

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Thiago André Gomes Antunes

**NEOCONSTITUCIONALISMO(S) E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: uma
defesa do princípio dispositivo e da racionalização da produção da prova**

Maceió-AL
2023

THIAGO ANDRÉ GOMES ANTUNES

**NEOCONSTITUCIONALISMO(S) E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: uma
defesa do princípio dispositivo e da racionalização da produção da prova**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Beclauze Oliveira Silva

Maceió-AL
2023

Catalogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária: Helena Cristina Pimentel do Vale CRB4 - 661

A636n Antunes, Thiago André Gomes.

Neoconstitucionalismo(s) e os poderes instrutórios do juiz : uma defesa do princípio dispositivo e da racionalização da produção da prova / Thiago André Gomes Antunes. – 2024.

168 f.

Orientador: Beclauze Oliveira Silva.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió, 2024.

Bibliografia: f. 156-168.

1. Poderes instrutórios. 2. Neoconstitucionalismo. 3. Garantismo jurídico.
4. Instrumentos jurídicos. 5. Ativismo judicial. I. Título.

CDU: 342.3:32(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

Em sessão pública, no dia quartoze de dezembro de dois mil e vinte três, às dezessete horas, através do link <https://meet.google.com/idr-uxcf-oav> da Plataforma Google Meet, deu-se início à Defesa de DISSERTAÇÃO FINAL DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, com área de concentração em Fundamentos Constitucionais dos Direitos, do aluno THIAGO ANDRÉ GOMES ANTUNES, orientando do Prof. Dr. Beclauta Oliveira Silva, intitulada **"NEOCONSTITUCIONALISMO(S) E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: UMA DEFESA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DA RACIONALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DA PROVA"**, como requisito para a obtenção do título de MESTRE. A banca examinadora foi constituída pelos seguintes docentes: Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas (avaliador e presidente da banca/UFAL); Prof. Dr. Beclauta Oliveira Silva (avaliador interno/UFAL) e como convidado externo o Prof. Dr. Lúcio Delfino (Universidade de Uberaba). A defesa constituiu de uma apresentação oral de 20 (vinte) minutos, seguida de inquirições de 20 (vinte) minutos para cada um dos examinadores e das respostas, e foi assistida pelas pessoas que se fizeram presentes. Ao final, a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente e decidiu em atribuir ao conteúdo do trabalho e à defesa a menção: APROVADO, nota 10,0 (dez), com base no art. 45 do Regimento Interno do Curso. Nada mais tendo a tratar, deu-se por encerrada a defesa, sendo a presente ata assinada pelos componentes da Banca Examinadora.

Documento assinado digitalmente:
 PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA
Data: 16/12/2023 00:16:15-0300
Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira _____
(UFAL/AL) – Presidente da Banca

Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas _____
(UFAL/AL) – Avaliador interno

Prof. Dr. Lúcio Delfino _____
(Convidado externo/Universidade de Uberaba)

PPGD/FDA/UFAL – Maceió/AL, 14 de dezembro de 2023.

Universidade Federal de Alagoas
Faculdade de Direito de Alagoas

Programa de Pós-Graduação em Direito Público

Campus A. C. Simões

Av. Lourival Melo Mota, S/N, Tabuleiro do Martins, Maceió - AL, Cep: 57072-970

ppgd@fda.ufal.br

(82)3214-1255

DEDICATÓRIA

A Deus, pelo amor imerecido que nutre por mim.

A Isabella, por ter mudado a minha vida; que interceda por seus papais junto ao Pai.

A Farah, o amor da minha vida, por ser minha inspiração diária.

A meus pais, André e Raquel, por tudo que sempre fizeram por mim.

A meu orientador, Prof. Beclaute, pelo auxílio e, principalmente, pela inesgotável paciência.

“Procurem, primeiro, as boas coisas da mente,
e o resto lhes será proporcionado, ou, ao menos,
a ausência do resto não será sentida.”

Francis Bacon

“O passo mais importante que alguém pode dar.
Não é o primeiro, é? É o próximo. O próximo
passo é sempre o mais importante.”

Brandon Sanderson

RESUMO

Muitas são as doutrinas que enxergam no direito processual um instrumento de efetivação da justiça e concretização de escopos jurídicos e, não raro, metajurídicos. Essas doutrinas, aqui chamadas de instrumentalistas, atualmente buscam esteio nas ideias neoconstitucionalistas, que costumam influenciar na maneira como o processo é enxergado e manuseado. A pesquisa trabalhou com a hipótese de a ótica instrumentalista do processo não ser a mais adequada ao atual paradigma constitucional pátrio, que positivou o devido processo legal entre os direitos fundamentais de primeira geração, uma garantia contrajurisdicional, que reclama uma leitura de juiz autocontido. Nessa esteira, buscou-se, no presente estudo, primeiramente analisar as doutrinas instrumentalistas vigentes no Brasil, com vistas a rediscutir o paradigma neoconstitucional do processo justo e da busca pela verdade, para, num segundo momento, defender uma releitura do processo a partir da ótica garantista não-ferrajoliana. A relevância da pesquisa residiu no fato de ser necessário estabelecer de forma concreta os limites e as possibilidades da atuação judicial durante a instrução da causa. O referencial teórico utilizado, da garantística, enquanto dogmática constitucional do processo, propugnada por autores como Alvarado Velloso, Montero Aroca e, no Brasil, por Eduardo José da Fonseca Costa, Lício Delfino, Antônio Carvalho Filho, dentre outros, levou a algumas conclusões quanto à maneira de se abordar os poderes instrutórios do juiz, mais consentânea com as garantias da imparcialidade (e da impartialidade), do contraditório e do ônus da prova, restando também evidenciada a necessidade de o magistrado respeitar os negócios jurídicos processuais delimitadores de provas. O método adotado no presente trabalho é o descriptivo, com a utilização de bibliografia jurídica, de caráter qualitativo, com intuito de tratar o tema com coerência, evitando-se abordagens sincréticas.

Palavras-chave: Poderes instrutórios; Neoconstitucionalismo; Garantismo; Instrumentalismo; Ativismo judicial.

ABSTRACT

There are many doctrines that see procedural law as an instrument for implementing justice and implementing legal and, often, meta-legal scopes. These doctrines, here called instrumentalist, currently seek support in neoconstitutionalist ideas, which tend to influence the way the process is seen and handled. The research worked with the hypothesis that the instrumentalist perspective of the process is not the most appropriate to the current Brazilian constitutional paradigm, which affirms due legal process among the first generation fundamental rights, a counter-jurisdictional guarantee, which demands a self-contained judge's reading. In this sense, in the present study, we sought to first analyze the instrumentalist doctrines in force in Brazil, with a view to re-discussing the neoconstitutional paradigm of the fair process and the search for truth, to, in a second moment, defend a re-reading of the process from the perspective of non-Ferrajolian guaranteeism perspective. The relevance of the research lay in the fact that it was necessary to concretely establish the limits and possibilities of judicial action during the investigation of the case. The theoretical framework used, of guaranteeism, as constitutional dogmatics of the process, advocated by authors such as Alvarado Velloso, Montero Aroca and, in Brazil, by Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino, Antônio Carvalho Filho, among others, led to some conclusions regarding the way the instructive powers of the judge are addressed, more in line with the guarantees of impartiality (both subjective and objective), the adversarial process and the burden of proof, with the need for the magistrate to respect the procedural legal transactions that delimit evidence also being highlighted. The method adopted in this work is descriptive, using legal bibliography, of a qualitative nature, with the aim of treating the topic coherently, avoiding syncretic approaches.

Keywords: Instructional powers; Neoconstitutionalism; Guaranteeism; Instrumentalism; Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

CF. – Constituição Federal

Cf. – Conferir

Coord. – Coordenador

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

Ed. – Edição

Ex. – Exemplo

Org. – Organizador

p. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ZPO - *Zivilprozessordnung*

SUMÁRIO

| | | |
|-------------|---|-----|
| 1. | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. | A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PROTAGONISMO DO JUIZ | 14 |
| 2.1. | Modelo Inquisitivo e Modelo Adversarial – uma discussão entre publicistas e privatistas acerca do papel do juiz no processo | 14 |
| 2.2. | A(s) doutrina(s) instrumentalista(s) do processo | 23 |
| 2.2.1. | O instrumentalismo de Dinamarco | 23 |
| 2.2.2. | O formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira | 29 |
| 2.2.3. | O neoprocessualismo | 32 |
| 2.3. | Críticas ao juiz-antena do instrumentalismo | 34 |
| 2.4. | Modelo cooperativo: uma terceira via ou, novamente, mais do mesmo? | 44 |
| 2.4.1 | A doutrina cooperativista | 44 |
| 2.4.2. | Dos deveres de cooperação | 47 |
| 2.4.3 | Críticas à doutrina cooperativista | 50 |
| 3. | NEOCONSTITUCIONALISMO E PROCESSO | 56 |
| 3.1. | O neoconstitucionalismo e seus (i)legítimos influxos no processo | 56 |
| 3.2. | A problemática questão do processo justo | 65 |
| 4. | A VERDADE E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ | 75 |
| 4.1. | Considerações iniciais | 75 |
| 4.2. | A relação entre prova, fato e verdade | 76 |
| 4.3. | Prova e sua polissemia | 76 |
| 4.4. | Finalidade da prova – a relação entre prova e verdade | 80 |
| 4.5. | O direito e a(s) verdade(s) | 83 |
| 4.5.1. | Das definições de verdade | 85 |
| 4.5.2. | Verdade e poder – os modelos de verificação da verdade segundo Foucault | 88 |
| 4.6. | Verdade e direito – as possíveis implicações da busca pela verdade no processo | 91 |
| 4.7. | É, finalmente, possível trabalhar com a verdade no direito? – Uma crítica à busca da verdade | 97 |
| 4.8. | Entre o “dever de veracidade” e o direito de não produzir provas contra si mesmo | 108 |
| 5. | PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL: UMA PROPOSTA GARANTISTA | 113 |
| 5.1. | A proposta garantista: uma (re)leitura do processo a partir da Constituição | 113 |
| 5.2. | A leitura doutrinária em torno dos poderes instrutórios do magistrado | 122 |
| 5.3 | Por uma proposta garantista de poderes instrutórios do juiz – uma análise sob a ótica do contraditório, da imparcialidade e do ônus da prova | 127 |
| 5.4. | Poderes instrutórios do juiz e negócios jurídicos processuais (de)limitadores de prova | 137 |
| 5.4.1. | Por um redimensionamento do autorregramento da vontade | 137 |
| 5.4.2. | A possibilidade de negócios jurídicos processuais (de)limitando as fontes e os meios de prova a serem produzidos no processo – uma análise do art. 190 e de sua amplitude | 140 |
| 6. | Conclusão | 149 |
| | Referências | 152 |

1. INTRODUÇÃO

É questão de há muito controvertida no direito a dos limites da atuação do juiz no processo, e, por conseguinte, da relevância da participação das partes em juízo. Essa tensão sempre dividiu opiniões e traçou os contornos dos modelos processuais que dominaram, de maneira pendular, as bases doutrinárias processualísticas, modernas e contemporâneas, nos últimos séculos.

A discussão ditou a maneira com que a dinâmica processual era enxergada pela ciência do direito. Aqueles que viam no processo um instrumento para se chegar a um fim, inclusive público, defendiam uma participação mais vigorosa e presente do juiz na causa, em busca da verdade e da justiça – o processo civil tinha cunho eminentemente social, portanto. Ao revés, os que enxergavam no Estado uma ameaça a ser contida, o processo servia como garantia contra arroubos autoritários, e o protagonismo da relação jurídica deveria recair sobre as partes – nesse diapasão, a ideologia preponderante era a liberal.¹

Com o avanço dos estudos processuais, e baseando-se na constitucionalização do direito, a doutrina passou a vislumbrar a existência de novos modelos, muitos na linha publicista, enxergando o processo como instrumento do Estado para a consecução de fins públicos – doutrinas que serão aqui chamadas de instrumentalistas, sendo a diferença entre suas mais importantes premissas minudenciadas ao longo do presente texto. Outras, no entanto, propõem uma superação da antiga dicotomia público-privada e soem encarar o processo como uma garantia constitucional contrajurisdicional: coisa pública, mas para as partes – como é o caso do garantismo processual não-ferrajoliano, mais à frente, ainda nesta introdução, apresentado.

Com a atual autorização que possui o Estado (especificamente o Estado-juiz) para intervir na vida privada, destaca-se o possível enfraquecimento das garantias da segurança jurídica e do devido processo legal. Revela-se forçoso analisar, hodiernamente, até onde o Estado detém o poder jurídico sem que isto constitua verdadeira transgressão às liberdades individuais – inclusive as processuais. É dizer: é necessário sistematizar até onde o Estado-juiz

¹ Alguns dos autores, adiante utilizados na pesquisa, que fornecem esse contexto histórico são: Igor Raatz (**Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019), Mateus Costa Pereira (PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020) e Araken de Assis (ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1: parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

detém poderes instrutórios sem que a relação processual saia das mãos dos maiores interessados na tutela jurisdicional – as partes.

O neoconstitucionalismo (entendido aqui como o denominador comum de suas diversas vertentes) trouxe consigo uma mudança de paradigma quando comparado ao constitucionalismo moderno, que fortalece antigas ideias instrumentalistas, como o enfoque das aludidas doutrinas ao juiz ativista, agente necessário a um direito dito pós-positivista, mas agora a partir de novas vestes, com esteio na constitucionalização do direito, justificando a noção de processo como instrumento do poder na consecução escopos de justiça social ou outros valores axiológicos que lhes faça as vezes.

Neste contexto de centralização da Constituição no ordenamento jurídico, a função jurisdicional ganha destaque, visto que, para grande parte dos juristas, o sistema democrático tem no Poder Judiciário o instrumento assecuratório do primado da lei e do direito, alvitmando, dessarte, certa legitimidade ao atual ativismo judicial de nosso cenário jurídico. Nada obstante, problematizar e propor soluções para o ativismo judicial amplamente considerado, no âmbito desta pesquisa, seria sobremaneira genérico e inexequível, motivo pelo qual uma de suas características em particular será alvo do estudo: os poderes instrutórios do juiz, com enfoque em uma leitura garantista do art. 370 do Código de Processo Civil, bem como de seus consectários.

O legislador pátrio positivou, no bojo do Código de Processo Civil de 2015, a ideia de necessidade de cooperação entre todos os sujeitos do processo em busca de uma decisão de mérito – conforme previsão de artigos como o 6º e o 378, ambos do aludido diploma –, o que deu novos contornos ao debate. Também idealizada como superação da pendular relação inquisitivo-dispositivo, a doutrina cooperativista pretende pôr fim às ideias de juiz ou partes protagonistas, defendendo uma colaboração policêntrica, em que todos os sujeitos mencionados possuam posição de destaque no processo.

Perceber-se-á, como dantes se mencionou, que as premissas instrumentalistas contemporâneas, de uma suposta superação das ideias instrumentalistas de Cândido Rangel Dinamarco, buscam constante esteio nas propostas do neoconstitucionalismo, tais como a superação do positivismo e o protagonismo principiológico e axiológico na resolução dos problemas sociais – por parte do próprio juiz. Disso se extrairia uma transformação da fase metodológica do processo, que, segundo os defensores do neoconstitucionalismo, passa a ser enxergado como neoprocessualismo, o modelo de processo ideal ao constitucionalismo

contemporâneo, mas que também se debruça sobre questões metajurídicas, com enfoque em deveres de justiça e de efetividade.²

Buscar-se-á analisar, no segundo capítulo da presente pesquisa, o contexto histórico da evolução do direito processual, que levou a essa relação pendular entre privatismo e publicismo, bem como a insistência da doutrina em justificar o papel ativo do juiz na atividade probatória a partir de uma suposta natureza instrumental do processo. Adotar-se-á o que se espera ser proveitoso diálogo com os doutrinadores que defendem posições publicistas, tais como Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Eduardo Cambi, Daniel Mitidiero, Bedaque, Hermes Zaneti Júnior., Barbosa Moreira, dentre outros – sem pretensão de esgotar, por óbvio, os argumentos constantes de suas importantes obras a respeito do tema.

No terceiro capítulo, será analisada a base sobre a qual se funda o instrumentalismo hodiernamente: o neoconstitucionalismo. Para tanto, far-se-á um escrutínio acerca do referido movimento, a fim de desconstruir o atual edifício que sustenta a chamada doutrina do processo justo. Com vistas a manter a objetividade, o movimento será analisado e criticado na medida em que influencia nos argumentos favoráveis a um juiz protagonista do processo.

Posteriormente, no quarto capítulo, debruçar-se-á sobre a verdade no direito, não raro utilizada como argumento em prol de um juiz ativista e contraditor. O escopo da aludida seção será demonstrar a intrínseca relação criada pela doutrina – pátria e estrangeira – entre prova e verdade, abordando ainda o conceito e os critérios de verdade existentes na filosofia e como eles podem ajudar em sua compreensão no processo. A discussão então revolverá em torno de a verdade ser ou não essencial à atividade probatória, e uma conclusão será firmada acerca dos limites e possibilidades da verdade como justificadora de um juiz ativista.

Passada a análise dos argumentos doutrinários favoráveis a um juiz ativo e contraditor, no quinto capítulo buscar-se-á fundamentos para o que se acredita ser a melhor solução ao deslinde da questão. Será necessário, para tanto, minudenciar as bases para a adoção de uma dogmática constitucional do processo que o enxergue como verdadeira garantia constitucional contra o arbítrio. A pesquisa terá amplo arrimo na doutrina garantista de cunho não-ferrajoliano³, ou seja, anti-arbitrário, com esteio numa dogmática constitucional do processo,

² Sobre o tema, remete-se o leitor à obra de Eduardo Cambi, que será objeto de análise posterior: **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

³ Como restará minudenciado no quinto capítulo da presente pesquisa, Eduardo José da Fonseca Costa explica haver ao menos dois garantismos processuais: o ferrajoliano, de cunho jusfilosófico e, ao menos no respeitante ao processo civil, antifracionário; e o garantismo não-ferrajoliano, dogmático, anti-arbitrário. Cf.: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantia: dois sentidos, duas teorias. In: **Processo e garantia.** v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021.

desenvolvida a partir de nomes como Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino, Antônio Carvalho Filho, Juan Montero Aroca, Alvarado Velloso, Diego Crevelin de Sousa, Igor Raatz, Luciana Benassi Gomes Carvalho, Glauco Gumerato Ramos e Calmon de Passos⁴.

Uma vez estabelecidas tais bases garantistas, analisar-se-á o papel do juiz no processo, mais especificamente na fase instrutória. Para tanto, será necessário esmiuçar o art. 370 do Código de Processo civil e sua conformidade com a Constituição Federal. Em sendo possível fazer uma leitura conforme do aludido dispositivo, restará conferir contornos e limites à sua amplitude, para que assim seja compatível com as garantias da imparcialidade (e impartialidade), do ônus da prova e da presunção de inocência, bem como do contraditório.

Desde já, esclareça-se que a amplitude do debate de maneira alguma decorre de falta de objetividade na tratativa do tema. As ideias instrumentalistas, hoje reinantes no Brasil, servem de verdadeiro sustentáculo às doutrinas defensoras do ativismo judicial probatório⁵; dessa forma, qualquer pretensão de hipóteses em sentido contrário está inevitavelmente predicada na desmistificação das ideias hoje incrustadas em nossa cultura jurídica. É dizer: por ser o garantismo uma doutrina em ascensão, mas certamente minoritária, possui o ônus de desconstruir as bases que mantêm firmes no imaginário acadêmico as vigas mestras do instrumentalismo; somente após isso pode erigir seu próprio edifício teórico – precisa-se, primeiro, destruir para, somente depois, construir.

Isso porque os argumentos utilizados pelos defensores de um juiz protagonista e proativo no campo instrutório soem, em síntese, seguir o seguinte raciocínio: o movimento constitucional contemporâneo reclama um processo que sirva a escopos ligados à efetividade e à justiça, razão pela qual o juiz deve atentar a tais fins públicos quando exerce seu mister; apenas

⁴ Calmon de Passos, como se verá, será um dos grandes marcos teóricos do trabalho. As ideias do jurista baiano, contrárias ao instrumentalismo, fizeram dele patrono do garantismo (ainda que não se autodenominasse um), assim eleito postumamente, por muitos dos autores aqui citados, que chegaram inclusive a lançar obra em sua homenagem. Para maiores esclarecimentos, vide: RAMOS, Glauco Gumerato. Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon de Passos. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia:** estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021.

⁵ A esse respeito, em síntese do que motiva o modo de ser da estrutura e do escopo do presente trabalho: "O movimento instrumentalista se levanta e arrasta consigo gerações de processualistas, influenciando o modo de pensar e se tornando um verdadeiro dogma, atrelado aos mantras de efetividade do processo da imperiosidade de tutelas diferenciadas para a proteção dos direitos substanciais e da consectária hipertrofia de poderes judiciais para o alcance dos escopos social, político e jurídico do processo. Todas essas premissas quedaram impregnadas, consciente e inconscientemente, na doutrina processual brasileira e embasaram – e ainda embasam – estudos sobre os institutos e categorias processuais. Analisar o processo como um fenômeno dotado de função social era (e ainda é) uma premissa deveras generalizada, pois parecia, e ainda parece, ser a única alternativa para se desvencilhar de percepção privatista e individualista do processo." (CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas:** uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 55)

por meio da verdade podem esses fins ser atingidos; portanto, deve-se munir o juiz de amplos poderes instrutórios para alcançar a verdade e, por conseguinte, os escopos – jurídicos e metajurídicos – do processo. Qualquer um que pretenda defender uma visão contrária aos poderes instrutórios do juiz precisa, antes disso, infirmar tais premissas, de há muito sedimentadas, para, só depois, construir outras em seu lugar. Trata-se de duplo trabalho.

A pesquisa irá, por conseguinte, dos objetos mais amplos aos mais específicos – sendo a resolução de cada um dos problemas específicos condicionada à resolução dos problemas mais gerais que lhe precedem. De mais a mais, cada tema, por mais amplo que pareça à primeira vista, será tratado apenas na medida em que suas premissas influenciem no objeto do estudo aqui levado a cabo, é dizer, apenas em relação àquilo que interfira na discussão respeitante aos poderes instrutórios do magistrado no direito processual civil.

O marco teórico adotado será o da doutrina da dogmática constitucional do processo proposta, no Brasil, por Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino, Antônio Carvalho Filho, Mateus Costa Pereira, Diego Crevelin de Sousa, dentre outros autores, mais atuais ou mais antigos, que fornecem importante base à doutrina garantista – ainda que não se rotulem de uma ou outra forma, como é o caso de Calmon de Passos e Aroldo Plínio Gonçalves.

O enfoque do trabalho será eminentemente dogmático, não obstante o diálogo seja não raro levado a campos zetéticos pela própria doutrina à qual a presente pesquisa é assumidamente refratária – em tais casos, não se eximirá de contrapô-las em seu próprio ambiente, sob pena de a discussão ser eternamente ensimesmada, tornando o diálogo, por conseguinte, estéril. Por fim, é importante destacar que todas as afirmações feitas nestes prolegômenos serão explicadas com maior profundidade ao longo do texto, oportunidade em que serão devidamente referenciadas.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PROTAGONISMO DO JUIZ

2.1. Modelo Inquisitivo e Modelo Adversarial – uma discussão entre publicistas e privatistas acerca do papel do juiz no processo.

A sociedade ocidental moderna – até os dias contemporâneos –, diante das influências que sofreu do iluminismo, erigiu dois modelos clássicos de estruturação do processo, referentes à distribuição de funções exercidas em juízo pelos sujeitos processuais. Esses modelos ficaram

conhecidos como adversarial e inquisitorial⁶. Longe de ser tarefa fácil evitar simplismos ao se tratar do tema, é, contudo, forçoso reconhecer a necessidade de uma visão geral acerca da matéria, ainda que apenas com fins didáticos, para contextualizar o debate posterior acerca do modelo cooperativo de processo.

De forma geral, é possível afirmar que o modelo adversarial, baseando-se no princípio dispositivo, é aquele que vê as partes como adversários em conflito, protagonistas de um processo que tem em seu órgão julgador um ente passivo, observador, cuja principal função é meramente a de decidir a causa após a fixação dos fatos pelas partes⁷. Uma boa síntese do princípio dispositivo é fornecida por Mateus Costa Pereira, para quem ele possui dupla faceta ou conteúdo: início do procedimento condicionado à demanda e limitação do material de conhecimento, é dizer, a cognição judicial restrita aos enunciados de fato trazidos pelas partes⁸.

A esse respeito, é também interessante a noção de Antônio do Passo Cabral, para quem a “máxima” dispositiva é a maior expressão da liberdade das partes no processo, traduzindo-se na efetivação dos direitos dos indivíduos sendo confiada, pelo ordenamento jurídico, a esses mesmos indivíduos envolvidos no conflito. Para o autor, o princípio dispositivo tem bases constitucionais em direitos como a liberdade, ação e defesa, bem como nas garantias do acesso à justiça, inafastabilidade do controle jurisdicional, não se tratando de conferir aos litigantes apenas poder de iniciativa, mas também “uma ampla margem de liberdade de atuação processual em razão de sua vontade”.⁹

Digna de nota, noutro giro, é a consagrada lição de Tito Carnacini segundo a qual as ferramentas (ou instrumentos) à disposição do homem necessariamente moldam a conduta daqueles que as manuseiam, é dizer, exigem daqueles que lhe fazem uso alguma forma específica para que possam funcionar eficazmente. E o processo, segundo ele, não é diferente. Para o autor italiano, o processo serve às partes tanto quanto é servido por elas. Explica-se: se é verdade que as partes se socorrem do processo para realizar um interesse material próprio, é

⁶ DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 170.

⁷ DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 171.

⁸ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 51.

⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 172-173.

igualmente verdade que a existência e o conteúdo do processo dependem dessas mesmas partes; são elas que lhe conferem carne e osso. Um, portanto, não existe sem o outro.¹⁰

O modelo inquisitorial, por seu turno, baseado no princípio inquisitivo, possui características diametralmente opostas: adquire feição de pesquisa oficial, investigação que tem no juiz o seu grande protagonista¹¹, com o fito de chegar à verdade e realizar a justiça. Por isso dizer-se que o modelo assimétrico (aqui tratado como inquisitorial) se afasta do esquema sujeito-sujeito e passa a se preocupar com a relação sujeito-objeto, numa tentativa de geometrizar o direito e transformá-lo num conhecimento matemático – abre-se mão da racionalidade prática em busca da racionalidade teórica¹².

Mateus Costa Pereira, com espeque em Nelson Saldanha, critica o paradigma "ocidentalocêntrico" que sói desaguar em dualismos maniqueístas – a exemplo de razão/imaginação, liberdade/determinismo, sujeito/objeto –, os quais, ao invés de esconder, revelam preferências do espírito humano. Disso, continua o autor, seguem simplificações e artificialismos que rechaçam o diálogo, o que, no processo, se revela em algumas discussões como, a título de ilustração, privatismo *versus* publicismo, verdade real *versus* verdade formal, questão de fato *versus* questão de direito.¹³ Nada obstante, para os fins do presente trabalho, a dicotomia será de grande valia para descortinar as raízes do debate.

Para Araken de Assis, há quatro modelos de processo, acompanhados por quatro distintos tipos de juiz: os modelos liberal, totalitário, autoritário e garantista; os juízes presentes em cada uma das formas de processo são, respectivamente, o espectador, o ditador, o diretor e o mediador. O juiz do Estado Social seria o diretor, correspondente ao modelo autoritário de processo, um meio termo instável entre os modelos liberal e totalitário.¹⁴

Igor Raatz, também se utilizando de uma chave de leitura histórica e político-ideológica da evolução do processo, indica que o ceticismo liberal teve sérios influxos na visão que se tinha de processo a partir do Século XIX. Isso porque o Estado Liberal, por se confundir de certa maneira com o Estado de Direito – lutando contra o absolutismo, o totalitarismo e o

¹⁰ CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y tecnica del proceso. Traducción de Aurelio Romo. **Revista de la facultad de derecho de México**, n. 12, pp. 97-85, 1953.

¹¹ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 51.

¹² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹³ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 27.

¹⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1: parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 281-286.

estado de polícia –, terminou por moldar a própria noção de Estado de Direito.¹⁵ O modelo liberal de processo privava o juiz de qualquer poder de espontaneidade. A demanda judicial era domínio das partes, que poderiam "jogá-la" como bem entendessem. Nesse diapasão, o juiz era mero árbitro de uma competição, e sua única função era assegurar o respeito às regras desse embate.¹⁶

Esse modelo de processo, cuja pecha era de "liberal-individualista", sofria severas críticas doutrinárias por ser escrito, formal e lento. Como as partes eram as solitárias responsáveis por seu andamento, o juiz era, por seu turno, destituído de grande parte dos poderes formais, como a condução do procedimento e o conhecimento oficioso de boa parte das matérias.¹⁷

A relação é explicada pelo contexto de nascimento do Estado Liberal, cuja proposta inicial era a limitação e divisão da autoridade, em protesto aos abusos do poder estatal¹⁸. Em sua acepção clássica, pode ser “toscamente caracterizado como um corpo de formulações teóricas que defende um Estado constitucional (ou seja, uma autoridade nacional central com poderes bem definidos e limitados e um bom grau de controle pelos governados)”, e de consequente ampla margem de liberdade civil¹⁹.

