrio do magistrado quanto à possibilidade de retorno à fase instrutória acarreta um cenário, no mínimo, injusto, no qual a parte prejudicada pela prova produzida em decorrência da iniciativa oficial não terá a oportunidade de requerer a produção de contraprova, de modo que seu direito de defesa restará inevitavelmente prejudicado.

Essa circunstância pode, ainda, se apresentar de forma mais grave ao se ter em mente a hipótese em que, não tendo o autor logrado êxito em comprovar o fato constitutivo de seu direito e o réu, como consequência, se sentiu confortável para se restringir a adotar a posição de negar a existência do direito do autor – deixando de alegar, portanto, a existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo e, conseqüente, não sendo atingindo pelas regras de ônus da prova. Em situações como essa, superada a fase de requerimento de produção probatória e de sua efetiva produção, caso o magistrado venha a determinar, de ofício, a produção de prova que, ao final, acaba por comprovar a existência de fato constitutivo do direito autoral, verifica-se a violação dos princípios da legítima expectativa, segurança jurídica e igualdade entre as partes.

Autorizado ao magistrado a empreender busca desenfreada pela verdade absoluta, abre-se inevitável espaço para que o juiz, ao se colocar na posição de investigador, busque a sua própria verdade – ou seja, o seu próprio conceito de verdade – o que poderá acarretar uma deturpação do conflito levado ao Poder Judiciário. Nas palavras de Bedaque (2013, p. 128), “entende-se, ainda, que a investigação unilateral por parte do juiz pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação.”.

Quanto à busca pela verdade, há que se destacar que o próprio reconhecimento do ônus da prova em sua faceta objetiva representa justamente o afastamento do processo civil da utopia de busca pela verdade, aproximando-se das garantidas constitucionais de eficiência e duração razoável do processo para fornecer, mais uma vez, um caminho legítimo a ser seguido pelo magistrado naquelas hipóteses de insuficiência ou ausência de prova. Não seria necessária, portanto, a adoção de qualquer comportamento autoritário por parte do magistrado para garantir a possibilidade de prolação de uma decisão:

Exatamente por ser incerto o estado de fato é que a ordem jurídica positiva confere ao juiz uma regra, que serve de critério no julgamento, dando-lhe o conteúdo da sentença.
(...)

A finalidade do processo é a atuação do direito, considerando os fatos tais como ficaram provados ou pressupostos. O equívoco em que laboraram os autores acima citados está em admitir que o objetivo do processo seja a procura da verdade material. (BUZAID, 1962, p. 132).

Ora, como bem ressaltado por Yarshell, não haveria sentido a previsão legislativa acerca do ônus da prova se, superada a fase instrutória o juiz pudesse suprir as omissões incorridas pelas partes ainda que por negligência ou estratégia processual – como no exemplo da parte que deixa de requerer a produção de prova pericial para evitar ter de arcar com os honorários periciais:

Assim, de nada adiantará a qualificação do ônus das partes pela lei se, depois, as consequências estabelecidas para a falta da respectiva observância puderem ser supridas pelo exercício dos poderes de instrução do juiz (CPC, art. 130), a pretexto de buscar a verdade real e de fazer justiça. É preciso entender e aceitar que a justiça, nesse caso, reside na atribuição do encargo e que a atuação oficial - a exemplo do que ocorre nos casos em que a lei estabelece presunções - viria a frustrar o objetivo colimado pelo Legislador. (YARSHELL, 2013, p. 204).

À guisa de conclusão, entende-se que o magistrado não pode ser alçado a posição de sujeito iluminado e único capaz de garantir que o processo atinja seu fim. Aceitar essa visão paternalista em que a salvação deve ser fornecida por um poder revelador (GODINHO, 2015) viola não apenas a autonomia da vontade das partes, como também distorce a métrica processual ao presumir que o magistrado, terceiro estranho à controvérsia instaurada, poderá exercer com maior eficiência a instrução probatória dos fatos ocorridos entre as partes.

Por fim, há que discorrer, ainda, acerca dos motivos pelos quais se entende que o argumento de que o magistrado seria o único sujeito do processo capaz de corrigir eventuais distorções para que se alcançasse a igualdade real entre as partes também não é razão suficiente para justificar a titularidade, pelo órgão julgador, de amplos poderes instrutórios que o permitiriam determinar a produção probatória de ofício.

Há que se destacar, de início, que a verificação, no caso concreto, da ausência de igualdade real entre as partes não é uma tarefa simples de realizar e acaba por envolver um maior ou menor grau de subjetividade (YARSHELL, 2013). Tal fato, por si só, já representa um sério risco.

Além disso, entende-se que a tarefa de prever mecanismos para impedir – ou, pelo menos, amenizar – a manutenção de desigualdade entre as partes foi absorvida pelo Poder Legislativo que, por meio de diversos instrumentos, como os institutos da preclusão e da inversão do ônus da prova – inclusive *ope legis* –, cuidou de prever mecanismos a serem utilizados pelo órgão julgador com o objetivo justamente de garantir a igualdade real entre as partes (YARSHELL, 2013). Neste aspecto, portanto, verifica-se que a intenção do

ordenamento, mais uma vez, não foi a de solucionar o problema da desigualdade por meio da produção probatória de ofício e do exercício de ilimitados poderes pelo magistrado, tendo, ao contrário, previsto mecanismos outros para controlar essa questão.