Para Taruffo, o sistema adversarial é, nas linhas como o definiu Roscoe Pound, uma teoria do processo como competição esportiva – *sporting theory of justice* –, em que o juiz não é senão um garantidor do regular desenvolvimento da partida, sem, contudo, influenciar em seu resultado. Para o autor, a ideologia adversarial é criticável por inúmeros motivos, já que serve como base para um processo caro, ineficiente, imprevisível e complexo, além de favorecer a parte mais forte – que pode permitir a si mesma a defesa mais eficaz –, contemplando, dessa maneira, a igualdade formal, sem assegurar a igualdade material.²⁰ É ela, a chamada ideologia adversarial, portanto, inidônea para a busca da verdade.²¹

¹⁵ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 60-1.

¹⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, 64-5.

¹⁷ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 53.

¹⁸ MERCHIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Trad. Henrique Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2014, p. 42.

¹⁹ MERCHIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Trad. Henrique Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2014, p. 62.

²⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 131.

²¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 135. Acerca de Taruffo e da relação entre verdade e processo, conferir o quarto capítulo deste trabalho.

A história científica do processo se confunde com a chamada publicização, é dizer: só se concedeu dignidade científica ao processo uma vez que passou a integrar ramo de direito público – que se emancipou do direito privado, sofrendo assim uma "desprivatização". Os "primeiros capítulos" da autonomia do direito processual, portanto, foram escritos simultaneamente ao fortalecimento do Estado. Não por acaso, em Bülow (tido por muitos como um dos principais artífices da dignidade científica do processo)²², o processo é instrumento do Estado, e "direito livre da lei"²³.

O enfraquecimento do chamado liberalismo processual, no qual o juiz fazia um papel de espectador passivo – em nome da igualdade formal e da imparcialidade –, ensejou o crescimento do protagonismo do juiz.²⁴ Diante da tez ideológica da questão, houve sempre fervor e paixão na defesa de ambos os lados do argumento, e, dentro do contexto sociopolítico da segunda metade do século XX, ganharam proeminência os defensores de um processo mais inquisitorial, que viam no publicismo a chave para a emancipação do direito processual:

O publicismo processual influenciou profundamente a doutrina europeia continental do século XX, sobretudo a italiana. Chiovenda, p.ex., defendia que a função precípua da jurisdição era realizar o direito objetivo mediante uma ‘relação jurídica de direito público de fato independente da relação substancial que é objeto da lide’; para Carnelutti, não era o processo que servia às partes, mas as partes que serviam ao processo ao proporcionar ao Estado a oportunidade de aplicar o direito; Calamandrei criticou a ‘lide’ de Carnelutti por acentuar o interesse privado das partes, denotando uma concepção privatista e, portanto, ultrapassada do processo. Quase todos os processualistas que os sucederam adotaram posições igualmente publicistas.²⁵

Nesse sentido, com os “ventos hiperpublicistas e sociais” do Estado Social, o modelo de processo muda diametralmente. De coisa das partes, passa a ser coisa do juiz: “o Estado passou, teoricamente, a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social”. Com o agigantamento do Estado, que passou a ser um conformador da realidade social, o processo passou a representar o exercício de uma função pública e soberana, com um escopo

²² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 56. A obra de Oscar von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais é considerada por muitos a certidão de nascimento do processualismo científico, já que superou o empirismo então vigente na fase sincretista (procedimentalismo ou praxismo). A Bülow atribui-se, pois, a construção de uma base dogmática e sistematizadora da qual o processo era, até a segunda metade do século XIX, tão carente – sem desprezar a também imprescindível contribuição de Adolf Wach nesse sentido, cf.: PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental:** racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 224-5.

²³ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 64-65.

²⁴ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 19.

²⁵ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 22.

maior e distinto daquele de tutelar interesses privados; passava a ter o objetivo de realizar o interesse público da administração da justiça.²⁶ A ZPO austríaca de Klein (o Código de Processo Civil do aludido país), de 1895, a título de exemplo, foi inovadora, no sentido de que inaugurou o protagonismo judicial em toda e qualquer dimensão; tudo em nome da ordem, da busca da verdade material, da rapidez, da finalidade social de igualdade, etc²⁷.

Esse hiperpublicismo levou a uma “descompensada distribuição de poderes no processo”, sufocou as prerrogativas das partes e deu à luz o “super-juiz”, amplamente preponderante entre os sujeitos da relação processual. O campo probatório foi um dos mais afetados, passando o magistrado a ter ampla iniciativa probatória em busca da verdade real. Uma clara herança de uma visão heroica do juiz como uma espécie de “oráculo divino”.²⁸

As bases do discurso passam pela consideração do processo como um mal social, cuja lentidão poderia inclusive macular a economia²⁹. Assim, os poderes do juiz eram duplamente justificados: a uma, pela publicização do processo – que serve aos fins do estado –; a duas, pela socialização do processo, com fins à realização da justiça social.³⁰ "em resumo, a maturidade científica também foi política, difundindo-se as ideias forjadoras do mito: processo como instrumento (político) do Estado-jurisdição"³¹.

Como explica Juan Montero Aroca, havia, de fato, um exagero tipicamente liberal, de corte individualista, na maneira como se enxergava o juiz – e não apenas ele, mas o Estado de uma maneira geral – no século XIX, mas que a maneira para resolver esse problema não reside no publicismo processual, tampouco num autoritarismo, e, sim, no fato de reconhecer ao juiz poderes de direção formal do processo³². É dizer: se, de um lado, percebe-se haver discussão acerca de direitos subjetivos de natureza preponderantemente individual e dispositiva, do outro, é necessário perceber que o processo em si tem natureza pública, o que deve reverberar de

²⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 70-73.

²⁷ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 89.

²⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 169-170.

²⁹ CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre libertad y autoridad (el reglamento de Klein). In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 162.

³⁰ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 76-9.

³¹ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 67.

³² Como garantista que é (o que será explicado no capítulo derradeiro), Aroca esclarece que direção formal não se confunde com gestão. O juiz, segundo o autor, não é gestor, no sentido de administrador que influencia na conclusão do processo, mas apenas um diretor.

alguma forma no modo de conduzi-lo, não se havendo mais falar nas partes como donas do processo.³³

Finalmente, contrapondo-se à relação pendular entre privado e público, eis que surge o Estado Democrático de Direito, como uma evolução conciliatória entre os Estados Liberal e Social anteriormente descritos. O cidadão passaria a não ser mais mero recipiente da intervenção social do Estado, mas seu participante. Nesse modelo, o interesse público não seria a priori mais importante que o direito individual, ou vice-versa; o público deixa de ser sinônimo de estatal, e o privado deixa de ser sinônimo de egoísmo.³⁴

A evolução do Direito Processual é pendular, constituindo verdadeiro vaivém entre sistemas considerados publicistas e privatistas, cada qual pautado pelas características político-sociais do momento histórico em que estão inseridos³⁵. Nessa esteira, no Brasil, antes de uma corrente publicista forte se instalar no pensamento jurídico dominante, até meados da década de 1980, os poderes do juiz eram modestíssimos³⁶.

Antônio Carvalho Filho, em análise acerca do tema, alega que a realidade brasileira nos últimos trinta anos, entre curtos períodos de tranquilidade institucional e crescimento, levou mais a um enfraquecimento do que a um fortalecimento institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, tais como fisiologismo partidário, inexistência de identidade e ideologia partidárias, reiterados atos de corrupção e improbidade administrativa, etc. Como consequência, a doutrina não tardou em buscar corretivos à pretensa inoperância dos pre falados Poderes, munindo o Judiciário com poderes não previstos na Constituição e insuflando-o a agir com “capacidade criativa em inovação ao próprio direito”. A doutrina passa assim, segundo o autor, a possibilitar que o juiz seja um predador do próprio direito. É um fenômeno que pode ser percebido em diversas correntes publicistas, como se verá adiante, tais como as neoconstitucionalistas, instrumentalistas, cooperativistas e afins.³⁷

³³ AROCA, Juan Montero. Ideología y proceso civil: su reflejo en la “buena fe procesal”. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 265-266.

³⁴ RAATZ, Igor. **Autonomía privada e proceso**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 90-2.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 21. No mesmo sentido, Eduardo Cambi: “A expansão ou a restrição da jurisdição constitucional deve ser vista, no contexto de um pêndulo, que vai da autocontenção ao ativismo judicial” (Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao professor Luiz de Pinho Pedreira. Salvador: REVISTA 17. indd 1, 2008, p. 102).

³⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014.

³⁷ CARVALHO FILHO, Antônio. Democracias frágeis e o limite do poder. **Empório do Direito**. Coluna Garantismo Processual, n. 93. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/93-democracias-frageis-e-o-limite-do-poder>>. Acesso em: 04.06.2023.

Essa sociedade da urgência, em que não há mais tempo para a reflexão, em que processos perante os juízos devem ser produzidos com a substância e a velocidade de salsichas – próprios da sociedade líquida de que Baumann nos fala – trouxe a noção da normatividade líquida, ou seja, o direito não é o produto complexo da atuação do legislativo na aprovação da lei, do executivo em sua sanção e do judiciário na sua interpretação, após o intenso debate das partes, em um procedimento estruturado pelo contraditório e de oportunidade legalmente previstas. O direito deixou de ter referência no direito posto, pois colonizado por outros agentes ou sistemas. O direito perdeu a sua forma rígida e assumiu uma forma plástica e instrumental *ad hoc*, pela qual ele é apenas aquilo que os tribunais dizem, *punto e basta!*³⁸

Ocorre que a forte expansão constitucional dos últimos anos não se deu unicamente no Brasil, tampouco se limitou à América Latina, tendo sido constatada também no Canadá, na África do Sul, no Leste Europeu, na Grã-Bretanha e em Israel. Ran Hirschl chega a afirmar que “a crença de que a afirmação judicial de direitos constitui uma força de mudança social livre das amarras do poder político alcançou um *status quase-sagrado na discussão pública*”. Para o autor, a tendência global rumo ao que denomina juristocracia é um dos mais significativos fenômenos em matéria de governo do fim do século XX ao início do século XXI.³⁹

Também em tom de crítica, Calmon de Passos sugere que seria ingenuidade ou mesmo desinformação negar as crescentes politização do jurídico e juridicização do político, frutos de um peculiar estado de coisas que se instalou após o segundo pós-guerra. Era de tal forma corriqueiro emprestar ao social e ao coletivo primazia que se chegou ao ponto de quase se asfixiar o pessoal e o individual. O autor baiano – em censura à forma com que os processualistas e o legislador vinham tratando as ações coletivas à época –, chega a lançar mão do contundente argumento segundo o qual permitir que decisões, ditas judiciais, tenham a ampla incidência de normas gerais equivale a vestir-se “com a pele de cordeiro democrática o lobo voraz do autoritarismo e da arbitrariedade”.⁴⁰

Barbosa Moreira, adepto do publicismo, via no que denominava neoprivatismo⁴¹ uma ameaça à busca pela verdade e à própria utilidade do processo, uma vez que, se ao juiz é dado o dever de julgar, devem ser anexos e ínsitos a esse dever os poderes e os meios para julgar da melhor forma: “Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar

³⁸ CARVALHO FILHO, Antônio. Democracias frágeis e o limite do poder. **Empório do Direito**. Coluna Garantismo Processual, n. 93. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/93-democracias-frageis-e-o-limite-do-poder>>. Acesso em: 04.06.2023.

³⁹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 29-30.

⁴⁰ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 91-92.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010. Registre-se que o prefixo “neo” no título do artigo indica que Barbosa Moreira admite ser uma tendência antiga com nova roupagem, o que confirma a tendência que a doutrina possui de enxergar em tais modelos uma questão pendular.

de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão”⁴². Nota-se que o autor se baseia numa ideia de poderes implícitos para formular seu argumento.

Não obstante, para Igor Raatz, é um equívoco reducionista chamar o garantismo de “neoprivatismo”. Isso porque, enquanto o liberalismo processual é um modelo político-ideológico baseado numa liberdade negativa, o garantismo é uma teoria jurídico-dogmática com fundamento direto na Constituição, e que vê no processo instituição de direito público material constitucional, apto a garantir liberdades negativas e positivas. O processo não está apenas no campo político-ideológico, mas dogmático e constitucional.⁴³

Ainda segundo o aludido autor, houve uma má compreensão do processo democrático-constitucional por muitos anos na nossa doutrina, mesmo após a Constituição de 1988, o que fez o publicismo ter nova roupagem e novos fundamentos. O discurso da realização dos direitos fundamentais subverteu-se numa espécie de Estado Jurisdicional, em que a deficiência de legitimidade democrática é ainda maior que nos modelos anteriores. A busca desenfreada por efetividade e eficiência vem culminando num flagrante desequilíbrio entre os Poderes, tendo o Poder Judiciário se arvorado em funções tipicamente legislativas sem critérios minimamente racionais para tanto. Aduz que o caráter hermenêutico do direito não significa, de maneira alguma, a substituição da legalidade pela jurisdicionalidade. Pelo contrário, a legalidade constitui “’arquigarantia’ da não criatividade judicial”, a qual, ao lado da imparcialidade, é verdadeiro elemento nuclear da própria ideia de jurisdição.⁴⁴

Mateus Costa Pereira assere que, historicamente, o apego ao que chama de visões “apequenadas do processo” (instrumento, ferramenta, método) tem concorrido à hipertrofia do Estado-juiz, fornecendo-lhe um aumento de poderes judiciais em prol da concretização de fins alheios ao próprio direito (os chamados escopos metajurídicos), sempre ao sabor da “ideologia de plantão”.⁴⁵ A despeito de não se concordar aqui com a ideia de que há pequenez no processo idealizado pelos instrumentalistas, pois oriundo de sólida e respeitada doutrina, corrobora-se aqui a visão de que a ampliação de poderes do juiz é problemática do ponto de vista

⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 351.

⁴³ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 97.

⁴⁴ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 94-95.

⁴⁵ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 88.

constitucional, motivo pelo qual o presente capítulo pretende estudar a doutrina que serve de sustentáculo às ideias do ativismo judicial probatório.

O publicismo em nosso país germinou, como reação, uma crescente defesa do garantismo processual, cujas ideias volvem os olhos principalmente à redução dos poderes instrutórios do magistrado⁴⁶. Desta feita, Eduardo da Fonseca Costa lamenta a parca (em quantidade, não em qualidade) oposição ao protagonismo do juiz no processo, chegando a afirmar que, em nosso país, os superpoderes do juiz não são apenas tolerados, mas sim verdadeiramente vangloriados⁴⁷.

Não obstante, com a virada do século, parcela considerável da doutrina passou a enxergar na dicotomia inquisitorial-adversarial uma ideia ultrapassada⁴⁸, mormente diante dos vieses ideológicos não raro advindos da discussão. Foi-se criando, aos poucos, a noção de um terceiro modelo, em que não são consideradas visões de processo liberal ou social, mas o processo no Estado Democrático de Direito⁴⁹ – o modelo cooperativo.⁵⁰

Para os garantistas, no entanto, é equivocada a noção de cooperativismo como uma grande novidade. Contrapõem-se à ideia de que haja mudanças de paradigma no cooperativismo capazes de diferenciá-lo dos modelos da chamada fase instrumentalista, argumentando ser ele nada mais do que uma nova justificativa para uma velha ideia. Dito de outra maneira: o modelo cooperativo não passaria de “uma versão mitigada do modelo inquisitorial”⁵¹.

Conforme assevera Adolfo Alvarado Velloso, a contraposição entre instrumentalismo e garantismo nada mais é que um reflexo atual da antiga dicotomia entre princípios dispositivo

⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1, tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014.

⁴⁸ Nesse sentido: “Tal visão hiperpublicista não se justifica mais, mormente diante do atual modelo cooperativo, que se afasta tanto da ideia puramente liberal do processo – que o enxerga como uma guerra, uma competição –, quanto da visão inquisitorial, que vê no juiz autor único e solitário da solução do conflito” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. (Org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43).

⁴⁹ Cf.: BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013; e MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

⁵⁰ Adolfo Alvarado Velloso posiciona-se contrariamente à possibilidade de conciliação entre dois sistemas tão antagônicos quanto o dispositivo (ou acusatório) e o inquisitivo, cf.: Los sistemas procesales. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

⁵¹ É como pensa Igor Raatz (**Autonomia privada e processo**. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 141).

e inquisitivo⁵². No presente capítulo serão estudadas as ideias instrumentalistas (incluídas aqui, para além do instrumentalismo de Dinamarco, por motivos adiante explicados, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo), tecendo-lhes as considerações pertinentes, após uma análise das premissas que concluem por um juiz ativista, é dizer, um juiz proativo no campo instrutório.

Posteriormente, ainda no presente capítulo, algumas considerações serão feitas acerca do modelo cooperativo, uma terceira via defendida por grande parte dos autores brasileiros (e também em alguns países estrangeiros), que creem em um modelo que supera a dicotomia dispositivo-inquisitivo e cujas ideias possuem méritos próprios, mas que precisam ser analisadas para descobrir até que ponto se afastam do instrumentalismo.

2.2. A(s) doutrina(s) instrumentalista(s) do processo.

2.2.1. O instrumentalismo de Dinamarco.

Antes de qualquer discussão acerca do instrumentalismo, é preciso esclarecer ser ele, nos dias atuais, praticamente hegemonicó no âmbito da doutrina processual civil pátria. Por mais que cada doutrinador adote ramificações distintas, todas elas soem desgajar em ideias que interpretam o processo como instrumento nas mãos do Estado-juiz. Portanto, em maior ou menor escala, são em sua grande maioria instrumentalistas. As principais ideias do pensamento-matriz desse movimento serão esmiuçadas no presente item.

De mais a mais, o empreendimento de tratar o formalismo-valorativo, o cooperativismo e o neoprocessualismo como ramificações do instrumentalismo não é arbitrário, tampouco tem o desiderato de lhes diminuir a importância; e sequer é hipótese extraída apenas de seus críticos. Bedaque, defensor da aludida doutrina, também admite que "a ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista".⁵³ Em passagem imediatamente posterior de sua obra, dá como exemplo de grande instrumentalista o professor Alvaro de Oliveira, idealizador do formalismo-valorativo⁵⁴. Não por outro motivo, o presente texto tomará a

⁵² VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso y verdad*. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 55.

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 26. Em diversos outros autores, como ficará demonstrado, o modelo

liberdade de tratar todas essas doutrinas como instrumentalistas, já que, mesmo baseando-se em premissas distintas, concluem, em síntese, pelo processo como instrumento do poder para a realização da justiça.

Dinamarco, idealizador do instrumentalismo no Brasil, afirma que o privatismo do processo liberal, descendente jurídico do liberalismo político do século XVIII, deu ensejo a um sincretismo jurídico em que os planos substancial e processual se confundiam, mas começou a ruir no século XIX, com a autonomia conferida à não só a ação, mas a todos os institutos processuais – donde surgiu a ideia de ciência processual, com objeto e métodos próprios. Continua o autor, alegando que, atingida a maturidade da ciência processual, após as prefaladas fases sincretista e autonomista, a doutrina, sensível aos problemas sociais e do seu tempo, não mais resolvida pela discussão meramente conceitual, superou o cariz metafísico clássico do processo e deu a ele uma posição teleológica, ensejando a superação do modelo metodológico autonomista e entrando numa terceira fase: a instrumentalista – de caráter publicista.⁵⁵

Importa destacar que a primeira alusão ao instrumentalismo foi feita, de acordo com Bedaque⁵⁶, em 1974, por Emilio Gómez Orbaneja, mas só foi sistematizada no Brasil anos mais tarde, em 1987, por Cândido Rangel Dinamarco. Bedaque festeja o movimento, e acredita que a obra de Dinamarco, “A instrumentalidade do processo”, é a bíblia do direito processual moderno.

Segundo Dinamarco, o ponto de maturidade a que a ciência processual chegou levou os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, independentemente de diferenças propriamente jurídicas ou mesmo culturas, históricas e políticas, a traçar certas ideias comuns quanto ao tema, nomeadamente para além da própria autonomia do direito processual e seus institutos, “a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural, o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados”; e que a aplicação desses princípios informativos seria de suma importância para a universalização da ciência do processo.⁵⁷

cooperativo de processo, amplamente defendido pelos doutrinadores brasileiros, busca esquecer nas ideias instrumentalistas adiante analisadas.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 17-19.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual:** garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-3.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 18.

O instrumentalismo pretende ser o núcleo e a síntese dos movimentos em prol do aprimoramento do sistema processual, com premissas de alargamento da via de acesso ao poder judiciário, eliminação das diferenças de oportunidades para os sujeitos economicamente desfavorecidos, efetividade do processo, preocupações com a ampla defesa no processo criminal, igualdade processual e de aumento da participação do juiz na instrução da causa, bem como de sua liberdade na apreciação do resultado da instrução. No mais, preconiza essa doutrina que o intérprete esteja imbuído do método de pensamento instrumentalista, é dizer, aplique o direito (aqui, processual) conforme os ditames anteriormente mencionados.⁵⁸

Tais ideias são, atualmente, lugar comum na doutrina brasileira. Luciano Souto Dias comunga de muitos desses postulados, alegando que o processo “representa o instrumento de que se vale a jurisdição para a análise e aplicação do direito aos casos concretos levados a juízo, de forma a permitir a prestação jurisdicional em conformidade com os ditames da justiça”.⁵⁹ Tudo isso seria resumido na ideia de aprimorar o serviço jurisdicional por meio do processo, é dizer, o processo é o instrumento asseguratório da efetividade de princípios lógicos, jurídicos, políticos e até econômicos. A instrumentalidade valeria de justificação suficiente para a permeação de “pressões axiológicas exteriores” ao processo. Para Dinamarco, portanto, a instrumentalidade é o fundamento lógico-jurídico suficiente para que o processo, que não possui, segundo ele, objetivos próprios nem justificação autossuficiente, possa ficar sujeito às mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.⁶⁰

A noção instrumentalista, como já se disse aqui, combate a ideia do processo ensimesmado da fase autonomista, pois admite influências externas, especialmente do direito constitucional. Tenta dar ao formalismo uma orientação teleológica, interpretada à luz de valores políticos e sociais estranhos ao processo em si⁶¹, voltada à efetivação do direito material.

Dinamarco considera ainda generoso e bem-vindo o aporte ao aprimoramento do processo, em face de seus objetivos, trazidos, segundo ele, pela colocação metodológica denominada direito processual constitucional. Com ela, exsurgiria uma infiltração de carga

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 21.

⁵⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil:** em busca da verdade. Salvador: juspodivm, 2018, p. 27.

⁶⁰ Nas palavras do autor: “É justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação autossuficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 21).

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual:** garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

axiológica a justificar a instrumentalidade, tudo em nome da busca por valores constitucionalmente consagrados, especialmente a liberdade e a igualdade – manifestações transcedentes do “valor justiça”. Defende, assim, que o processualista moderno adquiriu consciência de que o processo, enquanto instrumento, precisa refletir as bases do regime democrático, o microcosmos com conotação de liberdade, igualdade e participação (contraditório).⁶² Aqui, mais uma vez, doutrinas que pretendem ser independentes se aproximam – desta vez nota-se íntima conexão entre instrumentalismo e neoprocessualismo⁶³.

Solução semelhante é a de Bedaque ao definir processo, com base em Carnelutti, como método de trabalho que se destina à formação e à aplicação do direito, visando à solução do litígio. Busca-se, segundo ele, por meio do Estado, a pacificação social e a solução das controvérsias, proporcionando a quem dele se socorre a certeza do direito e, na medida do possível, um resultado justo. Para o autor, o instrumentalismo compatibiliza as fases do sincetismo com a da autonomia.⁶⁴

Confirmando certa tez ideológica em sua defesa, Dinamarco reitera seu compromisso com a política do Estado Social. Segundo ele, é normal que o processo sofra mutações *pari passu* à evolução da ordem constitucional, guardando com ela estrita correspondência. Assim, continua, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, incluídas aí suas linhas ideológicas. Com isso, o processo do Estado Liberal não poderia sobreviver no Estado Social contemporâneo, que repudia os fins limitados do Estado propugnados pelo primeiro. Os valores professados pelo Estado atualmente seriam de culto à justiça substancial e efetiva – assegurando a todos a redução de desigualdades e a fruição de bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação e, até certo ponto, de toda a população do planeta. Em síntese, o pensamento do autor gira em torno da ideia de que, num Estado-providência, declaradamente intervencionista, o processo deve ser igualmente providente e intervencionista – “até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes”.⁶⁵

A interrelação entre publicismo e alargamento dos poderes instrutórios do juiz não se encontra subentendido na doutrina instrumentalista, mas expresso. Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, em coautoria com Dinamarco, afirmam que "diante da

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 22-23.

⁶³ Objeto de estudo mais adiante no presente trabalho.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual:** garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-2.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 28-29.

colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial", e concluem asseverando que a finalidade do direito processual é eminentemente sociopolítica e, por conseguinte, não estão em jogo apenas os interesses das partes, mas os do próprio estado – o que explica, continuam os autores, o paulatino aumento dos poderes do juiz em nosso ordenamento, incluídos aqui os instrutórios.⁶⁶

Humberto Theodoro Júnior, também defensor do processo enquanto instrumento do Estado em prol da efetividade dos direitos, não propõe que ele vá além da legalidade, mas continua defendendo a ideia de um "processo justo", o qual, no plano substancial, deve observância à efetividade da tutela àquele a quem corresponde a situação jurídica amparada pelo ordenamento jurídico. Afirma que, dentro da ordem jurídica, a hermenêutica e a aplicação do direito podem ser otimizadas por influxos valorativos e principiológicos da Constituição. Para tanto, em busca dos escopos da "pacificação social sob o império da lei", o juiz teria maior interesse do que as partes na boa atuação jurisdicional e na consecução da justiça e da efetividade, o que justificaria uma proatividade do magistrado em busca da verdade real ou, ao menos, da melhor verdade possível – dentro dos limites da capacidade humana.⁶⁷

Diante do sucesso de sua doutrina em solo nacional, Dinamarco comemora o "elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo", favorecido pelo apuro técnico das instituições processuais e pelos ventos da permeação constitucional do Estado social intervencionista⁶⁸. Nada obstante, admite que o princípio inquisitivo deve ser temperado, a fim de não ser levado a extremos autoritários, e que, se acaso ampliados excessivamente os poderes instrutórios do juiz, a imparcialidade poderia correr sérios riscos. Por isso, continua ele, o publicismo deve conviver com os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo.⁶⁹

Aludindo aos quatro institutos fundamentais do processo – jurisdição, ação, defesa e processo –, o autor afirma que é o primeiro, a jurisdição, que está no centro da Teoria Geral do Processo. Isso porque eventual atitude de colocar a ação no centro do direito processual seria demasiado individualista – incompatível, portanto, com o caráter publicístico do processo –, bem como restrita ao processo civil. Nesse sentido, diz o autor, situar a jurisdição ao centro da teoria do processo é a compreensão que mais se coaduna com o publicismo, com o desiderato

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 50-57.

⁶⁸ Aqui há uso de algumas bases do neoprocessualismo, estudado a seguir.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 47-48.

de, de um lado, garantir a efetividade do compromisso do Estado e, do outro, instituir limitações a esse poder; essa seria a exigência do Estado Social.⁷⁰

Defende ser de grande utilidade o encaixe da jurisdição na estrutura do poder estatal, defendendo a existência de um diálogo entre o processo e os valores eleitos pelo sistema como escopos a serem perseguidos. Em outras palavras, o autor argumenta ser desejável um sistema aberto, voltado a uma perspectiva externa, axiológica, permeado por valores postos pela sociedade e confirmados pelo Estado. Para ele, toda teoria processual deve ter consciência do papel que tem dever de desempenhar na “mecânica da vida em sociedade”. O direito processual é, nessa perspectiva, fator de aproximação entre direito e política, entendida essa como processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado.⁷¹ Sobre o tema:

Sensível ao 'publicismo', a instrumentalidade sugere o deslocamento do centro gravitacional da ciência processual da ação, cuja ênfase seria reminiscência do 'privatismo', para a jurisdição. No modelo instrumentalista, é a realização dos fins do Estado que garante o caráter publicista do processo e, já que a realização de tais fins só ocorre mediante o exercício do poder jurisdicional, em torno dele devem tramitar os demais institutos processuais. Em tal contexto, o processo se apresentaria como o mero aspecto dinâmico da Jurisdição, o instrumental necessário a serviço dos fins do Estado.⁷²

Dinamarco esclarece que o escopo da jurisdição, num processo visto como instrumento, não se limita à tutela de direitos subjetivos – o que seria individualista e remansoso de uma visão privatista. Há outros escopos mais importantes, ligados ao cariz social do Estado atual. Em primeiro lugar, há os escopos sociais: pacificar com justiça e educar a população acerca de seus direitos e deveres. Em segundo lugar, os escopos políticos: afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente, concretizar o culto ao valor liberdade e a asseguração de participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política. E, em terceiro lugar, o escopo jurídico: a aplicação da vontade concreta do direito, mas sem descurar dos aspectos axiológicos e éticos, que permitem uma conduta mais ativa do juiz na direção do processo – em busca da verdade, não como um fim em si mesma, mas meio para se alcançar uma decisão justa.⁷³

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 69-75.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 76-77.

⁷² ABOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irresponsável. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa.** Londrina: Thot, 2019, p. 347.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 133 e seguintes.

Não por outro motivo, Barbosa Moreira manifesta apoio à doutrina que desloca o papel primacial do processo, de meras soluções individuais e particulares de litígios para a geração de inúmeros e valorosos benefícios sociais, incluído aí o do desenvolvimento do próprio direito por meio de decisões judiciais.⁷⁴

Esclarecida a gênese do movimento instrumentalista de Dinamarco, ao menos no ponto em que os argumentos favorecem a doutrina do juiz proativo no campo instrutório do processo, passa-se à análise de uma de suas principais ramificações: o formalismo-valorativo, idealizado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

2.2.2. O formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Em 1996, menos de uma década depois do lançamento da obra de Dinamarco, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sob orientação de José Rogério Cruz e Tucci, desenvolve sua tese de doutorado perante a Universidade de São Paulo, denominada “Formalismo no processo civil”, sugerindo algumas mudanças ao modelo defendido pelo autor paulista – mas dele pouco se desvincilhando cabalmente.

Logo no início da versão comercial de sua obra, Alvaro de Oliveira estabelece as bases que sustentam seu pensamento, buscando justificar uma diferenciação em relação ao instrumentalismo. O autor não foge às premissas aludidas pelos constitucionalistas, afirmando que o pós-Segunda Guerra alavancou a consciência de imersão do processo à própria vida, alinhado com os fatores constitucionais do processo e ideológicos que influenciam sua conformação e seu estudo. Com isso em mente, continua, é preciso se adequar ao atual ritmo da humanidade em busca de maior efetividade à prestação jurisdicional, inclusive pela utilização de vias alternativas para desafogar e possibilitar a realização da justiça.⁷⁵

Rechaçando a ideia de forma pela forma, ou de um formalismo ensimesmado, oco e vazio, o autor gaúcho defende que o conceito de forma esteja interligado sempre à sua utilidade ou mesmo a um fator de segurança, apenas e enquanto ligado a algum valor considerado relevante. Não deixa de admitir, porém, a importância do formalismo em sentido amplo, enquanto organização da desordem, "emprestando previsibilidade a todo o procedimento",

⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010.

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1.

estabelecendo parâmetros seguros dentro dos quais as pessoas nele envolvidas devem cooperar para seu desenvolvimento.⁷⁶

Prossegue, afirmando que o formalismo é ainda uma garantia de liberdade das partes contra o arbítrio dos órgãos exercentes do poder estatal, e que a realização do procedimento ao irrestrito alvedrio do juiz acarretaria possível desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes – não obstante, gize-se, o autor exemplifique como consequência maléfica disso decorrente uma indesejada variação de jurisprudência e de realização do direito material, impedindo assim uma "uniforme realização do direito". Celebra ainda a existência de um formalismo em sentido amplo, como garantia de uma parte em face da outra, servindo assim como poderoso fator de igualação.⁷⁷

Hermes Zaneti Júnior, defensor de um modelo cooperativo baseado no formalismo-valorativo, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, sugere que o aludido diploma trouxe um ponto de equilíbrio entre o Estado Social e o Estado Liberal, o que crê ser exigência do atual Estado Democrático Constitucional. Nada obstante, defende que esse ponto de equilíbrio se encontra num processo substancialmente justo, que seja instrumento⁷⁸ de justiça e de liberdade, o que dependeria da aproximação entre direito processual e direito material, da superação de paradigmas do processo moderno, pautado pela técnica, individualidade e privatismo, para um processo compreendido como fenômeno de poder, social e coletivo. Seria preciso, além disso, valorizar as tutelas diferenciadas, a flexibilização do procedimento comum, a efetividade como corolário do acesso à justiça, e o processo justo (que considera ser produto do devido processo formal e substancial, em suas palavras) como forma de controle do correto exercício do poder de julgar.⁷⁹

Esclarece Alvaro de Oliveira, no estabelecimento de suas premissas, que sua tese busca remediar as antinomias entre justiça e formalismo, esclarecendo que um formalismo cerrado, mesmo possuindo o mérito de contenção do arbítrio, não concorre necessariamente com a justiça, e que ela – a justiça – é, ao fim e ao cabo, o "ponto fundamental", sendo todo o restante

⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6-7.

⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7-8.

⁷⁸ Mais uma vez, um defensor do formalismo-valorativo ilustra as inescapáveis semelhanças entre as ideias dessa doutrina e a instrumentalista.

⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 22 e 29-30.

mera questão de oportunidade.⁸⁰ Entrelaça ao formalismo, portanto, valores externos diversos, tais como o fez o próprio Dinamarco, fixados nos fins do processo, ou seja, numa relação teleológica, a exemplo do que julga estarem dentre os mais importantes ideais: justiça, paz social, segurança e efetividade⁸¹.

Ressalta a relatividade da obtenção da verdade, uma vez que essa não constitui fim em si mesma, mas meio para a aplicação do direito, colaborando para o atingimento do fim: "o que o juiz descobre das múltiplas e turvas fontes da investigação probatória deve substituir a verdade pura e absoluta". Nada obstante, afirma que, a despeito de o fato principal ser sempre e só fornecido pelas partes, tal barreira é meramente inicial, devendo o juiz e as partes, após isso, agir simultaneamente, e em colaboração⁸², a fim de atingir de maneira eficiente os fins principais do processo.⁸³

Em nenhum momento, no entanto, defende uma "postura de corte jacobino, uma busca frenética pela verdade". Esclarece que no campo probatório nunca pode reinar o informalismo absoluto, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, tudo em prol do "mito da verdade material, travestida de principal finalidade do processo". A despeito de tais considerações, refreia os próprios contrapontos, esclarecendo que defende a libertação do juiz de cadeias formalísticas que o afastam da investigação dos fatos, e que, portanto, ele deve assumir os meios probatórios – ainda que dentro dos limites fáticos impostos pelas partes.⁸⁴ Por conseguinte, nada muda, em relação do instrumentalismo, no sentido de defender um juiz ativo na instrução probatória, ainda que não parta de premissas teóricas idênticas.

O sentido aqui é similar ao propugnado por Barbosa Moreira, quando argumenta que, entre a parcialidade de agir – mesmo sabendo quem a prova pode beneficiar –, e de não agir – mesmo sabendo quem a ausência de prova pode prejudicar –, prefere um juiz que corre o primeiro risco⁸⁵. Em outro texto, alega que não apenas é importante que desfrute dos poderes instrutórios oficiosos dos quais a lei o investe, mas é especialmente importante que o faça

⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10-11.

⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65-67.

⁸² Evidenciando-se assim a íntima relação entre formalismo-valorativo e a colaboração, como restará esclarecido adiante.

⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146.

⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146-149.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Freddie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010.

“quando se cuida do interesse de litigante falto de meios” – tudo isso em prol de um processo socialmente efetivo.⁸⁶

Das premissas vistas até aqui, muito se desenvolve, a partir delas, tendo como fundamento a constitucionalização do direito e do processo. Imperioso que se dê o devido destaque a essa visão neoconstitucional do direito processual: o neoprocessualismo.

2.2.3. O neoprocessualismo.

Eduardo Cambi, partindo de uma leitura neoconstitucional, admite não destoar da visão publicista até aqui exposta. Para ele, o culto excessivo à forma afasta o processo de seu “fim precípuo de instrumento destinado a efetivar direitos, tornando-se incapaz de tutelá-los” – tem respaldo confesso no instrumentalismo, portanto. Segundo essa visão, o neoprocessualismo é o modelo que incorpora a metodologia proposta pelo neoconstitucionalismo, para assim aplicar as técnicas processuais a partir de bases constitucionais e, como consequência, ser capaz de transformar a realidade pela via judiciária.⁸⁷

Cambi defende que o neoconstitucionalismo, que fornece esqueleto à sua doutrina processual, está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, e que apostava na transformação das Constituições modernas, utopias de direito positivo que servem como norte a orientar mudanças sociais (mais uma vez, o caráter instrumental transborda do discurso do autor).⁸⁸

A respeito disso, mais uma vez os doutrinadores aqui estudados demonstram não destoar em relação a esse arrimo na constitucionalização do processo. Segundo Alvaro de Oliveira e Mitidiero, a primeira constitucionalização do processo representou a positivação das garantias processuais, tendo como principal escopo evitar o arbítrio, já a segunda constitucionalização teria o condão de incluir na teoria do processo civil a metódica dos direitos fundamentais: “Finalidade: potencializar o processo como instrumento de outorga de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”⁸⁹. A semelhança entre as bases teóricas estudadas é visível.

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano II, n. 11, pp. 5-14 mai./jun. 2001, p. 12.

⁸⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 18.

⁸⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 28.

⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

Para Osvaldo Alfredo Gozaíni, também defensor da existência de um neoprocessualismo, a ação, a jurisdição e o processo foram permeados pela influência de outros ramos do direito, principalmente o direito constitucional, e essa mudança de ótica ocasionou a reconsideração do que se compreendia acerca dos poderes e deveres do juiz no processo. É dizer, se outrora havia uma grande valorização da independência e da imparcialidade no processo, chegou-se o tempo de estimar valores tais como a responsabilidade, equidade, atenção, etc. Um novo paradigma de acesso à justiça.⁹⁰

O jurista critica ainda a concepção meramente formal do direito de ação, que vê nas partes meros litigantes, cuja marca precípua é preencher requisitos como os de legitimidade e interesse. Não que todas essas coisas sejam desimportantes, esclarece o autor, mas são insuficientes – ou mesmo estéreis – caso estandardizadas. Olhar o conflito unicamente pela ótica dos litigantes, como se só a eles interessasse a ação, seria uma maneira egoísta e unilateral de enxergar a ação, pois que demonstraria um descaso para com a transcendência do interesse na resolução dos conflitos para o país como um todo.⁹¹

Do mesmo modo, no respeitante ao processo, defende Gozaíni que as formalidades sejam adequadas – não eliminadas – a uma perspectiva mais funcional e efetiva, bem como encampa todas as ideias publicistas explicadas no início desse trabalho, festejando a colocação da jurisdição no centro gravitacional do direito processual civil (o que atribui a Chiovenda), como consequência da retirada da condução e direção do processo das mãos das partes e sua transferência ao magistrado.⁹²

Não é que o juiz não esteja adstrito às leis, ressalta o autor, mas ele se torna agente a velar pela sua correta interpretação, que agora, com o neoconstitucionalismo, passam tais leis a ser subordinadas a princípios e valores superiores – primacialmente sob os cuidados do poder menos político de todos: o Judiciário. Dito de outro modo, a normativa constitucional deixa de ser “sequestrada” por outros poderes, e de ser manuseada numa relação monopolista entre Legislativo e Tribunal Constitucional, e passa a ordenar a realidade por intermédio de juízes ordinários.⁹³

⁹⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. In: **Revista Iberoamericana de derecho procesal**. Buenos Aires, año VI, n. 9, pp. 227-241, 2016, p. 227-228.

⁹¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. In: **Revista Iberoamericana de derecho procesal**. Buenos Aires, año VI, n. 9, pp. 227-241, 2016, p. 232-233.

⁹² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. In: **Revista Iberoamericana de derecho procesal**. Buenos Aires, año VI, n. 9, pp. 227-241, 2016, p. 233-237.

⁹³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. In: **Revista Iberoamericana de derecho procesal**. Buenos Aires, año VI, n. 9, pp. 227-241, 2016, p. 240-241.

As doutrinas estão de tal forma relacionadas que Didier chega a afirmar ser o neoprocessualismo uma quarta fase da evolução do direito processual, um avanço em relação ao instrumentalismo (seriam as fases da evolução histórica do processo, segundo o autor, o praxismo – ou sincretismo –, o processualismo, o instrumentalismo e o neoprocessualismo). Para ele, o neoprocessualismo não teria qualquer diferença de premissas em relação ao formalismo-valorativo, sendo elas “exatamente as mesmas”.⁹⁴

O estudo acerca do neoconstitucionalismo e de sua influência na doutrina processual será realizado no próximo capítulo, motivo pelo qual o presente tópico servirá, por ora, como resumo das premissas neoprocessuais.

De mais a mais, minudenciadas as bases em que se debruça a doutrina instrumentalista – consideradas aqui todas as estudadas na presente seção – para justificar o ativismo judicial (em seus mais diversos sentidos, mas com graves consequências no campo instrutório, que é o que interessa ao presente trabalho), passa-se à análise crítica dessas ideias.

2.3. Críticas ao juiz-antena do instrumentalismo.

Apesar de relevantes e sobremaneira dignas de respeito as doutrinas aqui analisadas, não estão imunes a críticas, mormente no que diz respeito ao respaldo que oferecem à ideia de um juiz protagonista do processo em busca de fins não só jurídicos, mas também metajurídicos. Com isso em mente, é necessário esclarecer alguns pontos.

Das censuras possíveis ao pensamento instrumentalista, a que inicialmente salta aos olhos é a falta de distinção sensível entre as teorias propaladas. Conforme argumenta Mateus Costa Pereira, o formalismo-valorativo não conseguiu se desvencilhar do instrumentalismo, tampouco “erigir um novo paradigma à compreensão do fenômeno processual”. Isso porque a suposta incorporação de constitucionalização ao discurso não foi suficiente para que os adeptos do referido modelo deixassem de vê-lo como instrumento (agora ético) ainda atrelado à justiça material. Portanto, enxergar na história processual a evolução de uma fase do processualismo científico (instrumento técnico), para a fase teleológica (instrumento político), rumo ao estágio ético (formalismo-valorativo) nada mais é do que entendê-lo como “instrumento, instrumento

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 62-4.

e instrumento". Essa visão permanece insistindo na primazia da jurisdição; professar um estágio ético não mascara o caráter político (de poder) do instrumento.⁹⁵

Assim como a doutrina instrumentalista, construída por Dinamarco, é uma vertente do processualismo científico, pois não rompe efetivamente com Klein, Bülow ou Chiovenda, propondo dessa forma ser um projeto de continuidade, há outras doutrinas mais recentes que, inspiradas nas fórmulas de Dinamarco, esperam avançar sobre elas, superando-as, mas com pretensão de novidade. Igor Raatz e Natascha Anchieta citam como exemplos desse fato os recém-estudados formalismo-valorativo e neoprocessualismo, os quais não abrem mão do juiz ativo, do discurso ético e imbuído de escopos metajurídicos, num processo tendente à concretização do direito material e da justiça. No geral, os argumentos são deveras similares, mas agora empreendem-se esforços em prol da democratização do instrumentalismo, para emprestar-lhe mais legitimidade, sob a forma de defesa de uma maior participação das partes no processo, de forma cooperativa.⁹⁶

A título de exemplo, a obra de Alvaro de Oliveira possui o mérito de enfrentar o tema da importância, até certa medida, do formalismo para a segurança jurídica, que admite estar em constante tensão com a ideia de efetividade. Não obstante, revela uma aproximação implícita com o instrumentalismo quando afirma que devem ser "os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal", é dizer, num processo posto a serviço "daqueles que pedem justiça".⁹⁷

Também Antônio Carvalho Filho vê no instrumentalismo de Dinamarco uma doutrina que se espelha em Bülow e Klein, que se propõe a apresentar uma teoria do processo, mas trata com muito mais afinco do tema da jurisdição. Explica o autor que a mixagem teórica entre processo e jurisdição ganha novos contornos com o severo grau de embutidura axiológica de uma jurisdição "ativa", própria da doutrina do processo justo (que no Brasil ganha fôlego com o formalismo-valorativo), a qual, mais recentemente, fora agravada pela constitucionalização do processo preconizada pelo neoconstitucionalismo. Disso resulta um empoderamento judicial pelo processo, até chegar à doutrina cooperativista.⁹⁸ Dessa forma, acredita-se haver uma

⁹⁵ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 167-8.

⁹⁶ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 152-154.

⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 147.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 36-38.

sucessão doutrinária, desde o cientificismo processual até o cooperativismo, que só construir seu edifício nas bases do já antigo publicismo⁹⁹.

Na mesma linha, Diego Crevelin de Sousa reúne instrumentalismo e formalismo-valorativo num só bloco, que denomina doutrina do processo justo, atribuindo-lhes, a um só tempo, a mesma crítica: a abertura da decisão a elementos metajurídicos e a defesa do subjetivismo do magistrado. Para o autor, a doutrina do processo justo, conquanto não possua uma teoria da justiça, dos valores ou mesmo critérios dogmáticos bem definidos, abriga-se no "mito do bom governo dos juízes".¹⁰⁰ Afirma que, a despeito de o formalismo-valorativo pretender ser distinto do instrumentalismo de Dinamarco, principalmente no que diz respeito à colocação do processo no centro da teoria do processo (por isso formalismo), no frigir dos ovos, suas premissas metajurídicas e vinculação do processo e da participação do juiz como instrumentos a uma busca por justiça não o permite galgar distância do instrumentalismo – mas tão somente ser uma espécie de sucessor espiritual. Nada obstante, "em termos processuais, não há diferenças relevantes entre IP [instrumentalismo processual] e FV [formalismo-valorativo]"¹⁰¹.

Por fim, frise-se que não apenas a doutrina garantista aponta para a mixagem teórica aqui apontada, uma vez que ela é objeto de crítica, não raro, dos próprios adeptos do instrumentalismo. É o caso de Bruno Silveira Oliveira, que identifica no formalismo-valorativo nada mais do que uma teoria instrumentalista que ainda não se deu conta disso. Apesar de elogioso em relação a Alvaro de Oliveira e sua tese, o autor destaca que não há nada em suas ideias que as separe do instrumentalismo de Dinamarco.¹⁰²

Interessante noção é a de que já houve, de fato, um processo como mero instrumento: foi justamente aquele do praxismo, antes dos avanços que o revestiram de caráter científico na segunda metade do século XIX. Hoje se vê naquele processo servil um processo desqualificado

⁹⁹ Não por outro motivo, Mateus Costa Pereira ensina que o publicismo é a ideologia (em sentido estrito, como compromisso com o poder ou sua luta) que sustenta a epistemologia instrumentalista. Cf.: PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 100.

¹⁰⁰ SOUSA, Diego Crevelin de. Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia:** estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021, p. 79.

¹⁰¹ SOUSA, Diego Crevelin de. Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia:** estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021, p. 71-72.

¹⁰² OLIVEIRA, Bruno Silveira. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). Revista de Processo – **RePro**, v. 293, p. 19-47, jul. 2019. O título do trabalho já é sintomático do exposto até aqui: o formalismo-valorativo como uma nova roupagem da doutrina efetivamente hegemonicna na cultura jurídica brasileira.

e menor¹⁰³ - e não sem razão; por que então sua pretensa instrumentalidade atual seria vista de forma distinta?

Mateus Costa Pereira esclarece que aquilo que denomina o mito da publicização, ainda hoje dominante no imaginário dos processualistas, consiste numa "amálgama público-científico-poderes do juiz"¹⁰⁴, e que o instrumentalismo consiste na visão teórica que reduz o fenômeno processual a instrumento da jurisdição. Com isso, segue o autor, "busca compreender o processo, mas só enxerga a jurisdição" – o que causa diversos problemas dogmáticos, filosóficos e epistêmicos à referida corrente¹⁰⁵. Nas palavras de Lúcio Delfino: "Grosso modo, ecoa de ponta a ponta no país o mantra: o processo é de somenos importância, ancilar e subserviente, mero instrumento a serviço da jurisdição"¹⁰⁶.

Teoria da jurisdição é teoria do poder – e isso não a diminui. Ocorre que, quando se fala em teoria do processo, está-se a tratar de uma teoria das garantias. São ciências com objetos distintos. Por mais que tanto o processo quanto a jurisdição gravitem no âmbito do direito constitucional, cada qual com sua importância, eles não se confundem. A relação da divisão de trabalho entre o juiz e as partes no processo é uma questão afeita ao processo, e não à jurisdição.¹⁰⁷

Mateus Costa Pereira propõe algumas indagações ao pensamento instrumentalista: a) se o interesse público está sempre presente, por que o legislador se empenha em predeterminar hipóteses específicas de intervenção do Ministério Público? b) A indignação popular é termômetro confiável a conferir legitimidade às decisões? Se são, como aferir isso? c) O ajuste das interpretações aos desígnios de justiça autoriza o magistrado a decidir antes de fundamentar? d) Há estudos empíricos demonstrando um maior alcance de justiça atrelado ao aumento dos poderes judiciais probatórios (espontâneos)? e) Qual justiça deve ser buscada pelo juiz? f) Por que considerar o modelo acusatório uma conquista do processo penal moderno e, em simultâneo, ver no recrudescimento do princípio inquisitivo um avanço no processo civil? g) De onde se pode extrair, na Constituição Federal, os chamados escopos jurisdicionais? h) De onde se pode extrair, da Constituição Federal, o processo como mero instrumento? i) como

¹⁰³ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 35.

¹⁰⁴ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 52.

¹⁰⁵ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 99.

¹⁰⁶ DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017, p. 208.

¹⁰⁷ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo.** Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 96.

conciliar a teoria de Bülow, compromissada com o poder, com a de Fazzalari, preocupada com sua limitação?¹⁰⁸

A própria Constituição convida os instrumentalistas a redimensionar o projeto de interpretação que possuem. Se o devido processo legal está previsto no art. 5º da Constituição Federal, é verdadeira garantia fundamental do indivíduo e da coletividade, e não instrumento ou ferramenta a serviço do Estado – mesmo porque a categoria instrumento sequer existe em nossa dogmática. Não se nega que o instrumentalismo possa ser estudado sob a ótica da política, mas o processo deve ser visto pelas lentes constitucionais, que não o consideram mero instrumento, o que demonstraria compromisso ideológico com o poder.¹⁰⁹

Não fosse suficiente o óbice constitucional à leitura do processo associado a seus escopos de efetividade, também o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (decreto n° 678/92) afirma que qualquer pessoa tem o direito de ser ouvida, respeitadas as suas garantias. Mais uma vez, o ordenamento jurídico demonstra enxergar no processo uma garantia àqueles que dele participam – no caso do Pacto de San José da Costa Rica, com status supralegal.¹¹⁰

Também Calmon de Passos acredita ser desprovido de significação dogmática o vocábulo instrumento – seja diante de sua vaguença em sentido amplo, ou de sua impropriedade em sentido estrito. Por isso, tal categoria deve ser descartada e não mais profícua "para nosso labor científico". Mesmo porque, um dos frutos mais perversos desse modo de pensar o direito, segue o autor, foi a quebra do equilíbrio processual, com reformas que não raro hipertrofiam o papel do juiz no processo, justamente aquele que já possui o poder na relação processual, aparelhado para oprimir e desestruturar as expectativas de segurança do agir humano e de suas consequências. Outro privilegiado é o autor da demanda, justamente aquele a quem cabe provar aquilo que alega.¹¹¹

O processo jurisdicional civil, enquanto procedimento em contraditório para a formação do provimento jurisdicional, tem como finalidade primeira o correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele "se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele

¹⁰⁸ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 123.

¹⁰⁹ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 124-125.

¹¹⁰ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 127.

¹¹¹ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 40-41.

resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica daqueles que receberão seus efeitos".¹¹²

Saliente-se que aqui não se defende um Estado despreocupado com eficiência, apenas que esse não é o núcleo maior a guiar a criação, aplicação e interpretação do direito processual. O que norteia o processo é a garantia às partes de defesa contra o arbítrio e a proteção de sua autodeterminação. Nessa linha, "pensar o processo como mera técnica ou como instrumento a serviço da jurisdição corrói o que há de mais sagrado para as partes diante do poder jurisdicional: a garantia do processo".¹¹³ A esse respeito, o fato de o direito substancial sequer constituir pressuposto para a instalação do processo¹¹⁴ é mais um indicativo de que, em nossa dogmática, processo não é instrumento em prol da concretização do direito.

Nesse sentido, Antônio Carvalho Filho¹¹⁵ resume a três principais pontos as críticas que tece ao instrumentalismo ao longo de sua obra: o primeiro é que a prefalada doutrina não se presta a falar do processo, enquanto direito fundamental, mas do poder, do exercício da jurisdição, mormente de seu desejável papel revolucionário silencioso; em segundo lugar, como se defende aqui, que todas as doutrinas publicistas que se seguiram têm esquecimento no pensamento instrumentalista; por fim, que a formação da doutrina do "processo justo", no cenário nacional, decorre do instrumentalismo, e é uma teoria sobre o poder.

Antes de mais nada, é imperioso reconhecer que, onde há poder, há reais e efetivos riscos de arbítrio. No Brasil, o que se percebe é muito cuidado com a limitação do arbítrio do legislador e do administrador, mas pouca ênfase em limitar-se o arbítrio do juiz. E os cuidados com os poderes do juiz são ainda mais fundamentais, porque o juiz é justamente o agente com condições de tornar o arbítrio definitivo.¹¹⁶

É quanto isso que o instrumentalismo, consciente ou inconscientemente, não demonstra preocupação. Nele, o juiz possui compromisso com os anseios da sociedade, é um agente com ligação direta à Constituição, não raro sem necessidade de intermediação legal. Portanto, há dois mitos principais que a serem desconstruídos acerca do tema: o primeiro é o mito do juiz-antena, uma espécie de captador das necessidades sociais, já que ele não é um ser

¹¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 148-150.

¹¹³ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 135.

¹¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 138.

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 85-86.

¹¹⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. Avaliação crítica das últimas reformas no processo civil. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 127.

superior, dotado de inteligência diferenciada, tampouco compreensões metafísicas superiores que o permitam entender os anseios da sociedade e corrigir os problemas nela existentes.¹¹⁷ O segundo mito, do juiz "como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça", já que ele não é, mais do que qualquer outro, capaz de reconstruir fatos do passado¹¹⁸.

Esse epíteto de juiz-antena é dado por Antônio Carvalho Filho, repita-se, a esse magistrado onisciente e empoderado, capaz de receber e perceber os influxos da vontade social, concretizando a justiça. O juiz-antena é um juiz ativo, ou ativista¹¹⁹, que vê como escopos a guiar sua atividade os seguintes: a necessidade de sensibilidade judicial para com as agruras dos jurisdicionados; a necessidade de descobrir a verdade, desiderato que justificaria sua participação mais ativa; e interpretação do conteúdo das leis de acordo com a justiça e as exigências sociais.¹²⁰

Ocorre que o concurso público a que o candidato se submete para ser investido na judicatura não o transforma milagrosamente num sábio ou em Deus, como ressalta Calmon de Passos¹²¹. Em outra obra, o autor baiano, conhecido crítico do instrumentalismo, assevera que processo não tem relação instrumental com o direito, o que pressuporia que o direito é antes mesmo de ser produzido. Se o direito apenas é direito após sua produção – aplicação – pelo processo, sua natureza é substancial, integrativa, e não meio-fim¹²². Leciona ainda que as decisões respeitantes aos macro-conflitos são formuladas previamente, e possuem natureza predominantemente política, buscando justamente limitar e condicionar as soluções jurídicas dos micro-conflitos, tornando-as, na medida do possível, imunes a todo subjetivismo e arbitrariedade.¹²³ A lógica da hierarquia entre as normas, portanto, é de restrição interpretativa – não de ampliação em nome da efetividade. O instrumentalismo parece subverter essa ordem.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. **Empório do Direito**, Coluna ABPro, n. 2. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 19.06.2023.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 38. Isso será feito no próximo capítulo do presente trabalho.

¹¹⁹ Antônio Carvalho Filho esclarece que apenas no Brasil o instrumentalismo recebeu tal nomenclatura; nos países hispanofalantes, o movimento recebeu o nome de "ativismo judicial".

¹²⁰ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 58-59.

¹²¹ CALMON DE PASSOS, J. J. Avaliação crítica das últimas reformas no processo civil. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 124.

¹²² CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68.

¹²³ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 81-82.

De mais a mais, é necessário esclarecer que se, de fato, o processo sem o direito material é oco, inócuo, é igualmente verdade que o direito material sem o direito processual é arbitrário. Não há aí mera dependência de um deles – em especial – em relação ao outro, mas uma interdependência, uma dependência recíproca. Daí dizer-se que é a norma processual, e não o processo, que possui caráter instrumental – o procedimento não é indiferente (tecnicamente neutro).¹²⁴

Aroldo Plínio Gonçalves explica que não é nova a ideia de dispensa do formalismo em nome da asseguração de direitos e da efetividade do processo. A história do processo demonstra a sobejo que, seja através de formalismos rigorosos ou sem formalismo algum, os processos tiveram enorme eficácia para uma pluralidade de fins, "em nome de muitos nomes": de Deus, das razões sociais, do bem-comum, de razões de Estado, de incompreensíveis signos e insondáveis nomes. Com ou sem formalismos, o processo já serviu como salvação da alma ou da sociedade.¹²⁵

Os escopos metajurídicos da jurisdição propostos por Dinamarco são, em certa medida, a ilustração da despreocupação, ou do desprendimento, de sua doutrina em relação ao respeito à legalidade e outras tantas garantias constitucionais. Propõe-se, a seguir, a análise crítica desses supostos escopos processuais metajurídicos: social, político e jurídico.