Nesse sentido, importante colacionar os ensinamentos do Ministro Herman Benjamin ao longo do voto proferido nos autos do Recurso Especial nº 883.656/RS⁵⁴ em que disserta com peculiar clareza a relevância do instituto da inversão do ônus da prova para a garantia da igualdade real entre as partes em litígio:

Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas pelo sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. (BENJAMIN, 2012, p. 10).

Além do mais, certo é que eventual opção legislativa de corrigir possíveis falhas no sistema por meio da atividade probatória de ofício poderia implicar resultado oposto ao pretendido e, a pretexto de garantir maior igualdade entre as partes litigantes, acabaria, na prática, por acarretar maiores distorções isonômicas no sistema. Nas palavras de Yarshell (2013, p. 202) “finalmente, constatando o juiz a desigualdade, ao tentar estabelecer a paridade de armas, o juiz pode acabar desequilibrando a balança para o outro lado.”.

A falibilidade de tal sistema se dá não apenas nas hipóteses em que o juízo de valor do magistrado acerca da ausência de igualdade real não é adequadamente realizado no caso concreto (faceta endoprocessual), mas também quando, diante de uma comparação entre situações similares, levadas ao conhecimento de juízos distintos, um deles, por reconhecer uma desigualdade, atue de forma mais ativa, ao passo que o outro, entendendo pela existência de igualdade real, adote uma postura mais inerte (faceta extraprocessual). Assim, nas palavras de Godinho (2015, p. 1193), “a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual”. E continua o autor:

⁵⁴ No mérito, tratava de recurso que buscava impugnar a determinação do tribunal a quo de inversão do ônus da prova em matéria ambiental quanto a questões de responsabilidade civil.

Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. (GODINHO, 2015, p. 1192/1193).

Por fim, faz-se importante mencionar que não se desconhece o fato de que a grande quantidade de curso de Direito ativos no Brasil e, conseqüentemente de profissionais disponíveis no mercado, permite a existência de significativas disparidades técnicas entre os advogados, e tampouco somos indiferentes aos problemas decorrentes do incipiente alcance das Defensorias Públicas⁵⁵. Entretanto, defende-se que a solução para esses problemas não pode vir da concessão de amplos poderes instrutórios ao magistrado. Em vez de se tomar o caminho mais fácil e que independe de qualquer dispêndio econômico ou estrutural do Poder Público, defende-se que o Estado deve se preocupar em criar mais – e melhores – mecanismos efetivos de fiscalizar a qualidade dos ensinos jurídicos no país e em cumprir a determinação constitucional de garantia de assistência jurídica integral e gratuita⁵⁶.

Analisados os principais argumentos alegados pelos defensores da titularidade, pelo magistrado, de amplos poderes instrutórios, conclui-se que, diante dos contrapontos acima delineados, tal corrente não aparenta ser a mais adequada, principalmente ao se estudar o ordenamento processual civil em uma leitura sistêmica⁵⁷.

3.1.2 2ª Corrente – Juiz como titular de poderes instrutórios limitados: Direito material indisponível e igualdade real entre as partes

⁵⁵ Em estudo realizado pela ANADEP e pelo IPEA (2013) verificou-se que “Apenas 124 comarcas não apresentam déficit de defensores, considerando como necessário um defensor público para cada 10.000 habitantes, de modo que 95,4% das comarcas brasileiras ou não possuem defensor público ou possuem em número insuficiente. Cerca de um terço do déficit de defensores públicos é referente a comarcas já atendidas pela Defensoria, pois 87,3% das comarcas com Defensoria Pública ainda apresentam déficit de defensores.”. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁵⁶ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁵⁷ Destaque-se que se reserva a discussão acerca da produção probatória de ofício e o princípio da imparcialidade para o final deste capítulo, para fins de organização.

De início, há que se destacar que não se desconhece a existência de diversas vertentes que defendem a existência de poderes instrutórios limitados, mas que estipulam contornos diferentes para tais limites⁵⁸. Para os fins a que se propõe este trabalho, entretanto, optou-se por selecionar a corrente doutrinária que entende que o exercício do poder instrutório pelo magistrado deve se dar apenas em duas hipóteses específicas, quais sejam: a inexistência de igualdade real entre as partes e a natureza indisponível do direito em discussão. Durante a análise desta corrente far-se-á uso, principalmente, das lições dos professores Dinamarco (2017) e Arruda Alvim (2013).