O primeiro escopo social, pacificar com justiça, possui alguns problemas flagrantes. A uma, por tratar o juiz como um psicólogo, um analista dos problemas pessoais das partes. A duas, por determinar que tal pacificação seja feita com "justiça", demonstrando compromisso com a "libertação" do juiz das amarras impostas pelo ordenamento jurídico, ou seja, ao arrepio das regras legais e constitucionais, conferindo-se-lhe assim poderes corretivos em relação ao próprio direito, em "evidente autorização solipsista".¹²⁶

O segundo escopo social, ou seja, o de educar a sociedade, estimulando-a a socorrer-se do Poder Judiciário para resolver seus conflitos, hoje decerto soaria anacrônico, diante do vultoso número de demandas pendentes de julgamento no país.¹²⁷ Mas esse não é o único problema. Apesar de não se negar a extrema importância da educação para a sociedade, de

¹²⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 37.

¹²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 150.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 53.

¹²⁷ São cerca de 75 milhões de processos em trâmite, cf.: CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 55.

nenhum lugar se extrai que ela é um papel do Judiciário. As bases e as diretrizes da educação cabem ao Legislativo, através da criação de leis; enquanto a execução de tais planos fica a cargo do Executivo, em todas as suas esferas. Se o procedimento, dirigido pelo juiz nos estritos limites do ordenamento posto, for instrutivo às partes, será como efeito colateral benéfico, por via indireta, e não por um suposto objetivo metajurídico do processo.¹²⁸

No respeitante aos escopos políticos, voltado à legitimação da jurisdição, também não parece haver como defendê-los. O primeiro deles, referenciado por Dinamarco como a capacidade de decidir imperativamente, não advém propriamente do processo, mas da própria ideia de jurisdição, ou, como afirma Antônio Carvalho Filho: "a própria existência de um Poder Judiciário está radicada, classicamente, na vedação da autotutela". O segundo escopo político, concretizar o valor liberdade, parece servir como esforço retórico, uma vez que toda a doutrina instrumentalista mostra um comprometimento com a submissão das partes ao juiz – seu compromisso é com o poder, legitimado pelo discurso retórico de apreço pela liberdade.¹²⁹

Por fim, quanto ao terceiro escopo político – assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política – é talvez um dos mais paradigmáticos na teoria de Dinamarco. Isso porque está implícito na ideia que o Estado-juiz, por meio do processo, decide os rumos que a sociedade política irá tomar – aqui se encontra o primeiro problema –, o que é agravado pela noção de que às partes cabe mera participação em tais decisões – aqui o segundo problema. Nas palavras de Antônio Carvalho Filho, o contraditório deixa de ser visto como um direito fundamental das partes e passa a ser tratado como elemento de legitimação política da decisão imperativa do Estado, "passa a integrar uma das razões de justificação política do exercício do poder estatal".¹³⁰

No que concerne ao escopo jurídico, de aplicar a vontade concreta do direito, por meio de um juiz ativo, à luz dos princípios e das exigências sociais do tempo, Antônio Carvalho Filho aponta para um "desprezo teórico completo sobre os limites constitucionais do juiz". Seria uma ode, continua o autor, ao juiz-antena, de caráter mítico e sabedoria elevada, apto a resolver todos os problemas sociais, ainda que ao arrepio do ordenamento jurídico. O que é estranho, arremata Carvalho Filho, é a teoria instrumentalista defender uma decisão imbuída de elementos morais e de justiça, mas sem que seus defensores tenham cunhado uma teoria de

¹²⁸ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 54-55.

¹²⁹ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 55.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 55-56.

justiça para embasá-la; e defender o poder de julgar com justiça, sem definir seus limites e responsabilidades, equivale a fomentar uma autocracia dos juízes¹³¹ – ou juristocracia, da qual se falará adiante.

Esclareça-se aqui que a crítica ao chamado "mito da publicização" não pretende dissociar o direito processual de suas bases no direito público, mas tão somente apontar o aspecto ideológico de hipertrofia do Estado-juiz, em prejuízo da participação e liberdade das partes envolvidas: "é preciso devolver o processo ao direito constitucional, emancipando-o do 'instrumentalismo'".¹³²

Não se pode permitir, tal qual alertou Calmon de Passos, que instrumentalidade continue servindo como uma palavra mágica, umbilicalmente associada a outras palavras mágicas, como efetividade, celeridade, deformalização; uma vez que, de palavra mágica em palavra mágica, cria-se um processo de produção do direito com o risco de se tornar mero ilusionismo.¹³³

Críticas mais específicas em relação à "doutrina do processo justo" serão feitas no próximo capítulo do presente trabalho, quando do estudo sobre o neoconstitucionalismo, mesmo porque um ponto de contato explícito entre o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo é a sua vinculação ao neoconstitucionalismo¹³⁴.

2.4. Modelo cooperativo: uma terceira via ou, novamente, mais do mesmo?

2.4.1. A doutrina cooperativista.

O discurso em prol da colaboração possui atualmente expressiva adesão na doutrina nacional, o que tende a aumentar com a expressa previsão de cooperação no art. 6º do CPC¹³⁵. A obra dos autores que tratam do formalismo-valorativo e da cooperação não deixa maiores

¹³¹ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 58-61.

¹³² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 71.

¹³³ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 42.

¹³⁴ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 154.

¹³⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

dúvidas da indissociabilidade dos dois temas. O formalismo-valorativo seria um marco teórico com base no qual o modelo cooperativo se especia¹³⁶.

Restou explícito nos itens anteriores o fato de que as doutrinas instrumentalistas atuais, independentemente da ramificação da qual se originem, defendem hoje existir a necessidade de colaboração entre os sujeitos do processo para que se alcance o resultado justo. Didier, que, como aduzido no item 2.2.3 deste trabalho, considera estar vigente a fase neoprocessualista no Brasil – julgando ter premissas idênticas ao formalismo-valorativo –, defende que o modelo de processo por ela cultivado é o cooperativo, mais consentâneo com uma democracia¹³⁷.

Como se demonstrou até aqui, a ideia de cooperação está presente nas principais obras estudadas referentes ao instrumentalismo. É o caso de Bedaque, para quem, como já se disse em linhas outras, também tenta obter para o instrumentalismo a paternidade do cooperativismo, alegando ser esse último uma visão encampada pelo primeiro¹³⁸. Também Hermes Zaneti Júnior aduz expressamente que "o processo do Estado Democrático Constitucional deve ser visto e compreendido como ambiente cooperativo e como uma comunidade de trabalho."¹³⁹ Para o autor, o necessário equilíbrio entre os valores dos Estados Liberal e Social somente podem ser alcançados no processo por meio do modelo cooperativo, fundado nas premissas do formalismo-valorativo¹⁴⁰. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira menciona, logo no início de sua principal obra, a necessidade de temperamentos ao formalismo, a fim de, dentre outras coisas, possibilitar às partes um ambiente propício à cooperação em busca de um melhor desenvolvimento do processo¹⁴¹.

Vistos o impacto e as proporções da referida doutrina no direito processual brasileiro, é necessário, antes de tecer-lhe quaisquer considerações, analisar seus pressupostos, bem como as premissas sobre as quais constrói seu cabedal teórico. Toma-se aqui como fonte algumas das principais e mais qualificadas referências do cooperativismo, tais como Daniel Mitidiero e

¹³⁶ Conforme ensina Mateus Costa Pereira, apesar de crítico do cooperativismo. In: PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 146 e 160.

¹³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 176-177.

¹³⁸ "A ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista." (¹³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual:** garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6).

¹³⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 19.

¹⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 39.

¹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6-7.

Didier Jr., mas sem ignorar importantes contribuições de autores como Leonardo Carneiro da Cunha e Arruda Alvim. Passa-se, adiante, ao estudo da doutrina cooperativista.

Se, no modelo dispositivo (adversarial), o processo assume forma de competição, com protagonismo das partes, e, no modelo inquisitivo, ao revés, o órgão jurisdicional se mostra o grande protagonista do feito, no modelo cooperativo, empreendem-se esforços para que o protagonismo de sujeitos específicos dê espaço ao policentrismo, um protagonismo compartilhado numa comunidade de trabalho, em que todo participante do processo tem função relevante na gestão da causa e no contraditório, cada qual com acentuada importância na busca da decisão de mérito¹⁴².

A despeito da importância do juiz no processo, não se pode perder de vista o papel relevante que deve ser atribuído às partes, pessoas com os verdadeiros interesses jurídicos na causa, próximas à *res in iudicium deducta*. Daí é ilustrada a necessidade dos deveres de cooperação, como instrumentos a resgatar o equilíbrio na divisão do trabalho dentro do processo¹⁴³.

Em outras palavras, busca-se “reconhecer que no processo, o juiz deve dialogar com as partes, pois nunca está só. O processo é uma conversação; um intercâmbio de ataques e contra-ataques”¹⁴⁴. O processo não é, portanto, campo para solipsismos e solidão ensimesmada do juiz, mas de diálogo fértil em busca de uma tutela mais democrática.

Para Didier, a estruturação do devido processo leal e cooperativo decorre de natural evolução do devido processo legal – “uma nova etapa”. Mas sem olvidar tudo o que se construiu até aqui pela doutrina, jurisprudência e pelo legislador.¹⁴⁵ Nesse diapasão, a cooperação pode ser considerada uma tentativa de modelo intermediário entre o publicista (social) e garantista (liberal). Se, de um lado, a cooperação mantém os poderes do juiz, do outro, atrela-os a deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta – que serão esmiuçados adiante. Assim, há uma redução de protagonismo do juiz sem relegá-lo a uma postura passiva.¹⁴⁶

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁴³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257.

¹⁴⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 258.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Freddie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 79.

¹⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1, tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

No atual estágio da evolução processual, defende Érico Andrade, não se há falar, pois, em deixar a gestão processual unicamente nas mãos do juiz. A melhor gestão possível deve ser democrática, exercida conjuntamente entre o juiz e as partes, permeada pela ideia de colaboração¹⁴⁷. A razão para isso é que, a bem ver, mesmo as questões de ordem pública e institutos publicísticos, como o processo, devem levar em consideração o interesse dos jurisdicionados. O Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a serviço dos cidadãos. Logo, a natureza pública mesma do processo deve ser compreendida com os olhos voltados aos interesses do jurisdicionado, e não do próprio Estado¹⁴⁸. Interesse público, por conseguinte, não se confunde com interesses do Estado – abra-se um parêntese aqui para o fato de que essa última premissa está em perfeita consonância com a doutrina garantista, da qual se falará no quinto capítulo.

Também vendo a cooperação como decorrência de uma visão democrática de processo, Mitidiero¹⁴⁹ aponta que a colaboração potencializa o valor da participação democrática no diálogo processual, incrementando-se as posições jurídicas das partes a fim de que o processo se torne, de fato, um ponto de encontro entre direitos fundamentais. Bem interpretado o art. 6º do Código de Processo Civil, continua Mitidiero, é possível encarar a norma dele extraída como do mais alto prestígio e influência, pois caracteriza o processo brasileiro como um modelo – o cooperativo – que funciona a partir de um princípio – o princípio da colaboração¹⁵⁰.

Como modelo, portanto, a colaboração visa a dividir, de maneira mais equilibrada, os papéis do juiz e das partes no processo, estruturando esse último como uma comunidade de trabalho, com enfoque em esforço conjunto entre os prefalados sujeitos. Mitidiero ensina, nessa toada, uma de suas mais polêmicas lições sobre o modelo cooperativo; segundo o autor, nele o juiz é isonômico na condução do processo, mas assimétrico quando decide; há paridade no diálogo e assimetria na decisão – eis o papel do juiz no Estado Constitucional. Não nega, no

¹⁴⁷ ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para implementação das novas tendências no CPC/15. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 64.

¹⁴⁸ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 22.

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

entanto, que o juiz deva ser proativo na busca de uma decisão justa, uma vez que o juiz ativo é o contrário de juiz neutro – mas ambos os tipos podem ser imparciais.¹⁵¹

2.4.2. Dos deveres de cooperação.

Longe de serem ponto pacífico na doutrina cooperativista, os deveres de cooperação constituem importante aspecto do modelo que seus idealizadores sustentam. Passa-se à análise desses deveres. Gize-se, de logo, haver flagrante controvérsia doutrinária no que diz respeito aos deveres de colaboração das partes entre si. Mitidiero¹⁵², por exemplo, é enfático em afirmar que os interesses das partes no processo, por serem irremediavelmente antagônicos, fazem concluir que não há dever de colaboração entre elas (ou seja, de uma para com a outra) – pensamento que o autor reforça em obra produzida em coautoria com Marinoni¹⁵³. Arruda Alvim, em similar sentido, afirma que imaginar que a parte possa cooperar com a satisfação dos interesses de seu adversário seria ligeiramente utópico¹⁵⁴.

Posta essa questão, passa-se à análise dos deveres do juiz para com as partes, esses, de certa forma, pacíficos dentro da doutrina cooperativista: os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio¹⁵⁵. O dever de esclarecimento se depreende principalmente, no Brasil, dos arts. 139, VIII, e 321, 357, § 3º. Deles se extrai o dever que possui o juiz de se esclarecer, junto

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁵³ Na íntegra: “Aqui, porém, importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 1º a 69 – t. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 93). Explicam tal posicionamento por acreditarem que a colaboração não nasce da boa-fé – já que o vínculo entre as partes, no processo, não exsurge de um interesse comum. Mas uma observação aqui se faz pertinente: os autores não rechaçam nem negam os deveres de boa-fé, apenas não os confundem com os deveres de colaboração. Mitidiero, a título de exemplo, festeja e exalta os deveres de lealdade, oriundos da boa-fé, mas ressalta, em obra específica, que eles não guardam relação com os deveres de cooperação, que decorrem da necessidade de equilibrada atuação entre o juiz e as partes no processo (**Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019).

¹⁵⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257.

¹⁵⁵ Essa é a sistematização de Didier, inspirado na doutrina portuguesa (**Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022), e nos parece ser a opção mais aceita e influente, não obstante haver pequenas divergências terminológicas. A título de exemplo, Daniel Mitidiero não fala em dever de consulta, mas de diálogo (**Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019).

às partes, de quaisquer dúvidas concernentes aos argumentos delas ou aos fatos narrados, e que dificultem a sua compreensão da causa.

O dever de esclarecimento é de mão dupla. Tanto as partes devem se comunicar nos autos com clareza (*e.g.*: se a petição inicial não for coerente nem clara, será tida por inepta, conforme o art. 330, parágrafo 1º, I, II, III e IV), como o juiz deve esclarecer-se junto das partes quanto às dúvidas que porventura possua¹⁵⁶. Em outras palavras, é verdadeiro dever do magistrado agir para desvencilhar-se de questionamentos internos que obnubilem sua cognição. Demais disso, o próprio magistrado deve ter posições claras no processo, o que decorre do dever de fundamentação das decisões judiciais¹⁵⁷. O esclarecimento, como se disse, seria dever recíproco.

O dever de consulta impõe a necessidade de paridade no diálogo no processo, proibindo o magistrado de proferir decisões-surpresa, ou de terceira via, ainda que sobre questão de direito ou sobre a qual deva se pronunciar de ofício¹⁵⁸. O aludido dever, próximo que é do contraditório, é uma das vigas mestras do modelo cooperativo, pois estabelece o diálogo entre os sujeitos do processo e os aproxima de uma comunidade de trabalho¹⁵⁹.

Interessa destacar que o contraditório só se preocupa com decisões contrárias a certa parte, e não com as favoráveis¹⁶⁰, uma vez que não se há falar em preocupação com a participação e o poder de influência por parte daquele que não corre risco de sofrer prejuízo – exemplo disso é a improcedência liminar do pedido, prevista no art. 332 do CPC, que é liminar (dada sem a oitiva da parte contrária) justamente por não ser necessário ouvir quem será beneficiado por um pronunciamento, mas tão-só aquele que pode ser prejudicado.

O dever de prevenção, por seu turno, determina ser imperioso ao juiz alertar as partes das consequências de seus atos no processo, convidando-as (ou prevenindo-as) a aperfeiçoar suas petições e alegações antes de aplicar-lhes as consequências¹⁶¹. Assim, a título de ilustração, quando o CPC, no art. 321, afirma que o juiz deve, antes de indeferir a petição inicial, intimar as partes para emendá-la ou complementá-la no prazo de quinze dias, está a impor ao

¹⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil.** (org.) STRECK, Lenio Luiz, *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

¹⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil.** (org.) STRECK, Lenio Luiz, *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

¹⁵⁸ Assim impõe o art. 10 do CPC: “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”.

¹⁵⁹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo do processo civil no novo CPC.** Salvador: Juspodivm, 2017, p. 84.

¹⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 12.

¹⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil.** (org.) STRECK, Lenio Luiz, *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

magistrado um dever: o de lhes oportunizar a sanação do defeito processual antes de lhes aplicar a sanção dele decorrente¹⁶². Há, portanto, como se defendeu anteriormente, intrínseca relação entre o dever de prevenção e o princípio da primazia da resolução do mérito.

Por fim, o dever mais debatido de todos, o de auxílio. A doutrina costuma tratá-lo como o dever que possui o juiz de providenciar a remoção de obstáculos que impeçam às partes a obtenção de documentos ou informações, sempre que esses elementos forem indispensáveis à prática de certo ato¹⁶³. Um grande exemplo de positivação de tal dever reside no art. 319, parágrafo 1º, do CPC, que dispõe que o autor poderá requerer ao juiz diligências para a descoberta do endereço, nome, entre outras informações concernentes ao réu. Frise-se que o art. 7º, 4, do Código de Processo Civil português contempla expressamente um dever de auxílio geral e atípico do juiz¹⁶⁴. Não há norma equivalente no ordenamento brasileiro.

Menos debatidos na doutrina são os deveres das partes em relação ao juiz, mas que não raro são mencionados em algumas obras. Leonardo Carneiro da Cunha, como dito anteriormente, enxerga na cooperação mecanismo de retirada do protagonismo do juiz e de rechaço de eventuais solipsismos, atrelando o princípio ao contraditório, à boa-fé processual e ao devido processo legal. Nessa esteira, o autor defende haver deveres colaborativos recíprocos, como o de esclarecimento (já que as partes também devem, ainda segundo ele, redigir a petição inicial de forma clara e coerente) e aqueles unilaterais, exigidos unicamente do juiz em relação às partes, como o dever de prevenção.¹⁶⁵

Também Fredie Didier Jr. se posiciona favoravelmente à existência de deveres das partes, sem especificar se tais deveres seriam apenas entre elas mesmas ou também delas para com o juiz. Defende o autor que tais deveres, como de esclarecimento, lealdade e proteção decorrem mais precisamente de outros princípios, como o da boa-fé processual, que o autor baiano encara como um dos princípios dos quais a cooperação é corolária.¹⁶⁶ Rafael Stefanini

¹⁶² AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo do processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 86-7.

¹⁶³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. (org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

¹⁶⁴ Para maiores detalhes sobre os fundamentos da cooperação no processo civil português, consultar: DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. (org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42-44.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 175-178. Os outros princípios dos quais a cooperação é corolária, segundo Didier, são o da primazia da decisão de mérito, o contraditório e o respeito ao autorregramento da vontade. Discordando da visão de Didier de que a colaboração decorre da boa-fé, pelos motivos explicitados na nota de rodapé 144: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 1º a 69 – t. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 93.

Auilo, na mesma linha, defende haver deveres de colaboração das partes, seja de forma recíproca ou em relação ao juiz, concernentes à boa-fé, ao esclarecimento, à verdade e à busca de um resultado justo e efetivo para o processo¹⁶⁷.

Essa visão não é pacífica, e é corriqueiro que a doutrina se posicione no sentido de os deveres de colaboração pertencerem unicamente ao magistrado. É o caso de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem a colaboração “estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo”, concluindo assim que o juiz tem “os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação”.¹⁶⁸

2.4.3 Críticas à doutrina cooperativista.

A despeito do importante avanço de premissas do cooperativismo no que diz respeito a uma maior participação das partes no processo, o modelo continua predicado no processo justo e no juiz proativo na instrução. Logo, apesar de louvável seu empreendimento de fortalecimento do contraditório¹⁶⁹ e de deveres cooperativos do juiz, a referida doutrina não se desvincilha do núcleo do pensamento instrumentalista¹⁷⁰. No mesmo sentido, Diego Crevelin de Sousa leciona que, a despeito da decisiva contribuição da doutrina cooperativista para a consolidação da dimensão material do contraditório, cujos ganhos dogmáticos se devem, em grande parte, por conta de seus defensores, fato é que o contraditório substantivo também era de há muito defendido por diversos autores não cooperativistas, dando como exemplo a escola mineira do processo democrático: "se bem que louvável, nada há aí de novo"¹⁷¹.

Nessa esteira, é necessário esclarecer que o contraditório substancial é conquista do Estado Democrático de Direito e deriva diretamente da Constituição. É conquista comum, não podendo nenhum modelo de processo se assenhorear dela – e o cooperativismo não é

¹⁶⁷ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo do processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017, *passim*.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil – v. 1** [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁶⁹ Frise-se aqui que ponto do qual não se discorda da atual doutrina cooperativista é o de que a atividade do juiz não é solitária, mas, ao contrário, é condicionada pelo direito de influência das partes e o dever de debates, valor-fonte do processo, o qual submete o juiz a uma responsabilidade decisória e impede a existência das decisões surpresa. Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 21.

¹⁷⁰ CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas:** uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 86.

¹⁷¹ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade:** a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 384.

exceção.¹⁷² Mas há uma imensa diferença entre a maneira como a doutrina garantista e a doutrina cooperativista enxergam o contraditório. Como veremos no capítulo derradeiro, o garantismo defende que as situações jurídicas processuais ativas do contraditório são constitucionalmente reservadas às partes. O contraditório é direito das partes e dever do juiz¹⁷³.

Ademais, não é de todo simples aliar a ideia de modelo participativo, cooperativo, que supostamente preza pela lógica de uma comunidade de trabalho e divisão de tarefas, e, ao mesmo tempo, defender um juiz que acumula funções. Dito de outro modo, um juiz que é simétrico no diálogo, sendo sujeito mesmo do contraditório, e, posteriormente, retorna à atividade judicante imperativa, assimétrica, por meio da qual impõe uma decisão de cima para baixo, parece não estar dividindo funções no processo, mas acumulando-as. Não há separação de tarefas aqui, mas clara centralização de poderes nas mãos do magistrado. A esse respeito, Diego Crevelin de Sousa afirma que a suposta simetria do diálogo é pretexto para justificar o exercício de função das partes pelo magistrado: "longe de equilibrar, desequilibra"¹⁷⁴.

Por isso dizer-se que a aliança entre cooperação processual e poderes instrutórios do juiz "anunciam a tragédia de transformar as partes em meras colaboradoras da função jurisdicional e de trazer uma ausência de legitimidade e democraticidade na construção decisória"¹⁷⁵. Não se parece ter diminuído o protagonismo do juiz, pelo contrário: agora ele é sujeito cuja proatividade está legitimada e pressuposta num modelo amplamente defendido pela doutrina. Nada mais, como bem assevera Igor Raatz, que uma "versão mitigada do modelo inquisitorial"¹⁷⁶.

Logo, permanece o problema dos amplos poderes instrutórios oficiosos, tudo em prol da busca da verdade e da justiça. A bem ver, não faz sentido apregoar o diálogo simétrico entre as partes e o juiz se ele pode sair livremente em busca das próprias provas. Para que o diálogo nessas circunstâncias? Apenas para fortalecer a atividade jurisdicional? Aliás, a premissa segundo a qual o ativismo judicial estaria justificado pela busca da verdade e da justiça realça

¹⁷² SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 356.

¹⁷³ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 351.

¹⁷⁴ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 351.

¹⁷⁵ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 102.

¹⁷⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 141.

ainda mais suas semelhanças com o instrumentalismo – que também busca legitimar suas posições pelo uso dos mesmos argumentos.¹⁷⁷

Alguns problemas são revelados em outro fronte: o dos deveres de cooperação. A uma, porque aqueles atrelados ao juiz ou não são novos ou são indevidos; a duas, porque aqueles atrelados às partes são, em verdade, ônus, e não deveres. Ademais, os deveres de cooperação, para Diego Crevelin de Sousa, em especial o de auxílio, ocupam o mesmo lugar de legitimação simbólica que os fatores metajurídicos da jurisdição ocupam no instrumentalismo, mas as consequências são as mesmas: manutenção da jurisdição no centro da teoria do processo; estímulo ao protagonismo judicial, reduzindo o aspecto procedural da democracia a uma mera racionalidade instrumental e instigando o juiz a agir de forma a sufocar a autonomia do direito.¹⁷⁸

Tanto no que diz respeito aos deveres de consulta quanto nos de prevenção, alerta Mateus Costa Pereira não haver aí novidade digna de nota, já que ambos são consectários antigos do contraditório em sua dimensão material e do saneamento difuso, de há muito difundidos pela doutrina pátria – antes mesmo de uma alusão à cooperação na doutrina processual brasileira. Já no que concerne ao dever de esclarecimento, assere o autor não ser de fato um dever, mas ônus das partes. Em verdade, o juiz tem o dever de fundamentar sua sentença, mas as partes têm apenas ônus de fundamentar suas peças e proceder com "esmero redacional e argumentativo".¹⁷⁹

O dever de auxílio, como se disse antes, é alvo de intenso dissenso entre os próprios teóricos do cooperativismo. Nesse sentido, indaga-se se o juiz possuiria um dever geral de auxílio (dever atípico, não específico), combinando-se as previsões pontuais existentes no CPC à disposição genérica do art. 7º, segundo a qual ao juiz cabe “zelar pelo efetivo contraditório”. Para parcela dos entusiastas do cooperativismo, a resposta deve ser negativa¹⁸⁰:

Não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou

¹⁷⁷ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 162.

¹⁷⁸ SOUSA, Diego Crevelin de. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do Direito**. Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

¹⁷⁹ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 165-170. No mesmo sentido, Daniel Mitidiero explica que o juiz tem dever de fundamentação analítica, enquanto as partes possuem ônus de argumentação específica. Cf.: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁸⁰ DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Tomo I. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 182.

defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal.

Parece correta a interpretação de Didier. Primeiro, por serem completamente imprevisíveis as consequências advindas de um processo em que o juiz está disposto a auxiliar as partes – não haveria controlabilidade racional de sua imparcialidade na causa se lhe fosse lícito ajudar as partes a alcançar seus objetivos no processo de forma tão ampla.

Segundo, porque em um modelo que se pretende cooperativo, de divisão de tarefas, a estabelecer no processo uma comunidade de trabalho policêntrica, sem protagonismos, o juiz não pode se imiscuir na função do advogado ou do defensor público, estes, sim, com atribuições de auxiliar as partes que representam judicialmente. Ninguém melhor do que os profissionais citados na busca de remoção genérica de obstáculos que impeçam às partes a consecução de seus interesses em juízo.

Nesta senda, destaca-se a posição de Diego Crevelin de Souza, que, a despeito de ser um antipatizante do cooperativismo de uma forma geral, vê no dever de auxílio seu ponto mais problemático – negando inclusive a existência de deveres típicos dessa espécie. Para o autor, o juiz que auxilia a parte a ajuda, e, com isso, não pode ser considerado imparcial. O dever de ajudar a parte deve ser de seu advogado ou defensor público – e não do juiz¹⁸¹. Aí reside o busfís: o dever de auxílio é perigoso principalmente por atrelar a sensível temática da isonomia processual e, portanto, da paridade de armas, à hipertrofia da atuação do magistrado, com o aumento de seus "comportamentos 'criativos'". O árbitro do jogo não pode ser técnico de um dos times.¹⁸²

Alguns autores sequer chegam a reconhecer a existência de um dever de auxílio no sentido retomencionado, de remoção de obstáculos em favor de quem se encontre em dificuldades de se desvencilhar de certo ônus processual. Arruda Alvim, por exemplo, sugere que dever de auxílio é sinônimo de dever de prevenção, sem se referir a qualquer encargo de remoção de obstáculos por parte do órgão julgador em prol das partes¹⁸³.

¹⁸¹ SOUSA, Diego Crevelin de. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do Direito**. Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

¹⁸² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 166. Mateus Costa Pereira explica ser essa uma metáfora a esclarecer a necessidade de respeito à condição de terceiro do magistrado, e não uma comparação de sua atividade à de um árbitro.

¹⁸³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 260.

Até mesmo entre os que reconhecem a cooperação como modelo e princípio a serem implementados em nossa ciência processual, a ideia de um dever atípico de auxílio não parece ser pacífica. Mitidiero, por exemplo, a despeito de reconhecer a existência de um dever de auxílio imposto ao juiz, na mesma esteira de remoção de obstáculos, não faz ressalvas quanto à sua atipicidade ou tipicidade, mas parece ver com certa reserva a atuação do juiz mesmo naquele que considera ser um dever típico de auxílio, insculpido no art. 373, § 1º¹⁸⁴. Para o autor, a dinamização judicial do ônus da prova, se acaso utilizada incorretamente, é demasiado perigosa¹⁸⁵.

É preciso ter cuidado. O papel assistencial, por meio de um dever de auxílio, se confunde com um "paternalismo intrusivo" que sói agigantar, mais uma vez, o poder jurisdicional. Sob o pálio constitucional, não raro são editadas leis que conferem proteção a grupos vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade. O alvitre vem do legislador, não da discricionariedade do judiciário. São bons exemplos a incumbência à Defensoria Pública de prestar assistência jurídica aos mais necessitados – ou a designação de advogado *ad hoc* aos que não se enquadram nos critérios de patrocínio pela Defensoria Pública; alongamento de prazos a depender dos sujeitos envolvidos; facilitação do acesso à jurisdição aos hipossuficientes; estabelecimento de curador especial; autorização de tutela provisória, ainda que sacrificando a cognição exauriente, etc.¹⁸⁶

Pode-se concluir que o dever geral e atípico de auxílio é particularmente perigoso, não sendo absurdo argumentar-se, inclusive, que ele legitima a violação da imparcialidade, que é, como se verá no último capítulo desse trabalho, a imparcialidade em sentido objetivo, de terceiridade, uma vez que o juiz "abandona a sua condição de terceiro para assistir/auxiliar uma das partes"¹⁸⁷.

Logo, em síntese sobre o tema, Crevelin aduz que, se com a tese da simetria se propõe deveres do contraditório a serem cumpridos pelo juiz, ela é dispensável; se se propõe a justificar um juiz-contraditor, de cunho autoritário, é inconstitucional.¹⁸⁸ A conclusão que o autor tira do

¹⁸⁴ Art. 373., § 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.

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

¹⁸⁶ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 166-167.

¹⁸⁷ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 99.

¹⁸⁸ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade:** a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 356.

assunto é em tom cáustico: “a cooperação tem coisas boas e novas, mas as novas não são boas e as boas não são novas”¹⁸⁹. Aqui faz-se um pequeno contraponto a Crevelin, já que ele mesmo reconheceu a importância da referida doutrina no fortalecimento pelo qual o contraditório passou, no Brasil, nos últimos anos. De mais a mais, é uma doutrina que visivelmente pretende dar maior espaço às partes, ainda que não reconheça os problemas de manter o juiz como contraditor. Já há, aí, um avanço.

Por fim, calha consignar a interessante opinião de Lúcio Delfino, para quem a cooperação positivada no art. 6º do CPC encontra óbice nos inc. XXXV e LV da Constituição Federal; é dizer: o acesso à justiça (pretensão à tutela jurídica) e a garantia do contraditório não convivem com a ideia de que as partes devem cooperar – com o juiz e entre si – em busca de uma decisão justa em tempo razoável. O autor assere que o contraditório não tem como escopo suplementar os poderes do juiz, mas, muito pelo contrário, fortalecer a si mesmo por meio de imposições de deveres a esse mesmo juiz – e isso não inclui a colocação do magistrado no debate entre as partes: “a verdade é que ninguém está autorizado a profanar a literalidade de um direito fundamental e substituí-la por argumentos teóricos ou idealizações”.¹⁹⁰

Nada obstante, a instrumentalidade parece ter se assenhoreado da ideia do processo cooperativo, é dizer, não são poucas as interpretações “nas quais a maioria acaba por servir a um modelo processual em que o juiz ainda se encontra acima das partes”. Diversos são os autores que “alinham a cooperação à instrumentalidade do processo e à busca da verdade”¹⁹¹.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias esclarece que melhor é a compreensão do cooperativismo na doutrina alemã, que, em seu sentido técnico, nada tem que ver com a ideia de colaboração recíproca e harmônica entre as partes, não se lhes sendo obrigatório agir com “íntimo companheirismo processual”. O que se lhes exige é a adoção de um comportamento tecnicamente adequado dentro da discussão, juntamente com o juiz. O autor assevera ainda que, segundo Renato Beneduzi, na Alemanha, o dever de cooperar é imposição normativa imposta ao juiz.¹⁹²

¹⁸⁹ SOUSA, Diego Crevelin de. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do Direito**. Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

¹⁹⁰ DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina. Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016, p. 153-155.

¹⁹¹ Cf. lição de Luís Gustavo Reis Mundim (Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 76).

¹⁹² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito** (versão do Kindle). 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 187-8.

Nesse sentido, concorda-se com Brêtas quando afirma que o termo cooperação deve ser entendido como participação, no sentido de maior garantia de participação das partes no processo, bem como um dever do juiz de assegurar a elas o quadriônomo do contraditório, informação-reação-diálogo-influência.¹⁹³ Essa é a leitura que aqui se adota do art. 6º do Código de Processo Civil¹⁹⁴.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E PROCESSO

3.1. O neoconstitucionalismo e seus (i)legítimos influxos no processo.

Temática atemporal aos estudos jurídicos é o equilíbrio entre os dois pilares fundantes do direito, justiça e segurança jurídica. Decerto que tal discussão, não obstante exaustivamente travada entre os mais ilustres doutrinadores das mais variadas épocas, mantém-se atual e de impescindível análise a fim de se compreender o Estado de Direito em que vivemos – e assim seguirá, acredita-se, indefinidamente, diante do caráter pendular da questão¹⁹⁵.

Se desde as eras clássicas discutem-se os valores dos direitos natural e positivo nos ordenamentos jurídicos, hodiernamente, com o advento do Estado Democrático de Direito e, consequentemente, de um pretenso neoconstitucionalismo – entendido aqui como o denominador comum das ideais dos variados neoconstitucionalismos¹⁹⁶ –, reaviva-se a importância do tema, porquanto haja, como consequência da doutrina pós-positivista, implicações práticas e teóricas relevantes para o direito – e também para o processo.

Apesar de ser um termo plurívoco, o constitucionalismo, em sua acepção moderna – a que possui relevância no presente estudo –, diz respeito à limitação do poder do Estado e à garantia das liberdades individuais. Por este motivo, Bobbio assevera que em qualquer definição de constitucionalismo na modernidade é necessário aceitar os dois valores

¹⁹³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito** (versão do Kindle). 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 200.

¹⁹⁴ Não obstante, é importante ter em mente importante lição de Lúcio Delfino a esse respeito: “Não se nega a relevância dos deveres ‘do juiz para com as partes’ no âmbito processual oriundos do contraditório. Trata-se de fenômeno extraído do art. 5º, LV, da Constituição, já presente entre nós e que dispensa texto infraconstitucional para a sua concretização. O art. 6º do Novo CPC nada tem a ver com isso.” (DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina. Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016, p.165)

¹⁹⁵ Nesse sentido: "O direito declara, cobra, obriga, tolhe e reprime, embora também proteja. Justiça e liberdade sempre figuram, ao menos verbalmente, como valores jurídicos centrais." (SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6)

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 mar. 2023.

retromencionados, ainda que os meios para alcançá-los destoem de um ordenamento jurídico para outro.¹⁹⁷

O constitucionalismo moderno traz consigo, destarte, ideais libertários, tanto é que, no plano político, confunde-se com o liberalismo, o qual tolera o Estado como um mal necessário, influenciado pela filosofia e pela política do século XVIII, objetivando proteger direitos individuais contra eventuais abusos de autoridade, e pelo individualismo econômico, para o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica.¹⁹⁸

Patenteia-se, desta forma, a relação íntima entre constitucionalismo e limitação ao poder do Estado. O referido movimento teve como objetivo elevar os indivíduos ao mais alto patamar hierárquico de um Estado de direito, enquanto nos Estados absolutistas o governante detinha este posto. A despeito de um aumento na função dos textos constitucionais com o passar do tempo, decerto que o dado invariável de sua historicidade é a limitação jurídica do poder – essa é a essência das constituições, e assim tem sido desde a *Magna Charta Libertatum*, de 1215¹⁹⁹.

A despeito das diversas concepções possíveis acerca de Constituição e de constitucionalismo, o ponto comum entre elas é a submissão dos poderes públicos a uma série de normas hierarquicamente superiores, como aquelas que, em grande parte das Constituições atuais, sancionam direitos fundamentais. Ferrajoli assevera, assim, que o constitucionalismo, como sistema jurídico, equivale a um conjunto de limites e vínculos substanciais, não apenas formais, impostos rigidamente por normas superiores; já como teoria do direito, equivale a concepção de validade das leis não mais condicionada tão somente em sua conformidade formal ao estabelecido constitucionalmente, mas também numa conformidade de conteúdo substancial.

Também Paolo Comanducci, ao tratar das várias tipologias referentes ao constitucionalismo moderno, atrela todas elas, de uma forma ou de outra, à noção de limitação ao poder estatal e ao reconhecimento de direitos fundamentais – e é sob tais características que resume o que chama de ideologia constitucionalista.²⁰⁰

Nada obstante, a partir do surgimento do Estado Social, o indivíduo perde protagonismo jurídico em nome da coletividade. Há, portanto, uma relação de

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** – v. 1. 11. Ed. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998.

¹⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 14. ed. 2020.

¹⁹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 121.

²⁰⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

proporcionalidade inversa entre direitos de primeira e de segunda gerações – quanto mais alto se privilegiar um deles, tanto mais se diminuirá o outro²⁰¹. Cada vez mais, recorre-se à aplicação de vagos valores constitucionais às relações privadas, autorizando o Estado a intervir em relações interindividuais sob a justificativa de conceder efetividade à força normativa da Constituição.

Com o agigantamento do Estado, que passou a ser um conformador da realidade social, o processo passou a representar o exercício de uma função pública e soberana, com um escopo maior e distinto daquele de tutelar interesses privados; passava a ter o objetivo de realizar o interesse público da administração da justiça. Assim, os poderes do juiz eram duplamente justificados: a uma, pela publicização do processo – que serve aos fins do estado –; a duas, pela socialização do processo, com fins à realização da justiça social.²⁰²

Ampliando-se a dimensão do direito público, uma vez que a Constituição passou a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, reaproximando o direito de outras áreas do conhecimento, o que acarretou diversas mudanças no que diz respeito à interpretação constitucional e seu alcance, o novo constitucionalismo e o embate travado pelas nações anglo-americanas contra o Poder Executivo nas últimas décadas implicaram a expansão global do Poder Judiciário.²⁰³

Riccardo Guastini assevera que, em certo sentido – que atribui a Louis Favoreu –, pode-se entender o ordenamento constitucionalizado como aquele completamente imbuído de normas constitucionais em todos os níveis, marcado, pois, por uma constituição extremamente invasiva, intrometida, capaz de dirigir a atuação não apenas do legislador e do judiciário, como também dos atores políticos e até mesmo das relações sociais. O autor, todavia, lida com o

²⁰¹ Segundo Bobbio: "Do caso até agora exposto, no qual se revela um contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de uma outra categoria, é preciso distinguir um caso que põe ainda mais gravemente em perigo a busca do fundamento absoluto: aquele no qual se revela uma antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas. Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode se dar paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades do mesmo indivíduo." (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*: Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21)

²⁰² RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 76-79.

²⁰³ HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006.

fenômeno de forma distinta: para ele, a constitucionalização vem em graus, é dizer, é possível que certo ordenamento esteja mais ou menos constitucionalizado.²⁰⁴

Decerto que também a crise do legalismo e dos parlamentos possui grande influência na questão debatida, fenômeno cuja origem remonta ao século XIX, à crescente incredulidade do povo em relação a sua representação parlamentar. Neste contexto, a sociedade brasileira – e também de outros países –, “descrente do processo político normal, alimenta a expectativa de que o judiciário seja afinal um espaço onde possam desenvolver-se de maneira mais lisa a discussão e a definição de políticas públicas”.²⁰⁵

Soma-se a isso o fato de que, após a Segunda Guerra mundial, influenciados pelo temor causado por ditaduras recentes e pela possibilidade de maiorias políticas assenhorearem-se do poder, perpetrando ou acumpliciando-se de barbáries, como ocorreu no nazismo alemão, diversos países europeus, em passos diferentes, passaram a enrobustecer a jurisdição constitucional, fortalecendo, assim, os mecanismos de proteção aos Direitos Fundamentais, mesmo em face do Legislador²⁰⁶. Seria essa a gênese do movimento neoconstitucional.²⁰⁷

Nesse sentido, ensina Miguel Carbonell, o constitucionalismo contemporâneo mostra seus traços característicos há mais de meio século, desde o segundo pós-guerra. Tais características, nem sempre estáticas e constantes, podem ser percebidas já nas constituições italiana de 1947, alemã de 1949 – bem como em outras um tanto quanto tardias, como as portuguesa e italiana, de 1976 e 1978, respectivamente. Com isso, o autor defende serem de tal modo impactantes as modificações teóricas advindas do neoconstitucionalismo²⁰⁸, que já é possível falar em verdadeiros Estados neoconstitucionais.²⁰⁹

Não obstante, o festejo ao neoconstitucionalismo nunca foi unânime, e, com o decorrer dos anos, as consequências advindas dessa mudança de paradigma passaram a produzir as

²⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. Lá constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

²⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

²⁰⁶ Isso fez vicejar indevido apontamento, por grande parte da doutrina no Brasil e no mundo, de uma suposta simbiose entre o nazismo e o positivismo jurídico. Interessantes leituras que podem desmistificar tal ideia são: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito: São Paulo: Ícone, 1995; e MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coordenadores). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?/ coordenação– São Paulo: Método, 2008.

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁰⁸ Ou dos “neoconstitucionalismos”, como prefere.

²⁰⁹ CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

devidas reações políticas e doutrinárias; e elas não são recentes. Carbonell explicou, ainda em 2005, já haver na Itália uma reação contra o ativismo judicial, formando-se, no aludido país, maioria política para refrear severamente a intervenção das cortes em certos assuntos.²¹⁰

Atualmente, portanto, ganha força a doutrina que vê na função da Constituição e, por conseguinte, do Judiciário, algo muito mais amplo do que se via no passado, o constitucionalismo, atualmente, passa a ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, é entendido como uma superação tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; noutro giro, pode ser concebido como uma expansão ou um completamento do constitucionalismo. À primeira, Ferrajoli dá o nome de neoconstitucionalismo; à segunda, de constitucionalismo “juspositivista”.²¹¹

O cerne da distinção entre o constitucionalismo positivista e o neoconstitucionalismo é a rejeição – do primeiro em relação ao último – de suas três principais teses, arremata o autor italiano: a) a aproximação entre direito e moral; b) a contraposição entre regras e princípios, com o enfoque nesse último; e c) o papel da ponderação em oposição à subsunção na prática jurisdicional.²¹²

Ferrajoli parece ter feito boa síntese sobre o tema, mesmo sendo um crítico do neoconstitucionalismo, uma vez que Barroso, entusiasta do referido movimento, resumiu-o de forma similar, em influente lição entre os adeptos da aludida doutrina. Para o autor, das transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, as mais relevantes seriam: i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito; ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a reaproximação entre direito e ética e a centralidade dos direitos fundamentais; e iii) como marco teórico, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, a expansão da Jurisdição constitucional e a defesa da força normativa da Constituição.²¹³

²¹⁰ CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista* (versão do Kindle). Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um diálogo com Luigi Ferrajoli* (Versão do Kindle). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, posição 118.

²¹² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista* (versão do Kindle). Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um diálogo com Luigi Ferrajoli* (Versão do Kindle). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, posição 322.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: **Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Ano 23, n.82, 4º trimestre, Pp. 109-157, 2005, p. 123.

Nessa senda, Humberto Ávila afirma, em artigo crítico em relação ao neoconstitucionalismo, enxergar ao menos quatro fundamentos na aludida corrente: o normativo, que vai da passagem da regra ao princípio; o metodológico, que vai da subsunção à ponderação; o axiológico, que vai da justiça geral à particular; e o organizacional, que vai do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.²¹⁴

Explica Carlos Alberto Menezes Direito, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, que nesse contexto de centralização da Constituição no ordenamento jurídico o Poder Judiciário ganha destaque, visto que, para grande parte dos juristas, o sistema democrático tem no Poder Judiciário o instrumento assecuratório do primado da lei e do Direito, alvitmando, dessarte, certa legitimidade ao atual ativismo judicial de nosso cenário jurídico.²¹⁵

Não obstante, o discurso em prol da realização de direitos fundamentais acabou subvertendo-se num discurso em defesa de um Estado jurisdicional – ou, nas palavras de Hirschl, juristocracia –, e a utilização do discurso em prol da pauta democrática pelos instrumentalistas fez com que se agravasse o problema da busca "ensandecida pela efetividade e eficiência".²¹⁶

Quanto ao processo, o constitucionalismo contemporâneo estabeleceu forte diálogo entre o direito constitucional e o direito processual civil, germinando a já estudada fase processual chamada pela doutrina de neoprocessualismo, idealizada por Eduardo Cambi, a partir de quando se passa, defendem seus adeptos, de um modelo de Estado centrado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado centrado na Constituição (Estado Constitucional)²¹⁷:

A primeira constitucionalização do processo representa a positivação das garantias processuais. Finalidade: evitar o arbítrio no processo. A segunda constitucionalização do processo inclui na teoria do processo civil a metódica dos direitos fundamentais. Finalidade: potencializar o processo como instrumento de outorga de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.²¹⁸

Com isso, percebe-se, como afirma Igor Raatz, que o Estado Democrático de Direito, que deveria ser um conformador entre os Estados Liberal e Social, não trouxe uma ruptura com o paradigma jurisdicional do Estado Social. Pelo contrário, acentuou, com base no discurso da

²¹⁴ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, Pp. 1-19, jan./mar. 2009, p. 3.

²¹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Estudos de Direito Público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²¹⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 94.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

²¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

efetividade dos direitos, o papel do Poder Judiciário, tornando, no final das contas, “ainda mais necessária a superação do instrumentalismo processual”.²¹⁹

Passa-se, nessa linha, a atrelar o Estado Democrático de Direito a uma atividade jurisdicional atuante para realizar a justiça. Como leciona Newton Ramos, a crescente ideia de instrumentalidade, incrustada na cultura processual nacional, afastou o processo da técnica e aproximou-o das necessidades políticas e sociais de seu tempo, o que fez florescer a noção de diretrizes voltadas a um pensar o processo em prol de um pretenso direito absoluto à descoberta da verdade; a proatividade do juiz, destarte, estaria justificada numa parcialidade positiva.²²⁰

Não são poucos os autores que defendem uma participação ativa do juiz na produção da prova legitimada pelos influxos da constitucionalização do direito processual, como Humberto Theodoro Júnior:

Nesse prisma, após a completa constitucionalização do processo, transformado que foi num complexo de garantias fundamentais, todas institucionalizadas como instrumento destinado a produzir a pacificação social, mediante a justa composição dos litígios, o importante deixa de ser o enfoque isolado do papel do juiz. Passa a ser a visualização de como deve ser construída a composição justa do conflito, que ameaça a paz social, dentro do sistema processual democrático.²²¹

Continua o autor mineiro, afirmando que a participação probatória ativa do juiz se justifica pelo fato de que “justiça e verdade são ideias indissociáveis, da mesma forma que não se pode dissociar injustiça e mentira ou falsidade”.²²²

Em sentido similar se posiciona Cambi ao tratar da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, em trecho que evidencia sobremaneira a relação estabelecida entre o publicismo instrumentalista e o neoconstitucionalismo:

Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades

²¹⁹ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 94.

²²⁰ RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no Processo Civil e sua conformação constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 30.

²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 465.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 466.

absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.²²³

Esclarece o autor, nessa linha, que o pós-positivismo jurídico, neoconstitucional, resgata a força normativa dos princípios constitucionais e atribui cada vez mais papel criativo ao intérprete – a exemplo do que ocorre com as chamadas cláusulas gerais. Com isso, a sentença seria o resultado de uma interpretação dinâmica do juiz, que envolve elementos como valores, princípios e regras jurídicas, não sendo necessário seguir uma lógica formal, mas dentro das “amplas molduras traçadas pela Constituição”, sempre em busca da solução mais justa dentre as possíveis.²²⁴

Zaneti Júnior chega a asseverar que, para ultrapassar a barreira da contraposição entre indivíduo e sociedade – processo-garantista (liberal) e processo-social (comunitário) –, é necessário que haja um modelo normativo de democracia que institucionalize procedimentos democráticos, os quais, na visão do autor, serviriam como condições de comunicação com pretensões corretivas do próprio direito, permitindo assim a existência de decisões lastreadas na aceitação de sua racionalidade pelos participantes do discurso, é dizer, que possa ser compreendida por eles como justa.²²⁵

Já Alvaro de Oliveira defende que o processo é autêntica ferramenta de natureza pública para a realização da justiça e da pacificação social, não podendo ser enxergado como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como “direito constitucional aplicado”. Argumenta ainda haver, no respeitante às fontes jurídicas de normas processuais, uma cisão de direitos fundamentais em dois grupos, um pertinente ao valor efetividade e, o outro, à segurança jurídica, sendo ambos instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a justiça do caso concreto. No primeiro grupo (efetividade), continua ele, desponta o acesso à jurisdição – art. 5º, XXXV, da Constituição da República –, enquanto, no segundo (segurança), prevalece o devido processo legal – art. 5º, LIV, da CF, bem como seus corolários igualdade, proibição de juízos de exceção, contraditório, juiz natural, etc. Disso, conclui que o garantismo e a eficiência

²²³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao professor Luiz de Pinho Pedreira. Salvador: REVISTA 17.indd 1, PP. 93-130, 2008, p. 114.

²²⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao professor Luiz de Pinho Pedreira. Salvador: REVISTA 17.indd 1, PP. 93-130, 2008, p. 106.

²²⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 100.

devem sempre sopesar os valores em jogo para resolver essa constante tensão, em relação de adequada proporcionalidade.²²⁶

Das ideias acima epigrafadas, evidencia-se que grande parte da doutrina busca esteio, de uma maneira ou de outra, na Constituição ou na democracia para formular suas teorias. Não poderia ser de outra forma, já que o direito hoje precisa de legitimação constitucional e democrática para ser aceito. No entanto, como bem assevera Antônio Carvalho Filho²²⁷, a proposta de constitucionalização do direito pela sua democratização, tal qual defendida pelo neoconstitucionalismo, insiste na retórica do justo e da correção do direito pelo juiz "a partir dos signos do sentido democrático perfeito", e, portanto, não pode prosperar.

O fenômeno da constitucionalização do direito, mais especificamente do processo, foi visto na doutrina brasileira com forte enfoque de fortalecimento da jurisdição, e não de limitação ao poder do Estado.²²⁸ Todavia, enxerga-se, no presente trabalho, como temerária essa visão, visto que confere ao juiz uma ampla e ativa participação na produção probatória em nome da verdade e da justiça – conceitos tão inelutavelmente amplos e, em âmbito subjetivo, volúveis. A crítica à busca pela verdade será realizada no próximo capítulo. A crítica ao processo justo será feita nas próximas seções do presente capítulo.

3.2 A problemática questão do processo justo.

Não é arbitrária nem inédita a ideia de simbiose entre o instrumentalismo e o neoconstitucionalismo. Em breve síntese, Antônio Carvalho Filho lista algumas das características que indicam as semelhanças entre as referidas doutrinas: i) o juiz providência, ligado à realidade e aos anseios sociais; ii) abertura do sistema ao juiz, que pode atuar tendo como ferramentas elementos metajurídicos; iii) utilização da justiça como critério de validade do direito, inclusive dando, sob tal pretexto, poderes corretivos do direito ao magistrado, responsável pelo processo justo; iv) diferenciação entre legalidade e legitimidade, a partir do momento em que o direito passa a ser aquilo que o juiz diz que ele é; v) exame dos direitos fundamentais pela dimensão unicamente objetiva, de proteção a partir da análise do julgador;

²²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do programa de pós-graduação Direito UFRGS*. Vol. 2, n. 4, Pp. 119-130, 2004, p. 120 e 128-130. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49187/30822>>. Acesso em 04.06.2023.

²²⁷ CARVALHO FILHO, Antônio. *A desconstrução do processo justo*: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 188.

²²⁸ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 108. O autor alega que grande parte desse enfoque se deu pela forte influência do doutrinador uruguai Eduardo Couture em nossa doutrina.

vi) desprezo pelo positivismo jurídico, não raro sob falsas premissas que o ligam ao nazismo – falácia do *reductio ad Hitlerum*.²²⁹

Igor Raatz afirma que a doutrina brasileira vai mal ao compreender a constitucionalização do direito processual pelo viés de um direito à jurisdição, e não ao processo. Com isso, o processo vira mero instrumento da jurisdição, numa triste e servil relação, quando, na verdade, deveria ser visto sob a ótica de uma garantia de liberdade e limitação do poder. Sob a ótica constitucional, processo é direito fundamental de primeira dimensão, é dizer, direito fundamental à limitação do poder estatal em face de liberdades individuais, e se desdobra em três frentes: direito fundamental de resistência dos indivíduos contra o Estado; garantia do modo como os direitos são tutelados; e garantia contrajurisdicional, é dizer, específica pela limitação ao poder jurisdicional. Uma escorreita visão da constitucionalização do processo, por conseguinte, é a de enxergar a Constituição como o "locus normativo das garantias do indivíduo e da sociedade contra o exercício do poder".²³⁰

Júlio César Rossi defende que o neoconstitucionalismo hodierno é o pretexto que a doutrina instrumentalista contemporânea encontra para conferir nova roupagem a ideias antigas, com o intuito de deixá-las numa versão "fashion" e justificar uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz: "Em verdade, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo praticados no país são disfarces do ativismo judicial".²³¹ Relembra-se aqui ponto central desse trabalho, o diálogo com as bases que servem de sustentáculo para o instrumentalismo, bem como o direcionamento de eventuais críticas a elas – e hoje não se há realizar tal desiderato sem passar pelo neoprocessualismo.

O art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal indica claramente uma posição do devido processo legal como um direito do indivíduo e da coletividade contra o arbítrio do Estado, ao afirmar que ninguém será privado de seus bens e da sua liberdade sem o devido processo legal, qualquer interpretação do *due process* como reforço da eficiência ou do poder jurisdicional é mais que superinterpretação – parece ser interpretação contrária ao texto. Concorda-se, por conseguinte, com Mateus Costa Pereira, quando afirma que a constitucionalização do processo rompe com o velho paradigma, de per si problemático, de um interesse público "estático" e

²²⁹ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 193-194.

²³⁰ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo:** liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 108-113.

²³¹ ROSSI, Júlio César. Garantismo processual versus "neoprocessualismo": as iniciativas probatórias oficiais são constitucionais? In: **Empório do Direito**. Coluna Garantismo Processual, n. 38. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/38-garantismo-processual-versus-neoprocessualismo-as-iniciativas-probatórias-oficiais-sao-constitucionais>>. Acesso em: 04.06.2023.

"preconcebido". A genérica ideia de primazia do Estado, como um fim em si mesmo, é contrastada por direitos que condicionam e limitam a atuação jurisdicional²³².

Nessa esteira, corroborando a ideia de que o modelo processual adotado no Brasil busca fundamento na Constituição Federal, Araken de Assis²³³ defende existir na Carta Magna verdadeira asseguração de garantias e direitos fundamentais processuais às partes, protegendo-as de ativismos judiciais. Portanto, é possível afirmar, nas sendas de Mateus Costa Pereira, que no modelo constitucional vigente no Brasil inexiste preceito ofertando esteio a protagonismos judiciais.²³⁴

No entanto, como se disse em linhas outras, na obra de Teoria Geral do Processo de Dinamarco, Grinover e Cintra, os autores propugnam um protagonismo ativo do juiz na busca de elementos para a sua própria instrução. Para eles, todo processo "deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito". Entre duas interpretações possíveis de um enunciado normativo, deve escolher aquela que mais favoreça à justiça do caso concreto, ainda que a vontade do legislador aparente ser em sentido contrário, a não ser que se depare com um texto "absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça" – apenas nesse caso deve conformar-se.²³⁵ Dessa lógica, como se viu, surgem as mais variadas doutrinas instrumentalistas, das mais antigas às mais atuais.

Em pertinente provocação, Diego Crevelin de Sousa, partindo de contradição que enxerga na teoria e prática processuais, indaga o peso do significante "justiça" na argumentação jurídica. Isso porque é lugar comum considerar atécnico, e até mesmo detentor de duvidoso estilo estético, o advogado que termina seus arrazoados clamando pela "mais lídima e necessária justiça", no entanto, não são tratados com tal rigor o doutrinador e o juiz que fazem o mesmo. Em outras palavras: "Advogados que clamam por justiça são piegas; juízes e doutrinadores, racionais". A leitura do processo associado à ideia de justiça possui seus problemas. Se já há grande dificuldade em definir o que é devido, o que é processo e o que é legal, muito mais dificuldade tem-se em se definir o que é justo. E, como não há nem nunca houve consenso

²³² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 302.

²³³ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro:** parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2016, p. 192-3.

²³⁴ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 253.

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40-41.

acerca do tema, "processo justo é aquilo e tão somente aquilo que os que têm poder para falar falam. E isso que é o pior: eles não falam".²³⁶

É antiga a lição de Sócrates a Céfalo, quando esse último conceituou justiça à clássica maneira de restituir o que se deve, e foi corrigido pelo primeiro, que afirmou nem sempre ser um resultado justo restituir o que é devido. Explicou o mestre ateniense, naquela ocasião, que se um amigo reclama a devolução de uma arma que houvesse emprestado a outrem, mesmo que aquilo lhe seja de fato devido, não terminará em justiça a sua devolução se se souber que o dono da arma enlouqueceu.²³⁷

São Tomás de Aquino ensina – baseando-se em Aristóteles – que a justiça se subdivide em duas: a comutativa, que regula trocas ou tratos – referente a “restituir o devido”; e a justiça distributiva, pela qual o governante dá segundo a dignidade de cada um²³⁸. Em ambos os casos – de Sócrates e Aristóteles –, a noção de justiça parece ter influenciado Ulpiano²³⁹, que formulou uma definição que permanece, até os dias atuais, uma das mais famosas e adotadas dentro da filosofia (tendo influenciado inclusive os jurisconsultos romanos): justiça é dar a cada um o que lhe é devido – mas, conforme bem apontou Kelsen, a aludida definição padece de tautologia, porque não explica o que é devido a cada um²⁴⁰.