Para tais autores, apesar de se reconhecer, como regra geral, que o juiz deve adotar posição mais inerte e deixar ao alvedrio das partes a condução da instrução probatória, não haveria como se ignorar que, em situações específicas, deveria o órgão julgador adotar postura mais ativa inclusive com o objetivo de garantir a ampla defesa. Nas palavras de Dinamarco (2017, p. 60): “A fórmula do desejável compromisso de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática judicial como norma geral mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em certos casos.”. No mesmo sentido é o ensinamento de Arruda Alvim:

Em virtude do princípio da imparcialidade, ao juiz incumbe uma atuação gerencial que lhe permita ordenar o processo de maneira a garantir a igualdade das partes; por outro lado, e principalmente do ponto de vista da atividade probatória, é possível que este atue supletivamente às partes na proposição das provas, em hipóteses específicas. (ALVIM, 2013, p. 99).

No entender de Arruda Alvim e Dinamarco, as hipóteses específicas que justificariam a produção probatória de ofício pelo magistrado seriam as situações em que se verificasse direito material indisponível em disputa e ausência de igualdade real entre as partes.

Em se tratando de direito indisponível, tal exceção se justificaria justamente em razão da preocupação de que, em razão de possível negligência ou imperícia, a parte pudesse acabar por comprometer direitos sob os quais não poderia sequer dispor (DINAMARCO, 2017), o que legitimaria a atuação mais ativa por parte do magistrado com o fim de garantir o exercício da

⁵⁸ Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2017, pp. 102/103): “Dentre esses últimos, existem: (i) os que entendem que a atividade instrutória oficial somente pode ser complementar à atividade da parte, jamais substitutiva; (ii) os que admitem a iniciativa oficial, mas alertam que ela afasta a imparcialidade do juiz, de modo que seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, segundo o qual, determinada a prova de ofício pelo magistrado (conduta que não seria proibida), deveria ele afastar-se do cargo, remetendo os autos para que um outro julgador apreciasse o mérito; (iii) os que admitem a iniciativa oficial, mas afirma que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida – maior amplitude quando se tratar de direitos indisponíveis; menor amplitude quando se tratar de direitos disponíveis – e da igualdade substancial das partes – sendo elas substancialmente iguais, menor amplitude; desiguais, maior amplitude, em favor do hipossuficiente.”.

ampla defesa e salvaguardar os valores reconhecidos como de maior relevância pelo ordenamento jurídico (YARSHELL, 2013).

Já no que concerne à garantia de tratamento igualitário entre as partes, a produção probatória de ofício pelo órgão julgador se justificaria como instrumento para impedir que desigualdades externas (culturais ou financeira) influenciassem com tamanha força no curso do processo ao ponto de implicar ausência de igualdade real entre as partes em disputa. Nas palavras de Dinamarco:

Além disso, as desigualdades econômicas e culturais são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes das desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a paridade em armas que o princípio isonômico exige (...). Onde há uma parte mais frágil que a outra, ou mais vulnerável aos azares de um processo mal conduzido ou deficientemente instruído, deve o juiz atuar no sentido de promover uma compensação dessa fragilidade ou vulnerabilidade, por todos os meios lícitos a seu alcance. (DINAMARCO, 2017, pp. 58/59).

Importante notar que, a despeito de os autores em referência concordarem com a possibilidade de produção probatória de ofício nas hipóteses acima descritas – quando o mérito do processo versar sobre direitos indisponíveis e diante da verificação da ausência de igualdade real entre as partes –, há divergência quanto ao caráter suplementar ou complementar da iniciativa oficial.

Enquanto para Dinamarco (2017) a simples omissão das partes já autoriza a atuação *ex officio* pelo juiz, para Arruda Alvim (2013), os poderes instrutórios do magistrado somente poderiam ser acionados em caráter supletivo caso a prova produzida deixasse o juiz em estado de perplexidade, não podendo servir como instrumento para suprir a inércia da parte:

(...) art. 130 do CPC somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas desde que esta incerteza seja emergente da prova já produzida. O art. 130, pois, aplicar-se-á como um *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz subrogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa. (ALVIM, 2013, p. 104).

Apesar de a corrente ora analisada restringir, significativamente, as teorias defendidas por Bedaque e Barbosa Moreira tratadas no subcapítulo acima, ainda assim não se entende que essa seria a abordagem mais adequada para o tema.

No que concerne à autorização de maior ativismo judicial diante da verificação da ausência de igualdade formal entre as partes, pede-se licença para fazer referência aos argumentos delineados no subcapítulo acima para se chegar, mais uma vez, a três conclusões principais.

A primeira delas é a de que não se pode ignorar as dificuldades empíricas em se identificar a desigualdade no caso concreto. A segunda é a de que a necessidade de se reconhecer os riscos de que, ao se permitir que o juiz realize tal juízo de valor acabe-se por cancelar um poder que poderá ser exercido de forma arbitrária e praticamente imune de controle pelas partes ou por eventual tribunal *ad quem*. Por fim, a terceira conclusão é justamente a de que o próprio sistema processual civil cuidou de prever mecanismos para incidir diante da desigualdade do caso concreto com o fim de evitá-la ou, pelo menos, minimizá-la. Entre tais mecanismos cita-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, a existência de presunções judiciais e até mesmo a possibilidade de que se confira o benefício da justiça gratuita, o que, dentre outras coisas, se apresenta como importante mecanismo para permitir que a parte atue de forma mais incisiva e se sinta confortável a requerer, inclusive, a produção de prova pericial⁵⁹.