Eis um dos maiores problemas da chamada doutrina do processo justo: o fato de que, até os dias atuais, “não se conseguiu nem se consegue definir, pelo resultado do processo estatal de solução de conflitos, se ele foi justo ou injusto”. Todos querem justiça, mas ninguém consegue precisar com exatidão o que ela realmente significa. Não obstante, há elementos para definir a justiça dentro do processo não tendo em vista seu resultado, mas a observância de sua configuração e operação; a partir daí, processo justo seria aquele com condições de assegurar os meios condizentes ao oferecimento do melhor resultado possível. É dizer: aquele que se desenvolve conforme as garantias constitucionais para ele estabelecidas, a partir dos parâmetros fixados pela Constituição.²⁴¹

²³⁶ SOUSA, Diego Crevelin de. Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia:** estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021, p. 59-60.

²³⁷ PLATÃO. **A república**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 331c.

²³⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. v. 1. São Paulo: Fonte Editorial, 2020, p. 221.

²³⁹ In JUSTINIANO. **Corpus juris civilis digesto**, Livro I. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasília: TRF1 – ESMAF, 2010, p. 23.

²⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 14.

²⁴¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 130.

Calmom de Passos, por seu turno, sugere que a transcendência do justo (relação homem-Deus) revelou-se incapaz de corresponder às exigências sociais, e que a imanência do justo (relação homem-sua consciência) deu azo a distorções cruéis, que criaram o mais cruel de todos os modelos sociais, a ideologia tecnocrática. É na intersubjetividade do justo (relação homem-homem) que se encontra o modelo desejável, é dizer, a justiça a partir do diálogo, da comunicação e da participação. Rechaça, portanto, uma visão ética ahistórica e transcendente.²⁴²

Eros Grau alerta para uma lição que aprendeu com Hans Kelsen: a de que a justiça absoluta é um ideal irracional, que só pode emanar de uma autoridade transcendente: Deus. Posto isso, na terra, apenas com alguma justiça relativa tem-se de se conformar, e ela pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva, conforme a situação de paz e segurança jurídica por ela mais ou menos assegurada.²⁴³

Na mesma linha, Lênio Streck censura as posturas neoconstitucionalistas²⁴⁴, que acredita serem responsáveis pela corrupção do texto constitucional, tais como a defesa de um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e, por fim, uma pretensa constitucionalização do ordenamento por meio de jargões vazios de conteúdo, acompanhados não raro do prefixo “neo”: neoprocessualismo, neopositivismo, etc. Tudo isso por acreditar que a jurisdição pode incorporar os “verdadeiros valores” que definem o que é justo no direito.²⁴⁵

Beclaute Oliveira Silva assere que esse campo axiológico do neoconstitucionalismo não é formado por uma “moral positiva”, já que, se assim fosse, estaria submetida ao direito: “Não se submete. Para o neoconstitucionalista, essa moral estaria acima do direito, como algo que o transcende. É um jusnaturalismo extremamente não racional, mas simplista”.²⁴⁶ É dizer: se o campo axiológico defendido pelo movimento em tela estivesse dentro do direito positivo, não seria necessário propugnar escopos metajurídicos ou atividade corretiva por parte do magistrado – bastaria respeitar o ordenamento jurídico.

²⁴² CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58-9.

²⁴³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 168-169.

²⁴⁴ O autor prefere a denominação Constitucionalismo Contemporâneo, por razões que ultrapassam as críticas aqui pretendidas.

²⁴⁵ Streck indica o instrumentalismo como exemplo de doutrina a adotar essa postura. Cf.: STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. (versão do Kindle). Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um diálogo com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, posição 1713.

²⁴⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. Relação do Poder Judiciário e Democracia no Pensamento de Calmon de Passos. In: **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol 1, n. 2, p. 192-201, Jul./Dez. 2020, p. 198.

Inclusive, a ideia de tomar o justo como referência para a racionalidade das instituições esbarra nas dissimetrias da realidade empírica. Não raro, como se viu, surgem opiniões que não enxergam o justo na lei, ou na decisão nela fundada: "e aí uma noção imprecisa, a de justiça, se acopla a um projeto perigoso, o da aplicação do direito sem apelo à lei ou a contrapelo dela".²⁴⁷ Repise-se que não há dados empíricos que embasem a afirmação segundo a qual as sentenças são tão mais justas no processo quanto mais oficiosamente o juiz atua, ou que as provas por ele produzidas sejam qualitativamente melhores que as carreadas aos autos pelas partes, ou mesmo que elas representem o fato mais fielmente²⁴⁸.

A esse respeito, Fabiana Del Padre Tomé consigna que a noção de justiça é um valor cuja verificação está além das possibilidades de exames empíricos. Diante de uma mesma situação fática, duas pessoas podem chegar a conclusões distintas: para um, fez-se justiça; para outro, injustiça: "Verdade, justiça e segurança jurídica são alguns dos vários conceitos que podemos denominar metafísicos, dada a insusceptibilidade de conhecimento empírico".²⁴⁹ Assim, principalmente quando se fala em dogmática, a justiça não pode servir como um mantra, é dizer, não pode a justiça ter uma finalidade mágica ou o estabelecimento de um estado contemplativo²⁵⁰.

Surge então interessante abordagem: a de considerar a justiça substancial um critério do direito material, afeito à satisfação dos bens da vida em abstrato, quando da idealização e elaboração das leis a eles respeitantes. E, diante da independência entre os espectros jurídicos material e processual, que a justiça desse último, o direito processual, esteja atrelada ao respeito ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes, como contraditório, imparcialidade, etc. Processo justo é aquele que é devido segundo as normas processuais vigentes (incluídas aqui, e principalmente, as constitucionais). A essa noção Rawls dá o nome de justiça procedural pura, considerando-a a que se verifica "quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado"²⁵¹.

²⁴⁷ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 161-162.

²⁴⁸ CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 111-112.

²⁴⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 466.

²⁵⁰ SOUSA, Diego Crevelin de. Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021, p. 59-60, p. 85.

²⁵¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 92.

Por isso, tal paradigma, do juiz-antena, que busca a verdade e a justiça, precisa ser revisto. Não em defesa da forma em prol da forma, mas com espeque na ideia segundo a qual a primeira proteção que o ordenamento jurídico deve oferecer aos jurisdicionados é a proteção de seu direito enquanto destinatário dos efeitos da sentença. Tal resguardo reside em sua efetiva participação nos atos que a preparam, concorrendo para sua formação, com iguais oportunidades. E nada impede que o processo sirva também ao amparo de direitos subjetivos infringidos ou ameaçados, sob a inescapável condição de que a existência dessa lesão se confirme no iter procedural acima descrito, com a observância dos limites que o ordenamento impõe ao exercício da jurisdição.²⁵²

Com isso, Mundim assere que não se busca na processualidade democrática uma “decisão verdadeira”, mas uma decisão acertada, considerando como tal aquela construída dentro de um amplo campo argumentativo entre as partes envolvidas, no espaço e no tempo processualmente regidos, e conforme as garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da imparcialidade.²⁵³ Nas palavras de João Carlos Salles de Carvalho:

Na função jurisdicional, autorizar o juiz a decidir de modo a alcançar os escopos metajurídicos nada mais é do que censurar o próprio protagonista político (Povo) de seu direito de dizer, em espaços discursivos processualizados, qual caminho quer seguir. Em quais resultados quer chegar e até quais sacrifícios quer fazer para tanto. [...] É preciso, ao revés, que o cidadão assuma uma posturaativa, para escolher livremente os caminhos a serem seguidos e, ainda assim, os mesmos não haverão de ser caminhos predefinidos aguardando por adesão, mas caminhos passíveis de serem construídos democraticamente em vias procedimentais processualizadas.²⁵⁴

Calmon de Passos esclarece que os agentes e o processo políticos são os únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental – o juiz carece de tal legitimidade. A única vontade soberana num sistema democrático é a vontade popular, exercitável segundo os ditames do processo político constitucionalmente posto: “Democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discretionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais”.²⁵⁵

Não se trata, na obra de Calmon, de eliminar o poder, já que há completa impossibilidade de liberdade que não sofra limitações – inexiste convivência humana livre de relações de poder. Por tal motivo, com arrimo em Bertrand Russel, o autor baiano alega que a

²⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 151.

²⁵³ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 75.

²⁵⁴ CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 154-155.

²⁵⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 90.

questão é de “domesticar o poder”, minimizando os impactos negativos de uma hipotética dominação pura, enquanto otimiza seu lado integrativo e de solidariedade. Nesse sentido, o direito é técnica em busca de segurança para a convivência social, com base nas expectativas compartilhadas sobre a maneira que se solucionam os conflitos:

Conseqüentemente, não se deve pedir ao Direito mais do que ele pode proporcionar. E apenas lhe é possível emprestar alguma segurança e previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos por um processo previamente institucionalizado dentro de expectativas compartilhadas pelo grupo social, com o que contribui para consolidar e operacionalizar um sistema de produção e uma organização política que o precedem e lhe ditam a fisionomia e o destino.²⁵⁶

Antes do produto condicionar o processo, o processo condiciona o produto. Em nível macro, as normas gerais são criadas em atenção ao processo de sua produção, esse de natureza política — e esse processo reclama disciplina rigorosa, sob o risco de se privilegiar o arbítrio daqueles com poder de decisão. Também na segunda etapa, de nível micro (a cunhagem da norma individual), o processo condiciona o produto; do mesmo modo, é preciso seguir rigorosa disciplina quanto aos agentes, organização e procedimentos, sob pena, mais uma vez, de se privilegiar o arbítrio do decisor.²⁵⁷ Logo, um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação; antes disso, é mera reivindicação política²⁵⁸.

É nesse sentido que Ferrajoli defende posição segundo a qual há íntimo nexo entre o juspositivismo e a própria democracia, que se completa com a democracia constitucional. Isso porque, num primeiro momento – do Estado Legislativo de Direito –, o positivismo equivale à positivação do “ser” legal do direito, condicionando sua validade formal ao caráter representativo da democracia; já num segundo momento, do Estado Constitucional de Direito, condiciona a validade da norma também ao conteúdo da Constituição – é o “dever ser” do direito. Nessa toada, o positivismo primeiro se preocupou com o “como” e “quem” da produção normativa e, posteriormente, fechou o ciclo, debruçando-se sobre o “quê”.²⁵⁹

A constitucionalização do processo é um dado, mas não nos termos em que pretende o neoconstitucionalismo. Ela é, em verdade, decorrência necessária “dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania”. Nessa linha, o devido processo legal ganha dimensão nova,

²⁵⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49-50.

²⁵⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33.

²⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 61.

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista (versão do Kindle).

Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um diálogo com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, posição 251-260.

agora de caráter mais abrangente: a garantia do devido processo constitucional. A atividade de enunciar o direito passa a ser indissociável da organização democrática das funções que atuam em sua produção e aplicação.²⁶⁰

Nada obstante, o discurso neoconstitucional está alinhado com as propostas de ativismo judicial, e suas ideias guardam nítida semelhança com o instrumentalismo. Em ambos os casos, vê-se uma defesa da libertação do juiz das amarras formalistas que o impedem de corrigir o direito e concretizar a justiça – só que agora, mais especificamente, com esqueleto retórico na força normativa da Constituição.²⁶¹ Se Calmon de Passos estava preocupado com a juridicização da política e a politização do jurídico, como se viu no primeiro capítulo deste trabalho, após pouco mais de vinte anos, já é possível falar, como menciona Antônio Carvalho Filho, em "ultrapolitização do direito" e "ultrajudicialização da política"²⁶². Não se pode negar, portanto, a acelerada influência da doutrina neoconstitucionalista no direito hodierno, incentivando uma dogmática que tem como ativismo judicial o seu mote.

A radicalização da ideia de supremacia da Constituição, encampada pela aludida doutrina, esvazia os campos de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Não por outro motivo, Peake chega a afirmar que o ativismo judicial subverte não só a segurança jurídica, como a democracia em si, uma vez que sujeitos não eleitos pelo povo, investidos em suas funções pela Constituição como técnicos do ofício, mas que acabam por inovar a ordem jurídica ao arreio do próprio ordenamento jurídico.²⁶³ Nessa esteira, cria-se um risco de que a democracia degenera em uma espécie de "guardiania"²⁶⁴.

Calmon de Passos afirma que o senhor da democracia é o povo soberano, que congela no tempo, por intermédio da Constituição (o pacto político fundamental), uma soberania que, se existente, deve ser exercida permanentemente. O juiz está submisso a esse senhor e, por conseguinte, à Constituição – deve a ela reverência. Dentre as limitações impostas ao magistrado, destaca-se o princípio da legalidade: não que o juiz deva ser escravo da lei, já que, se assim fosse, a ciência do direito seria inútil; mas no sentido de que apenas o quanto positivado

²⁶⁰ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 34-5.

²⁶¹ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 150.

²⁶² CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 154.

²⁶³ BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia:** como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 44 e 52.

²⁶⁴ Para mais sobre o assunto, indica-se: SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição:** democracia ou guardiania? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

pode ser utilizado pelo julgador. Arremata o autor baiano, asseverando que a CF de 1988 consagra o princípio fundamental de toda democracia: a inércia do julgador.²⁶⁵

Não por outro motivo, esse papel corretivo e protagonístico do juiz assusta, uma vez que “nada é previsível onde tudo é possível”. Nesse sentido, num sistema em que não se institucionalizem controles políticos e sociais eficientes, a minimizar o quanto tenha sido previamente estabelecido política e juridicamente, poder-se-ia falar em sistema jurídico, mas não em Estado de Direito Democrático.²⁶⁶ Se prosperarem as ideias neoconstitucionalistas, a repartição republicana dos Poderes abrirá espaço a uma inevitável juristocracia, regada a uma “normatividade líquida”, em que o tribunal (ou o juiz) é a própria lei²⁶⁷.

No mais, é também ponto comum nas mais variadas doutrinas, das mais variadas vertentes, uma ideia de democratização do processo pela participação das partes no processo, cuja importância é, de fato, inegável. No campo dogmático, essa perspectiva se concretiza pela garantia do contraditório, já de há muito cristalizada nos ordenamentos jurídicos de modelo constitucional de processo, de matriz acusatório-adversarial, e não em decorrência da democratização.²⁶⁸ Posto isso, é imperioso, como já defendido alhures, que o caráter democrático do Estado de Direito reforce a importância do contraditório.

No entanto, a garantia do contraditório, de per si, não legitima toda e qualquer atuação do Estado-juiz à luz da democracia. É dizer: o contraditório não é por si só um "imunizante do autoritarismo judicial", ainda que aliado ao dever de fundamentação. Isso porque mesmo que a decisão tenha se dado sob o crivo do contraditório, pode estar recheada de decisionismos insusceptíveis de controle pelo direito posto – concretamente autoritária, portanto.²⁶⁹

De todo o exposto, percebe-se não ser a melhor conclusão aquela que afirma que, num Estado Constitucional, um juiz possa julgar conforme critérios íntimos de justiça, sem qualquer parâmetro normativo-dogmático para a revisão de sua decisão, seja pelo tribunal, pelas partes ou pela sociedade. Essa ideia nasce da “falsa percepção de que o direito é capaz de resolver

²⁶⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Público – **RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 9-17, jan./fev. 2009, p. 12.

²⁶⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83 e 89.

²⁶⁷ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 155.

²⁶⁸ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 189.

²⁶⁹ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 189-190.

todos os problemas do mundo”, que deságua na igualmente falsa proposta de que o juiz sobre o direito a seu bel prazer em busca desse “bem” maior.²⁷⁰

Escorada nas ideias de Aroldo Plínio Gonçalves, Luciana Benassi Gomes Carvalho explica que, uma vez consolidado o ordenamento jurídico, ao juiz é vedado exercer seu mister fora da legalidade constitucional, não se havendo falar em escopos metajurídicos. A garantia do devido processo legal abarca a ideia de que o Estado não interferirá na esfera jurídica do indivíduo sem a existência de um devido processo pré-constituído (e não pós-constituído).²⁷¹ É dizer, uma decisão que permite ao juiz ter em mente elementos além de critérios preestabelecidos é, em verdade, norma retroativa.

O instrumentalismo, portanto, parece não fornecer a melhor leitura do processo sob a égide do Estado Democrático de Direito, mormente quando se percebe que a jurisdição não pode ser o centro do sistema jurídico, legitimando decisões solipsistas e imaginadas por um decisor suprapartes – em um verdadeiro totalitarismo hermenêutico.²⁷² O processo, como se disse, é direito fundamental de garantia, é proteção ao jurisdicionado. Se o Legislador pretende mudar a sociedade, que o faça por meio das leis de direito material – e, se a consecução desses fins depender do Judiciário, que isso seja pensado sob o enfoque do contraditório, da imparcialidade, do ônus da prova, dentre outras garantias.

4. A VERDADE E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

4.1. Considerações iniciais.

Verdade e direito há muito se relacionam. Essa intertextualidade é esperada, uma vez que a verdade é objeto de estudo de várias ciências, bem como, classicamente, das mais variadas correntes filosóficas.

Não obstante, no direito brasileiro e no estrangeiro, a verdade como correspondência vem sendo usada como pretexto para as mais variadas teorias jurídicas defenderem o instrumentalismo processual, e, como decorrência de seu cariz publicista, um aumento do poder instrutório do juiz, uma menor liberdade negocial entre as partes – mormente no que diz respeito

²⁷⁰ CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo:** crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 63.

²⁷¹ CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas:** uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 117.

²⁷² MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 27.

aos negócios jurídicos processuais –, uma relativização facilitada (ou mais ampla) da coisa julgada material, etc.

Para se debruçar sobre tal imbróglio, o presente capítulo será dividido em duas grandes seções. A primeira buscará demonstrar as raízes doutrinárias que permitiram entrelaçar os conceitos de prova, fato e verdade – o que não se critica, visto que tal interrelação é até mesmo intuitiva²⁷³. Assim, primeiramente, buscar-se-á explicar os conceitos e a finalidade da prova, e sua consequente relação com os fatos e com a verdade.

Após isso, na segunda seção, um breve panorama filosófico das definições de verdade na filosofia será realizado, destrinchando sua possível relação com o direito e com as doutrinas correspondentistas, que veem na adequação do intelecto à coisa um fim a ser perquirido, não raro incessantemente, na atividade probatória.

Por fim, far-se-ão considerações e tecer-se-ão críticas a respeito das aludidas doutrinas, com base, também, nas próprias doutrinas filosóficas trazidas, sem olvidar das críticas jurídicas, das quais se lançará mão. Assim, o trabalho terá como escopo evidenciar como pode ser temerário que a verdade sirva de pretexto – ou bandeira – para um discurso jurídico que não encontra no próprio ordenamento jurídico sua justificação.

4.2. A relação entre prova, fato e verdade.

É demasiado incomum encontrar na doutrina processualista, seja ela pátria ou estrangeira, ao debruçar-se sobre o direito probatório, a falta de menção e mesmo explanação acerca de qualquer dos termos aqui empreendidos: prova, fato ou verdade; como regra, relacionando-os uns com os outros – e, outras vezes, para rechaçar tal ligação. O elo entre prova e verdade se dá entre boa parte dos autores que lidam com a prova²⁷⁴, enquanto que a relação entre prova e fato é posta normalmente como condição da cognição²⁷⁵.

Não raro, sequer os autores garantistas negam a importância da verdade para o processo, como é o caso, como será evidenciado adiante, de Eduardo José Fonseca Costa.

²⁷³ Também defendendo ser intuitivo atrelar prova e verdade: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 27.

²⁷⁴ Cf. ensina: SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 181.

²⁷⁵ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 176.

Mateus Costa Pereira chega a afirmar que "se a temática da verdade fosse processualmente irrelevante, decerto que não se cogitaria de meios probatórios".²⁷⁶

O tema é tão relevante que, até para os autores que não trabalham com a ideia de verdade no processo, parece ser necessário dialogar com aqueles que creem numa relação entre prova, fato e verdade²⁷⁷. Para entender tal tríade, é necessário antes analisar alguns pontos basilares acerca do tema, começando com o estudo das provas e dos fatos e, posteriormente, tratar da questão da verdade no processo.

4.3. Prova e sua polissêmia.

Prova é termo polissêmico, sendo subdividido pela doutrina clássica em três principais acepções: prova como ato de provar, prova como meio de prova e prova como resultado da atividade probatória.

Didier, por exemplo, defende a existência dessas três acepções clássicas, e, baseando-se em Moacyr Amaral Santos, lista cada um dos três significados do vocábulo:

a) às vezes, é utilizado para designar o **ato de provar**, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o **meio de prova propriamente dito**, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o **resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos** no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.²⁷⁸ (grifou-se)

Sem olvidar ou ignorar as concepções clássicas, Fabiana Del Padre Tomé vai além, debruçando-se sobre as seguintes acepções do termo: procedimento; produto; enunciação; enunciado; fato; norma; signo; mensagem; relação de implicação; elemento constitutivo do fato jurídico; meio de convencimento; demonstração; experiência; certificação; e meio de prova.²⁷⁹

²⁷⁶ PEIREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 235.

²⁷⁷ Como, por exemplo, faz Beclaute Oliveira Silva em alguns de seus textos, ao defender ser a verdade um problema do “real”, como se explicará adiante. Cf.: SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022; e SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios processuais**. Org.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 52-3.

²⁷⁹ É como Beclaute Oliveira Silva resume o pensamento da autora a esse respeito, em interessante artigo sobre o tema da prova. Cf.: SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 176-7.

Dessas tantas acepções, duas merecem ajuntamento, pois diretamente relacionadas uma à outra²⁸⁰: a prova como procedimento e a prova enquanto produto. Prova como procedimento é um conjunto de normas que regulam a maneira como o produto prova será admitido e valorado dentro do processo; é, pois, sequênciа de atos concatenados destinados a um fim: a constituição do relato probatório – ou melhor, a prova como produto de um procedimento²⁸¹.

Também prova como enunciado e como enunciação estão relacionadas entre si: a enunciação é o próprio ato de produção de enunciados; esses últimos, por seu turno, são orações bem construídas e dotadas de sentido, devendo “ser formulados de acordo com as regras do sistema linguístico a que pertencem. Considerada a prova como resultado do ato de fala, estar-se-á tomando-a como enunciado”²⁸². Gize-se, acerca do enunciado, que ele é categoria não adâmica do discurso, é dizer, ele jamais é só, sempre permite – e espera – uma atitude responsiva do receptor²⁸³.

Há ainda prova na acepção de sentido que se constrói a partir do contato com os enunciados, aquele que decorre da valoração dada, pelo magistrado, aos signos que os integram²⁸⁴.

Pode também a prova ser aceita no sentido de fato jurídico em sentido amplo, um enunciado linguístico que leva, por implicação, a um outro fato – logo, nessa acepção a prova seria verdadeiro metafato. Em verdade, é a partir da coordenação integrativa entre vários fatos em sentido amplo que se construirá o fato em sentido estrito, ou seja, aquele que consta do antecedente da norma concreta e individual veiculada pela decisão administrativa ou judicial. O objetivo da prova nessa acepção é a demonstração da verdade, mas a verdade em seu sentido

²⁸⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 177.

²⁸¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1313 e ss.

²⁸² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1341.

²⁸³ De acordo com Beclaute Oliveira Silva: “Com isso é possível afirmar, como Bakhtin (2003, p. 275), que ‘os limites de cada enunciado concreto como unidade da comunicação discursiva são definidos pela alternância dos sujeitos do discurso, ou seja, pela alternância dos falantes’. Aqui fica evidente o conteúdo real, não convencional, do enunciado, com limites precisos estipulados pela alternância dos falantes. Além disso, a resposta emitida pelo ouvinte está interligada ao conteúdo do discurso emitido pelo falante (BAKHTIN, 2003, p. 275). Essa característica encontra marca no denominado princípio do contraditório, categoria inerente ao processo judicial, como salienta Elio Fazzalari (1996, p. 82)” (SILVA, Beclaute Oliveira. O enunciado (dialógico) na decisão jurídica: nas sendas de Mikhail Bakhtin. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 47, n. 185, p. 123-133, jan./mar, 2010, p. 125-6.

²⁸⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1349.

relativo, é dizer: relativa a um sujeito cognoscente, que pode ou não ser convencido por aquelas demonstrações. Tal enunciado, sob esse prisma, não é verdadeiro nem falso, mas conjectural.²⁸⁵

Pode ser a prova entendida enquanto norma, não apenas de procedimento ou competência, como se falou há pouco, já que seu enunciado espraiia, para além da descrição de eventos, efeitos prescritivos propriamente ditos, uma vez que intervém na constituição dos fatos jurídicos em sentido estrito, “inserindo-se no conjunto de normas que compõem o direito posto”.²⁸⁶

A semiótica também é uma das perspectivas por meio das quais o direito positivo pode ser analisado – já que é constituído por linguagem –, podendo a prova, por conseguinte, se apresentar como signo, ou seja, um “status lógico de relação, em que um suporte físico se associa a um significado e a uma significação”. A prova é signo que representa o fato alegado, enquanto o fato alegado é signo que representa o evento. Não obstante, o real nunca é representável, mas tão somente demonstrável; eis por que um signo nunca representa absolutamente o fato alegado, limitando-se a se remeter a outros signos numa interminável cadeia, sem jamais atingir o objeto significado.²⁸⁷

De mais a mais, a prova como fato, e mesmo como signo, não pode ser confundida com a prova enquanto mensagem, é dizer, consistente na própria informação transmitida. Aqui, a prova é “a sequência de signos organizados de acordo com um código e veiculados por um emissor para um receptor, por meio de um canal que serve de suporte físico à transmissão”.²⁸⁸

Ainda dentro da teoria comunicacional, Fabiana Del Padre Tomé enxerga também a prova sob uma perspectiva de relação de implicação entre enunciados linguísticos. É dizer: inferência lógica que liga o enunciado probatório ao fato probando. Havendo, pois, prova constituída segundo os preceitos legais, infere-se a existência do fato jurídico por ela referido, aquele que se pretendeu provar.²⁸⁹

A prova é também, em outra acepção, elemento constitutivo do fato jurídico. Não basta ser, ela mesma, fato, é “fato cuja existência é indispensável para a constituição do denominado

²⁸⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1364-86.

²⁸⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1394.

²⁸⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1410.

²⁸⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1410.

²⁸⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1485.

fato jurídico em sentido estrito”²⁹⁰. Isso porque a prova por si só não constitui, como se disse em linhas outras, fato jurídico em sentido estrito, mas é elemento sem cujo relato em linguagem competente a norma individual e concreta não poderá subsistir.²⁹¹

Noutro giro, agora axiológico – de ordem valorativa –, a prova teria o sentido de meio de convencimento, atrelado ao efeito que o resultado do procedimento da prova exerce sobre a convicção daqueles a quem se destina. É não apenas prova como produto, resultado, mas resultado psicológico, subjetivo – êxito no desiderato de convencer.²⁹²

Há também, resumidamente – mas não menos importante –, a prova como demonstração de um fato, concernente a quaisquer recursos capazes de atestar a sua veracidade, o que engloba desde demonstrações lógico-matemáticas até os argumentos retoricamente utilizados; a prova como experiência sensorial, a qual, por si só, não é prova, é evento, tornando-se prova apenas se vertida em linguagem competente, como no caso de uma testemunha de um crime, cuja percepção daquilo que presenciou só será considerada prova caso reduzida a termo no processo; a prova como certificação da ocorrência ou inocorrência do fato, e pode ser autenticadora – tal qual o reconhecimento de firma em cartório, que reconhece ser autêntica uma assinatura, por exemplo – ou constitutiva do elemento indispensável à configuração de certo fato jurídico em sentido estrito.²⁹³

Por fim, há uma das acepções mais conhecidas do vocábulo prova: a prova enquanto meio de prova – que é expressão, por si só, plurissignificante e cuja definição se mostra “tarefa tortuosa”²⁹⁴. Beclauite Oliveira Silva os sintetiza como “as formas, tipificadas pelo sistema ou não, aptas a introduzir no processo judicial a prova. Têm um nítido caráter procedural”²⁹⁵.

A abordagem linguística é interessante, uma vez que compreende a impossibilidade de uma apreensão direta e absoluta da coisa-em-si. Afinal de contas, a linguagem “espelha a inadequação do pensamento: nosso ser-no-mundo nada mais é do que ser incapaz de encontrar

²⁹⁰ Cf.: SILVA, Beclauite Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 181.

²⁹¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1493.

²⁹² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1499-1507.

²⁹³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1569-76.

²⁹⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 1584.

²⁹⁵ SILVA, Beclauite Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 183.

qualquer significado transcendental”²⁹⁶. E essa incapacidade se revelará sobremaneira importante quanto à abordagem da questão da verdade.

4.4. Finalidade da prova – a relação entre prova e verdade.

A finalidade da prova certamente constitui questão polêmica na doutrina – e não raro confusa. Luís Alberto Reichelt divide os fins possíveis da prova em apuração da verdade quanto aos fatos (ou às alegações sobre o fato), a produção de certeza jurídica e a formação do convencimento do juiz²⁹⁷.