Além disso, quer parecer, ainda, que a opção por atribuir ao magistrado uma espécie de heroísmo processual, na condição de solista, (GODINHO, 2015, p. 1183) decorreria de um sentimento de desconfiança para com o advogado. Nas palavras de Greco:

O que é de lamentar é que hoje no Brasil, em muitos setores da justiça, tenha se formado uma consciência negativa de juizes a respeito da atuação dos advogados, como se estes mais atrapalhassem do que colaborassem para a boa administração da justiça, o que leva muitas vezes o juiz a adotar atitudes autoritárias na ânsia de suprir possíveis deficiências dos advogados. (GRECO, 2008, p. 51).

Tamanha seria tal desconfiança para como o serviço prestado pelo advogado que autorizar-se-ia que o magistrado valorasse o silêncio da parte na produção de determinada prova. Valoração essa que, acredita-se aparentar ser realizada partindo da presunção não de que

⁵⁹ Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

§ 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente.

§ 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o art. 465, § 4º.

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

a parte e advogado debateram as circunstâncias do caso concreto e, por uma questão de estratégia processual, optaram por não produzir determinada prova, mas, sim, de que o advogado não estaria exercendo sua função com a expertise necessária, o que justificaria a iniciativa oficial.

Em relação à permissão da produção probatória de ofício nas hipóteses em que a demanda versar sobre direitos materiais indisponíveis, também não quer parecer que tal circunstância justificaria a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado.

Com efeito, em tais hipóteses, o Ministério Público haverá de intervir no processo na condição de *custus legis*, com o dever de garantir a ordem jurídica democrática e a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, nos termos do que prevê os artigos 176 e 178 do atual Código de Processo Civil⁶⁰. Ao atuar em tal condição lhe será conferida a oportunidade de requerer todas as medidas processuais pertinentes, inclusive no que diz respeito à produção probatória:

Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

Assim, pode-se identificar a intervenção do Ministério Público como um importante mecanismo previsto no ordenamento jurídico pátrio com o precípua fim de garantir a devida tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Entende-se que o devido exercício de seus poderes-deveres no curso do processo implicaria o reconhecimento de que sequer haveria necessidade de eventual produção probatória de ofício pelo magistrado. Isso porque, independentemente da desconfiança para com o advogado e da ausência de igualdade entre as partes, a atuação do órgão ministerial neutralizaria essas questões e forneceria os elementos necessários para que o magistrado profira decisão independentemente da omissão das partes.

Em outras palavras, a atuação do Ministério Público surgiria como meio para evitar o ativismo do magistrado, garantindo que, diante da maior relevância dos direitos em discussão,

⁶⁰ Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

ele tenha as condições suficientes para decidir a controvérsia sem atuar como verdadeiro investigador, resguardando, portanto, sua imparcialidade:

A presença do Ministério Público no processo civil é ditada pela relevância desses valores e pela total inconveniência política de autorizar o juiz a instaurar processos por iniciativa própria ou a envolver-se apaixonadamente em teses controvertidas, ou a empenhar-se com a combatividade de uma verdadeira *parte* na busca ou produção de provas (inércia da jurisdição). Tais funções não atribuídas ao *Parquet*, que não exerce funções jurisdicionais e portanto suas iniciativas processuais e a empenhada busca de provas não turbarão a serenidade e a imparcialidade daquele que irá julgar (Liebman). E porque estão em jogo certos valores reputados essenciais, que o sistema não quer deixar à margem da tutela oferecida mediante o processo, sua atuação processual é reputada essencial à jurisdição (...). (DINAMARCO, 2016, pp. 882/883)

Dinamarco chega inclusive a reconhecer a relevância da intervenção do Ministério Público nas demandas que versem sobre direito indisponíveis. Entretanto, conclui que sua atuação não seria suficiente para impedir a ocorrência de distorções:

Para esses casos, ordinariamente a lei vale-se da Instituição do Ministério Público, que por definição é o guardião do interesse público (...) e, ao dar-lhe legitimidade para instaurar o processo ou exigir-lhe participação naqueles que forem instaurados por iniciativa de outrem, procura a fidelidade dos julgamentos ao direito objetivo e à realidade dos fatos (...). Mesmo assim, há sempre o risco de perdurarem deficiências probatórias, a dano da sociedade como um todo, de comunidades inteiras ou de grupos expressivos de pessoas. (DINAMARCO, 2017, p. 58).

Novamente, não quer parecer saudável adotar uma perspectiva de desconfiança para com a atuação do Ministério Público no cumprimento de seu dever constitucional⁶¹, colocando-se, uma vez mais, o magistrado como única figura digna de confiança e capaz de garantir a aplicação da justiça no caso concreto.

Assim, defende-se que a indisponibilidade do direito material em disputa também não seria razão apta a justificar a titularidade, pelo juiz, de poderes instrutórios mais amplos, uma vez que o próprio ordenamento jurídico cuidou de prever mecanismo para colaborar, entre outras coisas, com a instrução probatória da demanda e, com isso, evitar a intromissão do magistrado na seara das faculdades e ônus das partes.