A confusão do tema fica evidente quando Carreira Alvim sugere que prova em geral é tudo aquilo que persuade de uma verdade de espírito; já a prova judicial é o meio regulado por lei para chegar ao descobrimento da verdade ou estabelecer a certeza de um fato controvérsio no processo²⁹⁸. Num só parágrafo, Carreira Alvim se utiliza das três funções possíveis da prova, que possuem caráter excludente: serve ou para estabelecer a verdade, conferir certeza ou formar a convicção.

Não obstante, partindo da mesma crítica feita por Ferrer Beltrán acerca da dificuldade de diferenciação entre convicção e certeza²⁹⁹, Didier, Braga e Oliveira reúnem as finalidades da convicção e certeza numa só, apesar de preferirem a nomenclatura “convicção”. Ademais, adicionam outra teoria, para além das retromencionadas busca da verdade (da qual discordam, apesar de aceitar a busca da verdade como uma bússola a guiar a atividade instrutória) e da formação da convicção do julgador: é a finalidade de fixar formalmente os fatos postos no processo. Julgam errônea também tal teoria por sua íntima relação com a tarifação legal da prova. Filiam-se, alfin, à teoria de que a relação teleológica entre prova e processo é formar a convicção do julgador acerca dos fatos da causa; e mais do que isso, a finalidade das próprias partes de convencer-se acerca dos fatos da causa, já que a atividade instrutória é garantia dessas últimas³⁰⁰. É nesse mesmo sentido que Pontes de Miranda assinala que quando o juiz, ou alguém

²⁹⁶ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.

²⁹⁷ REICHELT, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 62.

²⁹⁸ CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 273. No entanto, posteriormente admite uma só função, segundo a qual a prova seria “formar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes” (p. 274).

²⁹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 67-8. O autor citado critica, na mesma passagem, a vaguedade tanto dos termos certeza quanto convicção, que forneceriam ao juiz amplo campo de arbitrariedade. É contrário, por conseguinte, a tais finalidades da prova.

³⁰⁰ DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodim, 2023, p. 64-7.

perante quem se prova, julga provado o fato, ele na verdade enuncia o mesmo que o interessado enunciou, “(= con – venceu-se)”³⁰¹.

Também para o doutrinador alagoano, a prova tem como objetivo “convencer da verdade; tal o fim”³⁰², e, mais adiante, reitera: “a prova tem por fito levar a convicção ao juiz”³⁰³. É a escolha da maioria da doutrina nos dias atuais, sendo igualmente seguida, dentre outros, por Carreira Alvim³⁰⁴, Arruda Alvim³⁰⁵, Marinoni e Arenhart³⁰⁶ – além dos já mencionados Didier, Braga e Oliveira. Mas não sem críticas.

Para Ferrer Beltrán, por exemplo, atrelar a prova à convicção do juiz, e não mais à verdade, traz consigo uma teoria que serve somente para justificar a pretensa infalibilidade do magistrado, mas agora com um elemento exclusivamente subjetivo e incontrolável – assim como considera o da certeza judicial. E vai além: ambas as finalidades em tela recriam a ideia de uma verdade formal, não mais aceitável nos dias atuais, já que não se desvincilha da dependência entre prova e decisão judicial, é dizer: se o juiz se mostra convencido na decisão, logo o fato está provado. Essa noção desembocaria em inevitável concepção irracional da prova, segundo o autor.³⁰⁷

O processualista espanhol admite não ser ideal a relação conceitual entre prova e verdade, principalmente por não ser uma exigência dos ordenamentos jurídicos positivos, bem como pelas limitações processuais à busca da verdade, que seriam incompatíveis com a confusão entre a noção de prova e seu resultado. Aponta ainda a impossibilidade de se falar em *standards probatórios* se se considerar provado apenas o que corresponde exatamente à verdade. Assim, não se deve conceituar prova com a verdade em mente, mas também não se pode dizer o mesmo sobre a finalidade da prova.³⁰⁸

Chega, com isso, a uma conclusão defensora da relação finalística entre prova e verdade: se uma das funções principais do direito é a regulação da conduta, o cumprimento dessa função requer que se apliquem, no processo, as consequências jurídicas previstas nas

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 246.

³⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 246.

³⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 257.

³⁰⁴ CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 274.

³⁰⁵ ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 63.

³⁰⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 66-8.

³⁰⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 68-9.

normas se, e somente se, tiverem ocorrido efetivamente os fatos condicionantes dessas consequências. Portanto, a prova como atividade tem a função de comprovar a produção dos fatos condicionantes, ou seja, determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem sua ocorrência. A função da prova, por conseguinte, é a determinação da verdade sobre os fatos, e ela pode ou não ser exitosa nesse desiderato.³⁰⁹

O autor, por fim, propõe uma solução ao imbróglio: ver a finalidade da prova, na perspectiva de instituto jurídico, como a de permitir alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve se confundir com que a proposição seja verdadeira), então a proposição está provada. Aliás, não haveria problema em dizer que a produção de efeitos por uma decisão judicial não implica o necessário reconhecimento de uma suposta infalibilidade do juiz. É possível afirmar que o juiz se equivocou em relação às determinações dos fatos (de acordo com as próprias provas carreadas aos autos) e, ao mesmo tempo, que a decisão judicial produz efeitos jurídicos, inclusive sem caber qualquer tipo de recurso para corrigir-lhe o equívoco.³¹⁰

A conclusão de Ferrer Beltrán parece possuir um problema: o de ligar a função da prova a um critério sem qualquer relevância para a produção de seus efeitos. Como admite o autor, a finalidade da prova é buscar a verdade, mas tanto faz se ela obtém ou não êxito em tal desiderato. Nessa senda, portanto, qual seria a relevância dogmática de tal afirmação?

Beclaute Oliveira Silva analisa a questão das finalidades clássicas da prova em tom de crítica. Afirma o processualista que tais concepções se utilizam da dicotomia prova e fato para justificar, em maior ou menor medida, uma busca pela verdade por correspondência. É dizer: seja numa concepção declaratória (prova como situação no mundo fenomênico ou como argumento), seja numa concepção constitutiva (prova como construtora dos fatos no processo), a prova se mantém atrelada, em maior ou menor grau, à noção de verdade³¹¹.

Cria-se com isso, segundo o autor, baseando-se também em Adolf Wach, um problema: se a verdade por correspondência não é determinante para a estipulação da decisão judicial, a insistência em modelos baseados na ciência natural, dentro do direito, acaba por criar uma gama de teorias inconsistentes – inservíveis para explicar o funcionamento do aparato jurídico-decisório. É nesse sentido que o autor propõe uma concepção de prova como

³⁰⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 69-72.

³¹⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 74-5.

³¹¹ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: *Direito, Processo e Cidadania*. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 200.

enunciado³¹², cuja função será a construção, de maneira dialógica, de outro enunciado: o da decisão jurídica; e se é que ele virá a ser correspondente ou não “ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do ‘real’”.³¹³

As ideias de Beclaute e Wach coadunam-se com o plano discursivo aqui defendido, mas é necessário, para os fins da presente pesquisa, empreender diálogo com autores que defendem uma visão mais valorativa do direito, sendo possível apontar, nesse ambiente teórico, os equívocos de considerar a verdade um elemento dogmático (e não raro metajurídico) a guiar a interpretação e as estruturas do direito. E a isso se propõem as linhas seguintes.

Passadas, assim, as considerações iniciais e contextualizado o terreno da discussão doutrinária existente acerca do tema, resta agora tecer algumas considerações sobre a verdade – ou, melhor dizendo, sobre as verdades.

4.5. O direito e a(s) verdade(s).

A questão da verdade sempre foi objeto de estudo de todos os filósofos até, pelo menos, a modernidade. Podiam diferir quanto a em que ela consiste, mas acreditavam ser algo objetivo, em que todos haviam de acreditar – ao menos em certo sentido. Homem algum enveredaria pela filosofia, assinala Bertrand Russel, se julgasse “que toda ela não passa da expressão de propensões irracionais”. Do mesmo modo, esses mesmos filósofos diriam que muitos pensadores atuaram “segundo preconceitos e tiveram, para várias de suas opiniões razões extrarracionais das quais não tinham consciência”.³¹⁴

Diante do pensamento de Russel, acima esposado, acerca do interesse de todos os filósofos por uma realidade alheia a eles próprios, quadra sinalar similar opinião de Pontes de Miranda sobre tema, que não obstante seja visto por muitos como um relativista³¹⁵, jamais chegou a negar uma realidade objetiva, fora do ser:

O mundo material existe. É tudo quanto podemos afirmar. Negá-lo seria contradição de toda a utilidade, de toda a função, de toda a solidez, aproveitabilidade e significação do pensamento: negaríamos tudo e a nós mesmos. Mas dizer que o mundo ‘para nós’, o mundo que observamos e conhecemos, é composto de feições do real, não quer dar

³¹² Repise a inspiração dialógica que Beclaute tira de Bakhtin. Cf.: SILVA, Beclaute Oliveira. O enunciado (dialógico) na decisão jurídica: nas sendas de Mikhail Bakhtin. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 47, n. 185, p. 123-133, jan./mar, 2010.

³¹³ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 200-201.

³¹⁴ RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**: a filosofia moderna. v. 3. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 356.

³¹⁵ STRECK, Lênio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. In: **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2018, p. 177-202.

a entender que o mundo físico não exista. Apenas assegura a criação de outro mundo igual ao que nos rodeia e de que fazemos parte. **Neste sentido, seria razoável considerar a verdade como consistente em relação específica entre o processus de conhecimento e o mundo.**³¹⁶ (grifou-se)

No entanto, tratando da filosofia analítica do século XX, da qual se considera integrante, Bertrand Russell afirma que as considerações morais equivocadas impedem o progresso da filosofia, pois violam a lógica e tornam mística a matemática. Segundo ele, a filosofia pode e deve se desvincilar de fanatismos e idiossincrasias, utilizando-se de um método objetivo que nada dependa do temperamento e das circunstâncias do filósofo, e que, assim, o conhecimento vá paulatinamente sendo construído a partir daquele que veio antes – por meio desse mesmo método.³¹⁷

Nesse diapasão, cabe realizar uma breve investigação filosófica acerca daquilo que interessa ao direito, ou, ao menos, daquilo que a doutrina costuma usar como pretexto para ideias de criação de um juiz mais ativo ou de um processo menos garantista. Dar-se-á início a esse empreendimento pelas diferentes definições – ou, como se verá, as possíveis definições ou critérios de verdade.

4.5.1. Das definições de verdade.

Classicamente, a verdade é definida como adequação entre a sentença e a realidade, ou seja, a identidade entre uma proposição e o evento a ela correspondente. A isso se dá o nome de verdade por correspondência. Nessa esteira, Aristóteles, refutando o relativismo protagoniano, ensinava que “falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e o que não ser não é”³¹⁸. Abbagnano aponta para o fato de o filósofo estagirita separar essa verdade por correspondência em duas teses fundamentais, estando ora ligada à linguagem, ora ligada ao ser ou à coisa (repise-se, na adequação do intelecto à coisa)³¹⁹. Isso reforça a ideia de que a definição de verdade é sempre a correspondência, mas os critérios utilizados para alcançá-la é que ensejarão outras nomenclaturas, a seguir explicitadas – é o que aqui se defenderá, como será explicado mais adiante.

³¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito:** introdução à ciência do direito. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 42-43.

³¹⁷ RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental:** a filosofia moderna. v. 3. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 404-5.

³¹⁸ ARISTÓTELES. **Metafísica.** Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969, p. 179.

³¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994.

É que, não raro, na filosofia, diferentes correntes e pensadores elegem a verdade como correspondência, adequação do intelecto à coisa, mas não chegam a um lugar comum quanto ao critério para se afirmar que a verdade foi alcançada. Os estoicos e os epicuristas, a título de ilustração, distinguiam a definição da verdade de seu critério; para eles, verdade é correspondência entre conhecimento e coisa, mas não entram em consenso quanto ao critério de chegar até ela: para os primeiros, a verdade estaria na representação, ou seja, na manifestação do objeto para o homem; já para os segundos, estaria na sensação, que é o próprio manifestarse da coisa³²⁰. Reconhecem-se, portanto, dois conceitos distintos de verdade, desde que compatíveis entre si.

É também o que defende Daniel González Lagier ao afirmar o seguinte: "Ferrajoli insistiu que devemos distinguir o significado de 'verdade' e os critérios de 'verdade'. A teoria da verdade como correspondência refere-se à primeira questão", sendo que esse entendimento é plenamente compatível "com nosso pensamento de que a coerência das afirmações entre si (teorias da coerência) ou sua aceitação ou utilidade (teorias pragmáticas) são 'sintomas' ou 'pistas' de que uma afirmação é verdade (corresponde à realidade)".³²¹

Até mesmo São Tomás de Aquino, partidário de uma verdade transcendental, admite uma cisão entre essa e a verdade humana possível. Mostrando suas referências teóricas acerca da questão, começa por dizer que tanto Santo Agostinho quanto Aristóteles acreditam numa verdade por correspondência, aquela que está nas coisas, e não no intelecto. No entanto, ainda segundo o filósofo, a verdade estar na coisa não equivale a dizer que o verdadeiro e o falso também estejam:

Como já dissemos, a verdade, propriamente, só existe no intelecto. Pois, as coisas se dizem verdadeiras pela verdade existente em algum intelecto; donde, a mutabilidade da verdade deve ser considerada em dependência do intelecto. Ora, a verdade deste consiste na sua conformidade com as coisas ligadas, conformidade que pode variar de dois modos, assim como qualquer outra semelhança, pela mutação de um dos extremos. Assim, de um modo, a verdade varia por parte de um intelecto, enquanto que da mesma coisa, existindo da mesma maneira, cada qual tem a sua opinião. De outro modo, se a coisa mudar-se, ficando a opinião a mesma. E, de ambos os modos, a mutação se faz do verdadeiro para o falso.³²²

Em Santo Agostinho, da mesma forma, o verdadeiro e o falso estão no intelecto, é dizer, *verum* (ou verdadeiro) é a qualidade da coisa ou o que se diz dela, *veritas*, por seu turno,

³²⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994-5.

³²¹ LAGIER, Daniel González. *Quaestio facti*: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 108-9.

³²² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. v. 1. São Paulo: Fonte Editorial, 2020, p. 177-8.

é aquilo que ela é em substância – por isso essa é superior àquela³²³. É por isso que, para São Tomás de Aquino, somente num intelecto não suscetível a mudanças de opinião, e de cujo conhecimento coisa alguma possa escapar, a verdade seria imutável. Tal é a Verdade do intelecto Divino, e de nenhum outro³²⁴.

Fabiana Del Padre Tomé aponta para uma doutrina que desvia apenas em parte da verdade por correspondência. O fenomenalismo nega a possibilidade de um acesso direto entre sujeito e a coisa-em-si, mas somente a sua aparência no mundo – busca-se o nômeno, mas esbarra-se no fenômeno. Segundo a autora, a referida escola de pensamento possui o mérito de perceber a impossibilidade de uma apreensão total da realidade, mas peca por não reconhecer que o próprio fenômeno, para ser analisado, precisa estar vertido em linguagem³²⁵.

Abbagnano chama de verdade por revelação (nesse caso, empírica) a que se tratou aqui como verdade fenomenológica, mas essa última nomenclatura é preferível, para evitar confusões com sua possível vertente teológica da revelação (= verdade como revelação divina)³²⁶.

Para outra corrente, a verdade dependeria apenas de uma coerência interna do discurso, é dizer, da não-contradição entre proposições entre si. É a verdade das leis da lógica formal³²⁷. A verdade nesse sentido é exigência de uma decisão judicial hígida, uma vez que a contradição é vício que enseja a propositura de recursos – nomeadamente, mas não apenas, os embargos declaratórios³²⁸. Manifesta-se Badaró, ao criticar a corrente em análise, ser a coerência útil para sistemas fechados, como a matemática e a lógica, que terminam em si mesmos, mas não para sistemas com referencial externo, ou seja, em sistemas com formas de conhecimento empírico, como julga ser o direito³²⁹.

Em outra concepção, a verdade pode se dar por consenso, quando há um acordo entre os indivíduos de certa comunidade ou cultura acerca de um evento. A verdade histórica, por exemplo, se dá por crenças dominantes em certa época. Badaró também se opõe a essa visão. Segundo o doutrinador, essa corrente não se importa com a correspondência entre o alegado e

³²³ AGOSTINHO. *Solilóquios*. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulius, 1998, p. 50-51.

³²⁴ AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 1. São Paulo: Fonte Editorial, 2020, p. 178.

³²⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário* (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 480-6.

³²⁶ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994 e ss.

³²⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário* (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 486-94.

³²⁸ Cf. dispõe o próprio Código de Processo Civil: Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou **eliminar contradição**. (grifou-se)

³²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 88.

o mundo exterior, e, portanto, não é confiável. Traz como exemplo o geocentrismo, vigorando por séculos como um consenso histórico-científico, mas que não era, efetivamente, verdade – e o fato de haver consenso em torno da matéria não o torna correto.³³⁰

Fabiana Del Padre Tomé responde as críticas dessa linha afirmando que a convicção comunitária tem como função servir de critério de verdade em certos sistemas, e nisso não há problema algum³³¹. Essa ideia muito se assemelha ao que Abbagnano chama de verdade por conformação a uma regra: o estabelecimento de critérios que devem ser preenchidos, dentro de um sistema, para que algo possa ser referendado como verdade³³². Como um critério próprio de um sistema, sua função é retórica, e não ontológica.

Em sentido habermasiano, verdade como consenso é “aceitação racional a partir de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico”³³³. É que, para o autor, há uma conexão interna necessária entre verdade e justificação, para além dos jogos de linguagem – em verdade, os jogos de linguagem estão entrelaçados com a prática cotidiana³³⁴. Habermas, portanto, vê na verdade um conceito dialético, construído com base na “argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes”³³⁵.

Por fim, há também a chamada verdade pragmática, considerada verdade por utilidade. É aquela em que algo é considerado verdadeiro se, e somente se, revertido em benefício de quem o sustenta. Em outras palavras, a verdade nesse sentido serve como instrumento do poder – além de carecer de científicidade³³⁶. A bem ver, as ficções jurídicas e as presunções legais podem ser consideradas circunstâncias isoladas em que o ordenamento se utiliza da verdade como utilidade.

Aqui, especificamente no que diz respeito à verdade por utilidade, abre-se um gancho para tratar da relação entre a verdade e o poder, de há muito diagnosticada por autores como Foucault.

³³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Repõe-se que o doutrinador enxerga a prova em sua perspectiva processual penal na referida obra.

³³¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 501-509.

³³² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994 e ss.

³³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 32-33.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 244-245.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 46.

³³⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 509-516.

4.5.2. Verdade e poder – os modelos de verificação da verdade segundo Foucault.

Diante de tudo que foi dito acerca da verdade, impende mencionar a íntima relação entre sua vertente dita por utilidade com os modelos de verificação da verdade ensinados por Foucault. O filósofo francês, com arrimo nas lições de Nietzsche, se mostra cético quanto a um conhecimento da natureza, já que “não é natural à natureza ser conhecida”, e que não é na epistemologia ascética dos filósofos que encontraremos a base para o conhecimento, mas dos políticos: devemos compreender mais as relações de luta e de poder, de dominação – aí está o conhecimento em sua fabricação.³³⁷

Não é muito diferente da conclusão a que chegou Calmon de Passos – ao menos especificamente no que diz respeito ao direito. Para o autor baiano, não há qualquer dúvida de que “o direito é indissociável do poder”. A autoridade apta a dizer o direito vem de um poder político institucionalizado e organizado: se for possível ao poder político dizer o direito arbitrariamente, de forma despótica, eliminando sua dimensão garantística, “o direito revela-se, aí, como um puro instrumento de dominação”³³⁸. O ordenamento jurídico, como de resto tudo na vida, sofre influências do poder³³⁹.

Foucault então trata da origem de certas formas de verdade – ou modelos de verificação da verdade –, a partir da prática penal, nomeadamente o inquérito, o sistema da prova (ou provação) e o exame³⁴⁰. A interrelação entre eles e o poder vigente em cada época remete instantaneamente à verdade como utilidade:

As práticas judiciais – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o mundo pelo qual, na história do ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.³⁴¹

³³⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 18-22.

³³⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. O processo administrativo na Constituição de 1988. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 554.

³³⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O inevitável uso dos valores na interpretação: um necessário estudo do garantismo processual. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos *et al* (Org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 191.

³⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

³⁴¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 11.

Remontando à Grécia Antiga, em seus poemas e em suas tragédias, Foucault ilustra o sistema da prova: na Ilíada, Menelau acusa Antíloco de cometer uma irregularidade durante uma corrida de carros, o que esse último nega haver ocorrido. Menelau então lança um desafio a Antíloco: para que provasse sua inocência, pusesse sua mão direita na cabeça de seu cavalo, e, segurando o chicote com a mão esquerda, jurasse diante de Zeus não ter cometido qualquer irregularidade. Diante desse desafio – ou jogo – de prova, Antíloco renuncia à prova e, assim, reconhece ter cometido a irregularidade de que fora acusado³⁴². Beclauite nos lembra, nesse diapasão, das ordálias como parte desse sistema³⁴³.

Em Édipo Rei, o mesmo sistema é ilustrado, quando Creonte, acusado por Édipo de ardil e traição, sugere que eles estabeleçam um juramento, com a presença de Jocasta, para que ela seja responsável pela regularidade do jogo. Em ambas as histórias, pode-se notar que não há constatações, testemunhas ou um inquérito, mas mero jogo de prova. Tal sistema de provas também era presente na Alta Idade Média.³⁴⁴

No contexto feudal europeu, já nos séculos que vão da Grécia Antiga até meados da Baixa Idade Média, entre o fim do século XII e o início do século XIII, há uma forte tendência centralizadora no sistema de provas, ou jogos, oriunda de uma era em que a circulação dos bens era assegurada principalmente pela belicosidade, militar, pela via judiciária ou fora dela. A justiça passou a não ser mais contestação entre indivíduos e livre aceitação entre esses mesmos indivíduos, mas uma imposição do alto, de cima para baixo, aos oponentes – quem possuía a força fazia prevalecer o seu direito.³⁴⁵

A partir daí, os indivíduos passam a não ter mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios, devendo submeter-se a um poder exterior, a eles imposto como poder judiciário e poder político. Nesse cenário, exsurge uma novidade, sem precedentes sequer no Direito Romano: a figura do procurador. É ele o representante do soberano, que no sistema de inquérito é um poder lesado pela mera existência de um delito ou crime. Em outras palavras, lesado um indivíduo sujeito ao poder soberano, considerar-se-ia que o próprio soberano fora

³⁴² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 32-3.

³⁴³ SILVA, Beclauite Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 184.

³⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 32-3.

³⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 62-4.

ferido, e assim passa seu procurador a “dublar a vítima” – e, pouco a pouco, substituí-la. Ao poder político passa a ser permitido, assim, apossar-se dos procedimentos judiciários.³⁴⁶

Passa a não mais ser possível – ou melhor: desejável – submeter os problemas do soberano a um terceiro imparcial, por meio de uma disputa em pé de igualdade, e o modelo belicoso já não era mais opção viável. Era necessário haver nova justificação, nova roupagem à legitimação do poder. Um modelo possível era o já existente flagrante delito, em que a coletividade podia, em sua totalidade, intervir para acusar outrem e obter sua condenação; não obstante, o modelo apenas se justificava em casos de crimes surpreendidos em sua atualidade, enquanto ocorriam. Era preciso algo diferente.³⁴⁷

Retomou-se então modelo de inquérito, o qual possuía duas origens: uma administrativa, do Império Carolíngio, em que o soberano – ou melhor, seu representante – reunia pessoas consideradas capazes de conhecer o Direito, os costumes ou os títulos de propriedade, e as fazia jurar dizer a verdade, o que conheciam, o que haviam presenciado ou conheciam por ter ouvido dizer, deixava-as a sós para deliberar e, posteriormente, chegar a um veredito; e a segunda origem, agora religiosa, de ordem eclesiástica, constantemente presente durante a Idade Média antes mesmo do período carolíngio. Essa espécie de inquérito, repise-se, se espelhava em prática interna da igreja de visita eclesiástica às paróquias, dioceses e comunidades, com o intuito de averiguar não apenas bens e riquezas, como também os corações, os atos, as intenções, etc. O procurador do rei passa a fazer o mesmo: estabelece por inquérito se houve crime, qual foi ele e quem o cometera³⁴⁸. Até mesmo a tortura era método amplamente utilizada como método no sistema inquisitivo, o que não encontra respaldo no ordenamento jurídico atualmente³⁴⁹.

Por fim, há o sistema de exame, nascido em fins do século XVIII e início do século XIX, próprio das chamadas sociedades disciplinares, em que não se busca mais reconstituir um acontecimento, como ocorria no inquérito, mas de vigiar alguém total e ininterruptamente – arbítrio e controle. Uma vigilância permanente sobre os indivíduos por parte de quem exerce sobre eles um poder: “mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e

³⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 65-6.

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 67-8.

³⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 68-71.

³⁴⁹ SILVA, Beclauze Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022, p. 187.

que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber".³⁵⁰

Interessante notar que, não coincidentemente, é justamente nessa época de vigilância, observação e controle do comportamento humano que vemos nascer a psiquiatria, a psicologia, a criminologia, dentre tantos outros³⁵¹. Vistas as considerações feitas acerca das diferentes verdades existentes, passa-se a analisar sua correlação com o direito, mormente no que diz respeito ao direito probatório.

4.6. Verdade e direito – as possíveis implicações da busca pela verdade no processo.

O Código de Processo Civil menciona os vocábulos "verdade", "verdadeiro" e "veracidade" vinte e quatro vezes, duas a menos que o Código anterior, de 1973³⁵². Algumas das passagens mais importantes estão contidas no art. 77, I, que dispõe ser dever das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade; no inc. II do art. 80, que impõe multa ao litigante de má-fé que altera a verdade dos fatos; e no art. 378, que preconiza que ninguém se exime de colaborar com o Judiciário para o descobrimento da verdade.

É inegável a influência que as verdades da filosofia exerceram, e ainda exercem, sobre o direito:

Prova e verdade são problemas filosóficos entrelaçados, que exigem uma radicalidade reflexiva. [...] Quem só faz dogmática normativo-probatória e mantém formulada a questão filosófica da verdade, pouco entende de prova. Só se regozija num exame preliminar, na antecipação inconclusa de uma compreensão ordinária, numa ideia prévia. Afinal de contas, a verdade é o móvel fundamental da problemática probatória, solicitando sempre um pensamento mais meditativo que analítico. Toda e qualquer consideração jurídico-probatória deve estruturar-se na em função da possibilidade, impossibilidade ou quase-possibilidade da verdade.³⁵³

Rafael Alves de Luna vê na busca da verdade um elemento ideológico-argumentativo dentro do processo, que mais serve como instrumento retórico do que como algo objetivamente construído³⁵⁴. Adolfo Alvarado Velloso acredita que o tema da verdade deve ser tratado mais

³⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 88.

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 121-2.

³⁵² ICOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, p. 25-54, 2016, p. 28.

³⁵³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 27.

³⁵⁴ LUNA, Rafael Alves de. A questão da busca da verdade no processo civil brasileiro: entre ideologias e argumentação. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thot, 2019.

no campo da filosofia que no do direito³⁵⁵, enquanto Juan Montero Aroca crê que a verdade no processo está confinada a uma discussão política³⁵⁶ – apesar de ambos reconhecerem sua influência hodierna nas discussões jurídicas que dizem respeito ao papel dos juízes e dos advogados no processo.

Não obstante, essa preocupação com a verdade produz diferentes discursos jurídicos na doutrina. A doutrina moderna busca ampliar os poderes instrutórios do juiz, sob a bandeira de ser o processo um instrumento público voltado à busca da verdade³⁵⁷. Surge então a ideia segundo a qual, no Estado Democrático de Direito, requer-se da atividade jurisdicional papel atuante na realização da justiça. Ensina Newton Ramos, no mesmo diapasão, que a crescente ideia de instrumentalidade, incrustada na cultura processual nacional, afastou o processo da técnica e aproximou-o das necessidades políticas e sociais de seu tempo, e “a partir daí se estabelece uma diretriz voltada à flexibilização da técnica processual em prol de um suposto direito absoluto de descoberta da verdade, tudo a partir de uma ‘parcialidade positiva’”³⁵⁸.

Não são poucos os autores que defendem não haver problemas numa participação ativa do juiz na produção da prova em busca da verdade, como Humberto Theodoro Júnior, que afirma ser a participação probatória ativa do juiz justificada pelo fato de que “justiça e verdade são ideias indissociáveis, da mesma forma que não se pode dissociar injustiça e mentira ou falsidade”.³⁵⁹

Para Michele Taruffo, por exemplo, o princípio da verdade serviria como índice do grau de democracia existente num sistema político. O poder, assim, não poderia impor verdades dogmáticas estabelecidas *a priori* sem demonstrar, com isso, uma faceta antidemocrática e autoritária: “É essa pretensa verdade, que via de regra não é verdadeira de fato, que tem uma efetiva força antidemocrática”³⁶⁰.

O autor italiano foi um dos pioneiros na crítica aos autores que não gostam de trabalhar com a ideia de verdade dentro do processo, chamando-os pejorativamente de verifóbicos ou

³⁵⁵ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Proceso y verdad. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 52.