3.1.3 3ª Corrente – O artigo 370 do atual Código de Processo Civil contraria o devido processo legal

⁶¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante das argumentações delineadas acima era de se esperar que se buscasse defender, neste trabalho, que o artigo 370 do atual Código de Processo Civil contraria o devido processo legal em razão de três principais razões.

A primeira delas está relacionada ao fato de que, ao adotar qualquer uma das duas correntes indicadas acima ter-se-ia que reconhecer o esvaziamento da regra contida no artigo 373 do atual Código de Processo Civil concernente à distribuição do ônus da prova, quando, na verdade, a simples aplicação de tal dispositivo tornaria completamente dispensável a produção probatória de ofício:

Em uma visão sistemática e harmoniosa da ordem processual observa-se que esses e outros possíveis casos em que o juiz tenha o poder-dever de tomar a iniciativa da prova são responsáveis por uma mitigação das regras sobre o ônus da prova (...) – porque, na medida em que o juiz cuida ele próprio de dar início à efetivação de um meio de prova, as omissões da parte que não toma essa iniciativa serão menos gravosas ou até mesmo irrelevantes em relação à sua posição no processo e às suas perspectivas de vitória. (DINAMARCO, 2017, p. 60).

Ora, a partir do momento em que as partes estão cientes da possibilidade de atuação oficiosa do magistrado durante a instrução processual, certo é que a preocupação em se desincumbir do ônus que lhe cabe é significativamente reduzida, ou até mesmo anulada. Tal situação permite que as partes adotem uma posição mais confortável no curso do processo, na confiança de que, independentemente da sua inércia ou negligência, o resultado ainda assim lhe poderia ser favorável.

Com o devido respeito para aqueles que defendem as correntes estudadas acima, quer parecer que adoção de uma conduta deveras paternalista pelo magistrado não condiz com a sistemática do atual Código de Processo Civil, que busca assegurar, em diversas passagens, a autonomia das partes. A aplicação das regras de ônus da prova como regras de julgamento trata-se de conduta não apenas legítima, mas esperada de que seja adotada pelo magistrado.

Ora, estando as partes cientes, desde antes mesmo da instauração do processo judicial, do ônus que lhes cabe durante a instauração probatória, também elas estão cientes do possível prejuízo que poderá advir da omissão ou insuficiência probatória acerca de determinada matéria. Não há que se falar em surpresa ou em violação a direitos e garantia das partes, mas sim de aplicação da legislação processual civil em vigor, que não deverá ser ignorada sob a pretensão de que somente o magistrado, por meio de seus amplos poderes instrutórios, seria capaz de garantir que o processo atinja sua finalidade. Nas palavras de Yarshell:

Ora, se o ao juiz foi outorgado o poder de determinar a regra de distribuição do ônus da prova, e se a comunicação às partes sobre isso deve ser feita de forma a permitir que a parte se desincumba do encargo, então parece razoavelmente claro que a lei já deu ao juiz o poder de interferir nos domínios da prova de forma altamente eficiente.

Não é preciso exercer poderes de instrução de ofício na medida em que, de antemão, as partes já sabem que eventual dúvida remanescente se resolverá em desfavor de uma delas. (YARSHELL, 2018, p. 254).

Assim, após a produção probatória realizada pelas partes, permanecendo o juiz em estado de dúvida acerca da existência do direito constitutivo alegado pelo autor, deverá ele aplicar a regra de ônus da prova e, com isso, julgar a demanda improcedente. Como se vê, a prolação de uma decisão coerente no caso concreto não depende de atuação oficiosa do magistrado.

Além do mais, caso efetivamente fosse do interesse do ordenamento que o juiz se distanciasse da toga e tomasse para si a incumbência referente à produção probatória, não haveria razão para a existência do instituto da coisa julgada *Secundum Eventum Probationes*.

Como visto, a coisa julgada, em regra, se forma independentemente do teor da decisão que transitou em julgado. No entanto, a legislação pátria prevê algumas exceções a essa regra geral ao estipular que em determinadas hipóteses associadas a direitos coletivos e difusos⁶², a decisão, ainda que transitada em julgado, não fara coisa julgada caso o juiz expressamente afirme que a improcedência dos pedidos formulados pelo autor está calcada na insuficiência de provas. Nas palavras de Neves:

Enquanto, no instituto tradicional, a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não depende do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. (NEVES, 2017, p. 906).

Ora, se ao magistrado é conferido amplos poderes instrutórios para garantir o império do publicismo, a justiça, a verdade e a igualdade no caso concreto, naturalmente não seria

⁶² Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Lei nº 4.717/1965 (regula a ação popular) – Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

necessária a existência de tal instituto. Com efeito, se se entende pela possibilidade de que o magistrado por meio de sua iniciativa oficial, determine a produção das provas que entender necessárias para o deslinde do processo, também há que reconhecer a inutilidade do instituto da coisa julgada *Secundum Eventum Probationis*.

Resta evidenciada a relevância dada pelo legislador quanto à importância de que as próprias partes, ao recorrerem ao Poder Judiciário, assumam a responsabilidade por suas ações e omissões, rechaçando-se uma postura paternalista e intervencionista do Estado ainda que isso implique a possibilidade de repositura de demanda idêntica.

Mais uma vez, a conclusão a que se chega é que o ordenamento processual civil, compreendido como o sistema que é, não cansa de apresentar evidências de que a iniciativa oficial referente à instrução probatória não é o caminho mais adequado a ser seguido.

Em segundo lugar, também há que se destacar que a busca desenfreada, por parte do órgão julgador, pelo que se chama de verdade real ou verdade absoluta não implica outra coisa senão a adoção de uma postura autoritária por parte do magistrado, que, indiferente ao poder de disposição das partes, alarga o interesse de tais sujeitos no que se refere à produção probatória. Nesse sentido, importante colacionar breve passagem do Professor Leonardo Greco:

É autoritário exigir que o advogado sacrifique o interesse do seu cliente em benefício da busca da justiça, assim como impor à parte o dever de afirmar tudo o que conhece, de apresentar os meios de prova que lhe são prejudiciais ou de renunciar a aproveitar-se dos erros do adversário. A busca da verdade real e a iniciativa probatória do juiz são frutos de uma visão autoritária do processo (...). (GRECO, 2008, pp. 32/33).

Além disso, não há que se perder de vista que, a pretexto de buscar uma verdade real e absoluta, o juiz, ao se colocar no papel de investigador, não raras vezes investigará de modo a comprovar a verdade reconhecida em seu íntimo, acabando por deixar que suas convicções pessoais influam na solução a ser aplicada ao caso concreto. Nas palavras de Sérgio Luiz Ribeiro:

Significa que a prova de ofício faz do juiz um investigador do fato, mas não aquele relacionado com o processo, mas sobre o fato surgido do seu inconsciente, fazendo com que ele acabe por substituir os argumentos das partes por suas convicções pessoais sobre o objeto da demanda.

Quando o juiz passa a investigar os fatos, ele deixa de dar crédito às alegações das partes, uma vez que em seu âmago já definiu uma situação fática preestabelecida no seu inconsciente (psique), utilizando-se de alguns elementos contidos no processo e buscando outros para justificar na sentença aquela situação imaginária iniciada com sua investigação pessoal. (RIBEIRO, 2012, p. 237)

Em terceiro lugar, indica-se que, apesar do esforço empreendido pelos defensores das correntes que defendem a existência de amplos poderes instrutórios titularizados pelo

magistrado, fato é que a produção probatória de ofício viola o princípio da imparcialidade e, com isso, a garantia constitucional do devido processo legal⁶³.

Quanto a esse ponto, não se desconhece a alegação de que o magistrado, ao determinar a produção, de ofício, de certa prova, não haverá de saber, de antemão, a qual das partes lhe aproveitará o resultado. No entanto, o que ora se defende é que ele tem a total consciência, à luz das regras de distribuição do ônus da prova, de quem será prejudicado caso permaneça o estado de dúvida em que se encontra.

Nas palavras de Yarshell (2013, p. 202): “Aqui, é preciso refletir criticamente sobre a assertiva segundo a qual o juiz, quando ordena a produção da prova, desconhece o respectivo resultado e que, portanto, não poderia atuar de forma parcial. É que ele sabe a quem desfavorece a correspondente falta.”

No mesmo sentido é o ensinamento de Glauco Gumerato Ramos:

Por melhor que seja a intenção do juiz quando se vale de seus poderes instrutórios *ex officio*, o que passa é que essa sua postura *ativa* foi fomentada pela *dúvida* quanto à existência do *fato* em que se funda o direito pretendido ou resistido. Se, ao contrário, fosse a *certeza* a invadir o espírito do juiz, certamente não determinaria a produção da prova de ofício. E se há *dúvida* quanto a um dos lados da controvérsia é porque ao juiz tocou a *certeza* que decorre da *parcialidade* que o devido processo legal lhe impede invada o juízo próprio de sua função. (RAMOS, 2019, p. 46).

A iniciativa oficial quando à produção probatória sob o pretexto de resgatar um magistrado de um estado de dúvida e inquietação viola o princípio da imparcialidade, pois, como visto logo acima, o atual Código de Processo Civil criou mecanismo por meio do qual a demanda será julgada desfavoravelmente à parte que não logrou êxito em se desincumbir do seu respectivo ônus, não tendo, portanto, convencido o juiz das alegações que formulou.

A compreensão de que produção probatória de ofício implica violação ao devido processo legal se alinha ao garantismo processual, que busca conferir maior prestígio à atuação das partes e mitigar ao máximo os poderes do juiz. Nas Palavras de Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro:

O garantismo é uma visão ideológica do processo, que prestigia a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, em detrimento do sistema inquisitivo, tendo como fundamento a Constituição Federal, assegurando às partes, por meio do devido processo legal, ampla participação na atividade jurisdicional para defesa de seus interesses, e mitigando ao máximo os poderes dos juizes. (RIBEIRO, 2012, p. 231).

⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Com efeito, o garantismo processual defende que o juiz deve atuar como mero espectador, sob pena de se tornar imparcial, cabendo, assim, às partes travar o diálogo no curso do processo e atuar como verdadeiras protagonistas do caminho que levará à prolação da decisão no caso concreto⁶⁴. A atuação arbitrária do magistrado não faz sentido quando se tem em mente que “se a parte é soberana para movimentar a jurisdição estatal para que esta tutele seu direito, tem ela a mesma soberania para dispor da prova que pretende produzir e demonstrar os fatos que constituem seu direito (...)” (RIBEIRO, 2012, p. 234).

Desse modo, as partes são as verdadeiras responsáveis pelo teor da decisão a ser proferida no caso concreto, não se coadunando com os princípios do devido processo legal e da isonomia que se permita que o magistrado interfira em tal responsabilidade, atuando de modo a amenizá-la ou até mesmo anulá-la.

Por fim, importante mencionar que se entende que a fervorosa defesa da titularidade, pelo magistrado, de amplos poderes instrutório perde parte de sua relevância ao se ter em mente que a realidade do Poder Judiciário brasileiro se aproxima mais dos cenários de julgamentos antecipados do mérito ou indeferimento de produção de provas requeridas por ambas as partes e menos do cenário do juiz dotado de tempo, meios e disposição para mergulhar a fundo nas discussões dos processos remetidos ao seu gabinete. Nas palavras de Yarshell:

Primeiro, é forçoso reconhecer que o modelo de juiz ativo, que toma iniciativa da prova, que supre a inércia das partes e que, mesmo no terreno de direitos patrimoniais disponíveis entre partes maiores e capazes, engaja-se em verdadeira cruzada pela descoberta da verdade para fazer justiça é muito mais uma aspiração da doutrina do que propriamente uma realidade. Esta, mesmo à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva, releva que, embora o juiz controle a produção da prova, ela aguarda a iniciativa das partes e, no momento próprio, considera as regras de distribuição do ônus probatório. Aliás, embora ainda sem poder apresentar estatísticas, arrisca-se dizer que a realidade está mais para paradoxais indeferimentos de prova requerida pela parte e posteriores assertivas de que a parte não se desincumbiu do respectivo ônus probatório; para precipitados julgamentos antecipados que limitam o direito à prova, do que propriamente para juízes ávidos por atividade instrutória. (YARSHELL, 2018, pp. 251/252).

⁶⁴ Nesse sentido veja-se o ensinamento de Ramos (2019, p. 44): “Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade.”.

CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a analisar a amplitude dos poderes instrutórios do juiz à luz das regras concernentes ao ônus da prova tanto em seus aspectos subjetivos e objetivos. Trata-se de análise que vem realizada anos a fio por diversos juristas brasileiros e que nos dias atuais encontra defensores ferrenhos das mais diversas correntes doutrinárias existentes.

Apesar de o ordenamento jurídico pátrio não apresentar, com a clareza desejada, uma resposta para tal inquietação, foi possível perceber ao longo desse estudo que muitas foram as pedras deixadas ao longo do trajeto para que o pesquisador do Direito pudesse trilhar seu caminho por entre os dispositivos legais e, a partir daí, formular seu entendimento.

Nesse sentido, após estudar temas relacionados à aplicação das regras de ônus probatório – tanto em seus aspectos subjetivos e objetivos –, à busca pela verdade, aos princípios da imparcialidade, igualdade, paridade de armas e do devido processo legal, passando-se, ainda, pela análise dos modelos de organização do processo, chegou-se à conclusão de que o teor do artigo 370 do atual Código de Processo Civil contraria o devido processo legal.

Como visto, tal conclusão calcou-se em três conclusões principais ora resumidas. A primeira delas se refere à impossibilidade de esvaziamento das regras de ônus probatório ao se permitir a titularidade, pelo magistrado, de amplos poderes instrutórios. Deixar-se ao alvedrio do órgão julgador o poder de determinar a produção probatória de ofício é permitir que as partes não precisem sequer se preocupar em se desincumbir de seus ônus probatório, já que a iniciativa oficial poderá fazê-lo em seu lugar.

Em segundo lugar viu-se que a busca pela verdade, longe de ser um imperativo absoluto, se apresenta mais como ideal que deve ser perseguido na medida do que for efetivamente factível alcançar no caso concreto levado ao conhecimento do Poder Judiciário. Além disso, não se pode perder de vista que não raras vezes o magistrado assume o lugar de investigador da sua própria verdade, se afastando daquilo que vem sendo efetivamente levantado pelas partes nos autos do processo. Desse modo, tampouco os ideais da verdade substancial e justiça, no respeitoso entendimento da autora, se apresentam como argumentos suficientes para defender a iniciativa probatória oficial.

O último ponto concerne à perda da imparcialidade como efeito colateral da produção probatória de ofício pelo magistrado que, ao determiná-la, acaba por inequivocamente prejudicar aquele que poderia obter um pronunciamento judicial favorável caso as regras de

ônus da prova fossem aplicadas tal qual previstas no artigo 373 do atual Código de Processo Civil.

A despeito das razões descritas acima, também é possível recuperar os apontamentos realizados acerca das garantias à autonomia da vontade estipuladas pelo próprio diploma processual civil que confirmam a impossibilidade de que se confira um caráter absoluto ao publicismo do processo. Idêntica é a conclusão a que se chega ao se compreender a natureza material das regras probatórias.

Por fim, tampouco a indisponibilidade do direito em disputa, ou a preocupação com a igualdade real entre os litigantes, permitiria que se defendesse tese contrária. Em ambas hipóteses foi possível verificar mecanismos de controle interno criados pela própria legislação para corrigir eventuais distorções – a participação do Ministério Público no processo na condição de *custos legis* e, por exemplo, a possibilidade de inversão no ônus da prova, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 1149 p.

ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Didier Jr., Nalini, Ramos e Levy (coord). Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 97 – 110.

ALVIM, Teresa Celina de Arruda. Sobre os Poderes do Juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O Processo Civil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. Cap. 3.3. pp. 99-101.

ANADEP. IPEA. **Mapa da defensoria pública**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. 2013. Acesso em: 17 nov. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, processo e justiça. Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Didier Jr., Nalini, Ramos e Levy (coord). Salvador: JusPodivm, 2013 pp. 111-146.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 181 p.

BRASIL, Congresso Nacional do. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 30 set. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 23 nov. 2019.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 4 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 1721705/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 28 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 883656/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 9 de março de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 fev. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 182. Brasília, DF de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 fev. 1997.

BUZUID, A. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 57, p. 113-140, 1 jan. 1962. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em 23 set. 2019.

CAMBI, Eduardo. **O Direito à Prova no Processo Civil**. Revista da Faculdade de Direito Ufpr, [s.l.], v. 34, p.1-2, 31 dez. 2000. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v34i0.1836>.

DIDIER JR., Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova do novo código de processo civil brasileiro**. In: Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p.147-173, Maio/Agosto. 2018

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, vol.1, 880 p.

DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo. vol. 198. p. 213-225. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 2, 762 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 8. ed., rev. e atual. Segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, 910 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, 896 p.

FREDERICO, Guilherme Nascimento. A possibilidade de desistência de recurso já incluído em pauta de julgamento. **Migalhas**. São Paulo, 16 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202766,81042-A+possibilidade+de+desistencia+de+recurso+ja+incluido+em+pauta+de>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GIANNICO, Maricé. **A prova no Código civil**: natureza jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 244 p.

GODINHO, Robson Renault. **A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro**. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. comemorativa, p. 1169–1204, 2015.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e Privatismo No Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 1, n. 1, p.29-56, out. 2008.

GRILLO, Brenno. Defasagem de pessoal. Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas. **ConJur**. São Paulo, 21 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>>. Acesso em: 16 nov. 2019

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1986 p. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa.

MACÊDO, Lucas Biril de et al (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.3: processo de conhecimento, provas. Salvador: Juspodivm, 2015. 694 p. Vários autores.

MARINONI, Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC 2015. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 911 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Adv Advocacia Dinâmica**: Seleções Jurídicas, [s.l], p.14-18, jul. 2006. Mensal.

MARTINS, Sidney. Negação do direito à desistência do REsp - Ofensa ao sistema recursal legislado - Desrespeito à norma escrita. **Migalhas**. São Paulo, p. 1-2. 16 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI159628,31047-Negacao+do+direito+a+desistencia+do+REsp+Ofensa+ao+sistema+recursal>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 1736 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz e a prova**. Revista de Processo, vol. 35/1984, p. 178 – 184, Jul – Set, 1984. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4, p. 1101 – 1109, Out / 2011 DTR\1984\37.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In: Revista brasileira de direito processual, n. 48, p. 111-118, out./dez. 1985

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os Poderes do Juiz**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994. Cap. 3.2. p. 93-98.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2976 p.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, 1806 p.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, 1806 p.

OAB, Conselho Federal da (Ed.). **Presidente da OAB fala sobre ensino jurídico ao Congresso em Foco**. 2014. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/26589/presidente-da-oab-fala-sobre-ensino-juridico-ao-congresso-em-foco?argumentoPesquisa=1100>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 30 set. 2019.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Repensando a prova de ofício**. Revista de Direito Processual Civil, ISSN 2674-5623, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (Brasil). Desistência do autor não impede julgamento de recurso, diz 3ª Turma do STJ. **Conjur**. São Paulo, 5 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-05/desistencia-nao-impede-julgamento-recurso-turma-stj>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal?** Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: Revista brasileira de direito processual, v. 20, n. 79, p. 231-238, jul./set. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 581 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, Volume I. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, 512 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938- **Prova: princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)**. In: Revista brasileira de direito de família, v. 1, n. 3, p. 5-23, out./dez. 1999. Link: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88331>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 1197 p.

VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. **Conteúdo e Limites aos Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil Contemporâneo**. Revista de Processo. Vol 243. Ano 40. pp. 109-133. São Paulo: Ed. RT, maio 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2681 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória** (exame à luz da proposta inserta no projeto de código comercial. In: Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: JusPODIVM, 2013, pp. 199-206.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Breves notas sobre a convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 240 - 258, Janeiro/Abril. 2018.