³⁵⁶ AROCA, Juan Montero. Proceso y verdad: contribución a um debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 54.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 32.

³⁵⁸ RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no Processo Civil e sua conformação constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 30.

³⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 466.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 120.

deniers (negacionistas, em livre tradução do termo em inglês)³⁶¹. Mas se é certo, como defende Taruffo, que o valor da verdade no processo não raro é negado por razões ideológicas³⁶², é igualmente correta a conclusão contrária: o valor da verdade é também muitas vezes defendido por questões ideológicas – no que o próprio autor incorre ao defender com visível paixão a relação entre os sistemas democráticos e constitucionais a uma “função instrumental do processo”³⁶³. A relação entre ideologia e processo, mormente no que concerne ao publicismo defendido por Taruffo, se demonstrou a sobejamente no capítulo anterior deste trabalho.

Na prática, as premissas a favor de uma verdade por correspondência levam Taruffo a defender um juiz mais ativo³⁶⁴, bem como menor liberdade às partes para negociar a veracidade de seus próprios enunciados fáticos no processo³⁶⁵. O que indica que o tema da verdade deve ser discutido, ainda que seja para combater os que transformam a verdade por correspondência numa espécie de fim último do processo.

No mesmo diapasão, com espeque na introdução legislativa da distribuição dinâmica do ônus da prova e na crítica tradicionalmente endereçada ao conceito desse último, o tema do ônus da prova vem sendo revisitado no Brasil e no mundo, ora repisando críticas do final século XIX, ora formulando novos argumentos. A doutrina tem como alguns de seus principais representantes Michele Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán, Leandro Giannini, dentre outros.³⁶⁶ Mais uma investida dos correspondentes contra as garantias processuais: agora querendo enxergar na verdade um dever dentro do processo.

A isso, Mitidiero responde magistralmente:

Não há dúvida, portanto, de que a completude do material probatório constitui a situação processual ideal para a prolação de uma decisão justa (*‘evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice’*). Contudo, também não há dúvida de que essa completude encontra diferentes obstáculos para se concretizar, todos oriundos da necessidade de se protegerem da mesma forma outros bens considerados igualmente importantes no tráfego jurídico.³⁶⁷

³⁶¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 121.

³⁶² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 131.

³⁶³ Como faz o autor: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 138.

³⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 144-5.

³⁶⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 146 e ss.; também em: TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? In: **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 1, p. 129-151, jul. 2008.

³⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. In: **Revista de Processo**. vol. 306, p. 17-47, ago. 2020, p. 17.

³⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. In: **Revista de Processo**. vol. 306, p. 17-47, ago. 2020, p. 22.

Para Luciano Souto Dias, a prova permite “a demonstração dos fatos controvertidos no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos, da forma como efetivamente ocorreram”. Segundo o autor, as disposições normativas do CPC estariam voltadas à busca da verdade e à realização da justiça, por isso estaria numa crescente a doutrina que defende uma maior concessão de poderes instrutórios ao magistrado.³⁶⁸

Bedaque não pensa de forma distinta, defendendo uma postura ativa do juiz na produção das provas – e em busca da verdade, já que o processo, segundo ele, é instrumento de justiça³⁶⁹. Alexandre Freitas Câmara também usa a verdade como fundamento para a defesa de um juiz ativista³⁷⁰, na mesma esteira de Barbosa Moreira³⁷¹, por quem Câmara nutre notórios respeito e carinho – e de quem sofre profunda influência.

Dinamarco, por seu turno, considera a verdade uma busca importante em prol da fidelidade ao direito a ser declarado e atuado, o que o leva a defender uma postura mais ativa do juiz na instrução processual – a verdade não é fim, é meio, mas possui acentuada importância para os escopos da jurisdição. A despeito disso, considera o que denomina escopo social de pacificação como mais importante que o escopo de atuação do direito, o que faz com que enxergue como legítimos institutos como a autocomposição, a revelia, dentre outros que obrigam o juiz a reprimir “curiosidades mal satisfeitas”³⁷², e, em trecho posterior, defende que

³⁶⁸ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil: em busca da verdade.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 27 e 42.

³⁶⁹ "Mas é imprescindível que o sujeito imparcial, mas responsável pelo instrumento, diligencie a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível. Quanto maior a sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele 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, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19. Grifou-se)

³⁷⁰ "Ademais, sempre fiz questão de dizer que a jurisdição não é uma função estatal de composição de lides. Agora, por coerência, tenho de dizer que o processo tem por fim produzir decisões verdadeiras, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo." (CÂMARA, Alexandre. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo.** São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007, p. 44)

³⁷¹ Para o autor carioca, não há mal algum em que um juiz possua poderes para buscar a verdade e tentar tornar o processo mais justo, fazendo “jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa”. Cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Temas de Direito Processual – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

³⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 210-211.

não raro o legislador transige na busca da verdade, com razão, em seu entender, para evitar formalismos desnecessários³⁷³.

Como último exemplo, cite-se um dos mais notórios correspondentistas hodiernos no processo civil brasileiro, Vítor de Paula Ramos. Para o autor, o juiz é "o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos, devendo determinar as provas, inclusive de ofício"³⁷⁴. Há até mesmo aqueles que chegam a afirmar que sem a descoberta da verdade não se há falar em julgamento do mérito: "sem prova não se encontra a verdade e sem a verdade não se pode decidir sobre o mérito"³⁷⁵.

Nessa linha de busca pela verdade, Michele Taruffo e Eduardo José da Fonseca Costa chegam a premissas parecidas, mas a conclusões diametralmente opostas. O primeiro, tendo a verdade como um dos fins do processo, vê no juiz com amplos poderes instrutórios uma importante peça da Democracia e do Estado de Direito; o segundo, enxergando a verdade como um dos princípios axiais do direito probatório, mas não "o" supraprincípio, vê nele um valor que colide com outros, tão importantes quanto a verdade, motivo pelo qual essa deve ser temperada por eles e não "arrancada a qualquer custo"³⁷⁶. Dá como exemplos de seu argumento, no ordenamento jurídico, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor no caso de revelia; presunção de veracidade de fatos que o requerente pretendia provar, em caso de não exibição injustificada de documentos; inadmissão de provas obtidas por meio ilícito, dentre tantos outros³⁷⁷.

Inclusive para parcela da doutrina que crê numa verdade, ainda que contextual e relativa (ou seja, juridicamente condicionada), a ser buscada no processo, isso não dá ao art.

³⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 219.

³⁷⁴ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) **Grandes temas do novo CPC**, v.5, Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 121

³⁷⁵ SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 131.

³⁷⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**, v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 31.

³⁷⁷ Na íntegra: "Ademais, o princípio da verdade não raro colide com outros tão caros quanto ela, impedindo que seja ela – a verdade – arrancada a qualquer custo. Se assim não fosse, não se poderia explicar, e.g.: a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em caso de revelia; a presunção de veracidade dos fatos que, por meio de coisa ou documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar; a inadmissão de prova que, embora elucidativa, se obteve por meio ilícito; o trânsito em julgado de sentença irrecusável fundada em perícia ou testemunho falso; o recurso do prazo decadencial bienal para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso; a impossibilidade de analisar-se mérito de cobrança caso não se apresentem embargos monitórios; a presunção de confissão dos fatos alegados contra a parte que, intimada pessoalmente, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor; a sentença de improcedência por falta de provas; a proibição de uso, pelo juiz, de sua ciência privada dos fatos, ainda que não despontem no processo; a impossibilidade de testemunho de fato sob sigilo profissional; a insubmissão da testemunha a polígrafos ou detectores de mentira" (*idem, ibidem*, p. 31).

370 do CPC uma interpretação ampliativa, engrandecendo de modo desmedido os poderes instrutórios do juiz. Para Didier, Sarno e Braga, por exemplo, que veem nessa verdade relativa uma bússola a guiar a atividade instrutória³⁷⁸, o aludido dispositivo deve ser interpretado de maneira a conferir ao juiz mero poder instrutório complementar, destinando-se a atividade probatória principalmente às partes, já que "o juiz não é o protagonista do processo; ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar – é disso que trata a valorização da autonomia privada no processo"³⁷⁹.

Perpassando os modelos fundamentais a respeito do conceito e da função da prova no processo, Reichelt, em assumida homenagem a Alessandro Giuliani, aponta para a existência de um modelo chamado *experimentum*. Uma concepção de prova como *experimentum* tem como principal marca a equiparação entre prova jurídica e a prova lógico-científica. Baseia-se na existência de dois pontos comuns entre os conceitos elencados: a verdade chamada material como objetivo último a ser perseguido pela investigação e a equiparação entre as atividades do juiz e as do historiador. Procura-se, assim, o esgotamento do campo da investigação, o que não raro justificou a concentração de poderes instrutórios nas mãos do magistrado³⁸⁰. É, ao que parece, o ponto a que querem chegar alguns correspondentistas.

Dentre as possíveis críticas a serem endereçadas a esse modelo, salta aos olhos a de que a equiparação entre a atividade do juiz e a do historiador não se justifica. O juiz está atrelado a versões conflituais da realidade, cada uma associada a interesses pessoais das partes, de maneira que a obtenção da verdade é, simultaneamente, sinal de êxito da controvérsia. Também porque, ao contrário do historiador, que pesquisa o que quiser, o juiz está limitado pela narrativa das partes. Fora isso, o juiz tem sua investigação limitada por parâmetros éticos e jurídicos³⁸¹. A verdade do juiz é, portanto, juridicamente condicionada³⁸².

Não é nova a lição segundo a qual o juiz nunca é tão livre quanto o cientista, isso já o afirmava Pontes de Miranda³⁸³. Também é uma lição de Ferrer Beltrán, para quem o direito e o

³⁷⁸ DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 63.

³⁷⁹ DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 112.

³⁸⁰ REICHELT, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 39-40.

³⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 41.

³⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

³⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 260.

processo impõem à noção de prova especificidades únicas, limites que a diferenciam dos outros âmbitos da experiência, como as ciências³⁸⁴. E isso é dizer muita coisa, uma vez que nem mesmo os cientistas são completamente livres na busca da verdade, possuem limitações éticas, morais, econômicas, técnicas, dentre tantas outras³⁸⁵.

Por fim, gize-se que a busca pela verdade e pela justiça, apesar de fincar marcas mais profundas no campo teórico-probatório relativo aos poderes instrutórios do juiz, a ele não se limita. Há parcela da doutrina a defender uma facilitação da relativização da coisa julgada em prol dos prefalados valores³⁸⁶, bem como aquela que defende haver o Código de Processo Civil adotado a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a fim de evitar-se a "eternização da injustiça"³⁸⁷.

4.7. É, finalmente, possível trabalhar com a verdade no direito? – Uma crítica à busca da verdade.

Os adeptos do solidarismo³⁸⁸ crescem rapidamente nos últimos tempos porque as bandeiras desse movimento são deveras atraentes. É dizer: quem não aspira à justiça? Quem não pretende atingir a verdade? O que esses noveis adeptos não compreendem quanto ao garantismo é que ele não patrocina um abandono dessas ideias, tampouco seu escárnio, mas tão somente se recusa a colocá-las acima da Constituição. O juiz, nesse sentido, deve estar comprometido a declarar sua convicção acerca das relações jurídicas postas em juízo enquanto outorga às partes o escorreito direito de defesa, de um juiz funcionalmente imparcial e que respeite a igualdade entre os sujeitos do contraditório.³⁸⁹

Em síntese, reconhece-se que à busca da verdade se inclina um grupo doutrinário “solidarista”, ou partidário de um decisionismo processual, defensor de um juiz mais ativo no campo probatório, comprometido com a busca da verdade e da justiça. A esse grupo, contrapõem-se os garantistas, que não se preocupam com qualquer pessoa ou coisa que não a

³⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 57.

³⁸⁵ LAGIER, Daniel González. *Quaestio facti*: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 111.

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 1, 2003.

³⁸⁷ SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, p. 123-144, 2016, p. 133

³⁸⁸ Denominação que o processualista Argentino Alvarado Velloso dá ao instrumentalismo.

³⁸⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso y verdad*. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 54-55.

própria Constituição e o respeito às garantias constitucionais.³⁹⁰ A esse respeito debruçar-se-á o próximo capítulo desta pesquisa.

Juan Montero Aroca estipula os pontos de partida por meio dos quais crê que a discussão deve se dar: para o autor, todos que refletem sobre a relação entre verdade e processo devem aceitar que, por meio da prova, deve-se almejar a verificação dos fatos alegados pelas partes da forma mais próxima possível da realidade. O reconhecimento de limites à atuação humana e de princípios de garantia não podem se traduzir numa indiferença ou num rechaço à intenção de uma sentença baseada em fatos efetivamente ocorridos. Não obstante, é necessário desvincilar-se da ideia de que sem verdade não há justiça.³⁹¹

A discussão, por conseguinte, não gira apenas em torno de reconhecer algo tão basilar e elementar quanto o cariz relativo da verdade processual – acerca disso já há certo consenso doutrinário. Gira em torno de algo mais profundo: entender que a configuração da verdade no processo depende de sua conformação a uma série de regras e princípios que são pelo menos tão importantes quanto ela própria, tais como o contraditório, a imparcialidade, a igualdade entre as partes, dentre outros tantos. O papel da verdade no processo não pode cair no “*vacio del abstracto*”.³⁹²

Nesse sentido, Sperandio explica que, não raro, ambas as partes chegam ao processo convencidas da razão de sua causa e, portanto, de suas verdades. E o juiz não está legitimado a tornar-se um investigador dos fatos trazidos por elas. Ao contrário, deve respeitar o procedimento e os limites probatórios impostos pelas próprias partes, uma vez que são garantias a favor delas. O processo não procura pela "verdade verdadeira" a todo custo, mas aquela possível dentro das garantias fundamentais das partes.³⁹³

É fato que a ideia de uma verdade formal por muitos anos legitimou um alheamento judicial em relação aos fatos. A acepção de verdade como meramente formal tende à criação de uma "nova categoria" de verdade, menos exigente que a verdade material³⁹⁴. É justamente isso que torna tal distinção equivocada. Assim, não se há falar em verdade material, pois

³⁹⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Processo y verdad. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade:** estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 52.

³⁹¹ AROCA, Juan Montero. Proceso y verdad: contribución a um debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade:** estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 495.

³⁹² AROCA, Juan Montero. Proceso y verdad: contribución a um debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade:** estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 496-497.

³⁹³ SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz:** a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 100-101.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 33.

inalcançável; nem em verdade formal, pois que nasce para justificar falta de empenho na busca da verdade possível – tampouco cometer o crasso erro de atrelar a primeira ao processo penal e a segunda, ao processo civil³⁹⁵. Como se disse, a verdade histórica, material, ou por correspondência serve como um ideal de coisas, um parâmetro a justificar a democracia e a jurisdição, mas o processo, como qualquer outra ciência, deve se contentar com os critérios existentes dentro de seu próprio sistema para buscar a verdade e aceitá-la como atingível. A isso, alguns autores dão o nome de verdade alcançável³⁹⁶, outros de provável³⁹⁷, outros de factível³⁹⁸, outros de juridicamente condicionada³⁹⁹, etc.

Partindo do pressuposto da existência de um mundo externo, materialmente empírico e objetivamente verificável – com o que, de resto, se concorda aqui –, Taruffo critica a embriaguez pós-moderna e o ceticismo do “*deconstructive vortex*” dos últimos decênios, para os quais a verdade é relativa e não verificável fora do sujeito cognoscente.⁴⁰⁰

Admitindo certa moderação em sua conceituação, Taruffo explica que a verdade objetivamente verificável não é aquela inalcançável – a chamada verdade absoluta –, mero ideal regulador que orienta o conhecimento. Com isso, o autor rechaça em sua doutrina traços do que chama de ingenuidade, afirmando que a ideia da busca por verdades absolutas é ínsita a metafísicos e religiosos fundamentalistas; sua preocupação é com as verdades possivelmente descobríveis por meios adequados e confiáveis no frágil e incerto mundo das coisas humanas.⁴⁰¹

Nessa toada, é importante salientar ser cada vez mais incomum que os autores publicistas afirmem, nos dias atuais, ser apenas a verdade histórica a legitimar uma decisão; isso porque sabem que não há meios para constatá-la cabalmente. Como foi dito, Taruffo faz concessões nesse sentido, ao aceitar que um enunciado referente ao fato pode ser tido como

³⁹⁵ Crítica feita por inúmeros doutrinadores atuais às doutrinas dominantes do século passado que trilhavam essa distinção. Ferrer Beltrán explica que a doutrina alemã do final do século XIX postulou a distinção entre dois tipos de verdade: a chamada material (real, objetiva) e a processual (formal, judicial, forense). A versão para fora do processo, a verdade por correspondência com o mundo, seria a *tout court*, pura e simples; a verdade processual, portanto, passou a ser aquela que se obtém no processo, como resultado da atividade probatória – que pode ou não coincidir com a verdade material –, e passou a ser única verdade jurídica, uma vez transitada em julgado. Com isso, o processo penal ganhou fama de buscar a verdade real; o civil, de buscar a verdade formal. Cf.: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 61-2.

³⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 649.

³⁹⁷ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 74.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 58.

³⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

⁴⁰⁰ Aqui Taruffo critica o que chama de “construtivismo radical” (TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? In: **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 1, p. 129-151, jul. 2008., p. 133-4).

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 133-4.

verdadeiro se houver razões suficientes de justificação para tanto⁴⁰², o que Beclaute Oliveira Silva acertadamente aponta como reconhecimento, por parte do autor italiano, de uma verdade por consenso nos moldes de Habermas⁴⁰³.

A mesma crítica de Beclaute pode ser feita a outros correspondentistas, tais como Ferrer Beltrán, para quem há “a possibilidade de que um enunciado reste provado e que, contemporaneamente, seja falso; empiricamente, essa combinação se dá não raro”⁴⁰⁴. Para ele, a relação conceitual entre prova e verdade não é ideal, principalmente por não ser uma exigência dos ordenamentos jurídicos positivos, também pelas limitações processuais à busca da verdade, que seriam incompatíveis com a confusão entre a noção de prova e seu resultado, bem como a impossibilidade de se falar em standards probatórios se se considerar provado apenas o que corresponde exatamente à verdade⁴⁰⁵.

O que todos eles aceitam, ainda que inconscientemente, são métodos de controle intersubjetivo de discurso, por meio de diferentes regras, para que se possa afirmar com maior ou menor solidez que a verdade foi alcançada. E isso não é diferente do que defendem aqueles que trabalham com critérios de verdade como conformação a uma regra.

Repise-se, em se podendo afirmar que a definição de verdade é uma só, como soem fazer os correspondentistas, mas aceitando que qualquer ciência lida com critérios para definir o que é verdadeiro, seria possível assim afirmar ser justo o processo que cumpriu os requisitos estabelecidos em certo sistema para o alcance dessa mesma verdade, sem maiores e estéreis discussões sobre a (não raro impossível) adequação entre o intelecto e a coisa-em-si.

É exatamente nesse trilho que o apego à verificação empírica como valor estruturante do processo, com o consequente aumento dos poderes instrutórios do juiz, não se justifica; justamente pela indisponibilidade histórica dos sentidos:

A resposta correta já vem implicada numa adequação procedural, à medida que o devido processo também é um direito. Muitas de suas supostas ‘limitações epistêmicas’ (ônus da prova, presunções, prazos e etc.) são, com efeito, sua condição de possibilidade, na medida em que ‘existencializam’ o procedimento judicial. Nessa contingência não deixa de haver verdade, sem necessário apelo a uma dimensão ideal (a pesquisa científica) que flerta com a tecnocracia no direito.⁴⁰⁶

⁴⁰² TARUFFO, Michele. *¿Verdad negociada?* In: **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 1, p. 129-151, jul. 2008, p. 132.

⁴⁰³ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios processuais**. Org.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 568.

⁴⁰⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoración racional da prova**. Tradução Vitor de Paula Ramos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 22.

⁴⁰⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 68-9.

⁴⁰⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 68-9.

⁴⁰⁶ STRECK, Luiz Lênio. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In: **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016, p. 133.

Aliás, precisa ser destruído o mito do juiz onisciente, investigador, "como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça", já que ele não é, mais do que qualquer outro, capaz de reconstruir fatos do passado⁴⁰⁷. O publicismo criou a inexplicável figura de um super juiz, comprometido com a verdade e, consequentemente, com o valor que acredita ser o justo – como já desmistificado no capítulo passado: o juiz-antena –, que, a bem ver, nasce de uma mescla entre o justiceiro Robin Hood, o detetive Sherlock Holmes e o bom juiz Magnaud⁴⁰⁸.

Não raro, mesmo em autores comprometidos com a verdade e a justiça, essa relação simbiônica entre verdade e processo é absolutamente rechaçada:

Pensar-se que é essencial ao processo a apuração da verdade, como é essencial à ciência, revela que não se leva em conta terem existido períodos em que não se tinha tal escopo, e ainda hoje o juiz tem por fatos verdadeiros circunstâncias ou situações que não no são. Tampouco é essencial ao processo realizar o direito objetivo, porque o elemento pacificador superou a esse, em muitas épocas. Confunde-se, ali e aqui, com o ponto a que tende a evolução dos institutos a essência deles. Tempos houve em que o processo, em vez de realizar, criava o direito. Ainda hoje ele cria. [...] O que lhe é essencial é aplicar o direito. Não há só aplicação do direito preeexistente. Aplica-se, também, o direito que se revela no momento, coincidindo então a incidência e a aplicação judicial, como coincidem incidência e aplicação espontânea quando a lei manda que no dia tal se pratique o ato tal e as pessoas, sujeitas a ela, obedecem.⁴⁰⁹

Para Pontes de Miranda, portanto, o fato de a verdade ser importante – já que justiça demanda exatidão quanto às decisões a respeito das regras jurídicas, regras de experiência e sobre fatos⁴¹⁰ –, não faz dela (a verdade) essencial ao processo. É possível que esse se realize sem aquela. Uma das razões, como de sobejó se tentou demonstrar até aqui, é que “a relatividade do conhecimento é princípio assaz geral, porque resulta de nós mesmos, da impossibilidade de se perceber a coisa, em sua inteireza e em sua íntima essência”⁴¹¹.

A respeito disso, interessa notar que em linhas anteriores demonstrou-se que o autor alagoano não nega uma verdade objetiva, afirmando que, se não acreditasse nela, não veria sentido numa vida intelectual; logo, o que ele propõe na citação colocada não é negar a realidade

Esclareça-se que, ao falar em “resposta correta”, Streck se ampara em sua Crítica Hermenêutica do Direito, com cariz eminentemente dworkiano, mas o termo pode ser trocado sem prejuízo, mantendo-se a premissa formulada, por “decisão justa” ou “exata”.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 38.

⁴⁰⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Proceso y verdad. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 58.

⁴⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. XXVIII.

⁴¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 254. Em diversos outros trechos o autor relacionará verdade e justiça, e não nega que elas devem ser buscadas no processo.

⁴¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p.109.

em si, mas tão somente defender a relatividade de seu conhecimento – o que de resto renitentemente se defendeu no presente trabalho, nas sendas de São Tomás de Aquino, Bertrand Russell, Aristóteles, etc.

Assim, pode-se afirmar sem maiores rodeios que a busca da verdade em seu estado de pureza, ou bruto, encontra ao menos dois grandes óbices: as limitações objetivas dos elementos aportados pelas partes no processo; e as limitações subjetivas de sua apreensão por seus destinatários – nomeadamente o juiz. Isso leva Eduardo José da Fonseca Costa a afirmar que a existência do direito probatório é signo supremo do reconhecimento, por parte do sistema, da finitude do juiz, de suas limitações psíquico-cognitivas – o julgador não é onisciente nem onipresente.⁴¹²

O tempo determina uma privação da qual o direito probatório é eterno prisioneiro. A prova trabalha, portanto, com o escrutínio do fato passado, que raramente é autoevidente, já que corroído pela aludida privação do tempo. A escassez fragmentária causada pela perda no e pelo tempo, é ainda agravada pela comum deturpação dos fragmentos restantes, que podem ser, a título de exemplo, esquecido, recoberto, dissimulado, etc. Fato e prova, portanto, copertencem-se numa relação paradoxal: a prova aponta para os vestígios que ficaram para trás na descoberta do fato, mas é, ainda assim, a única maneira de penetrar a gênese dos acontecimentos. O fato, portanto, está sempre se retraindo na prova, a qual, por seu turno, tenta retirar-lhe da obscuridade.⁴¹³

Se atrelar verdade a justiça já se revela uma generalização duvidosa, mais gravoso ainda é relacionar, em nome da justiça, uma atividade probatória oficiosa e ativista a uma fonte garantidora da verdade. Para além de infração à imparcialidade do juiz, da qual se falará posteriormente, a correlação é em si mesma falha. Tome-se como exemplo o caso hipotético em que o juiz determina, de ofício, a produção de prova de fato constitutivo do autor, e que o réu – por perecimento, extravio ou destruição – não possa produzir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de seu adversário. O autor, que estaria destinado a uma justa improcedência, fora agora agraciado com uma injusta procedência.⁴¹⁴

⁴¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 28.

⁴¹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 28-9.

⁴¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 30.

Em outras palavras, tanto as limitações jurídicas, chamadas de contra-epistemológicas⁴¹⁵, quanto as restrições naturais, também explicitadas aqui, dentro da própria filosofia, de uma limitação respeitante ao objeto e ao sujeito cognoscente, fazem com que não seja possível defender a verdade como algo além de um ideal de coisas, dentro de um sistema pré-estabelecido, é dizer, um procedimento hígido com garantia de pleno contraditório – e um juiz imparcial.

A questão da verdade é conturbada, ao que parece, por ser metodologicamente confusa. Se a proposta for estabelecer relação teleológica, em certa medida filosófica, sociológica ou político-legislativa, entre jurisdição e a busca pela verdade, a discussão pode ganhar contornos interessantes, mas não em âmbito dogmático⁴¹⁶. Isso se extrai dos argumentos anteriormente expostos, tais como a legitimidade democrática do Judiciário depender de certo controle de seu arbítrio; o direito como regulador de condutas sociais, cuja efetividade social dependerá da sua escorreita aplicação⁴¹⁷; e a existência de regras que punem a mentira (como inverdade consciente) e que admitem a ação rescisória com base em obtenção de prova nova ou em erro de fato.

Ocorre que disso se pode extrair que a verdade é um ideal de coisas no processo, mas não é o único, tampouco o mais importante⁴¹⁸. O direito deve ser compreendido em sua inteireza, e é certo que os autores publicistas que pinçam a verdade e a justiça como os grandes pilares jurídicos estão tratando esses bens como se num *buffet* estivessem, pinçando aqueles que os interessam e ignorando aqueles que não corroboram suas visões.

Como se argumentou à exaustão, a verdade do processo, relativa e juridicamente condicionada, está submetida a diversas limitações, ora de ordem natural, como as limitações exercidas sobre o evento pelo tempo – do qual só sobram representações na forma de signos e

⁴¹⁵ O ordenamento jurídico não raro dificulta a chamada "apuração da verdade", por meio de regras com caráter, portanto, claramente "contra-epistemológico", tais como a coisa julgada, a preclusão, a proibição das provas ilícitas, etc. Por todos: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito:** bases argumentativas da prova. Trad. Ravi Peixoto. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 200 e ss.

⁴¹⁶ Como dito em linhas anteriores, estar-se-ia diante de uma discussão política, sociológica ou filosófica – zetética, portanto.

⁴¹⁷ Vítor de Paula Ramos utiliza esse argumento como uma de suas premissas a favor de uma maior preocupação no processo na busca pela verdade. É dizer: se o direito tem como um de seus objetivos a regulação de comportamentos, é necessário que o Estado se preocupe em aplicar as normas aos fatos que efetivamente ocorreram; caso contrário, o direito não mais terá força de regulação de condutas: RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil:** do ônus ao dever de provar. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 34.

⁴¹⁸ Cf.: "Isso não significa, todavia, uma rejeição ou renúncia completa à conquista da *veritas transcendentalis*: ela é a matriz inspiradora do direito probatório; não teria ele seriedade se não mantivesse virtualmente aberto o seu horizonte para a transcedência, o ilimitado, o infinito. Não por outra razão punem-se, v.g., o falso testemunho e a falsa perícia (CP, art. 342). Ora, a verdade é um 'estado ideal de coisas'. É desejável que a aparência coincida com a verdade. Por conseguinte, a verdade é um dos princípios axiais do direito probatório" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia.** v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 31)

vestígios – e as limitações referentes à relatividade do próprio conhecimento; ora de ordem jurídica, eleitas pela ordem constitucional como garantias do devido processo legal, como a coisa julgada, a proteção à intimidade, à imparcialidade – incluída aqui a impartialidade –, à igualdade, o respeito ao ônus da prova e ao autorregramento da vontade, dentre outros. Todas essas garantias contra-epistemológicas, a despeito de não pulverizarem a ideia de verdade no processo, decerto inviabilizam a noção dela como seu fim último, necessário, ou sua suposta natureza de “estrela polar”⁴¹⁹ a guiar a interpretação das normas.

Não há absolutamente nada no ordenamento jurídico que indique ser a verdade um valor superior a todos os outros que claramente possuem o condão de limitá-la, e que transcendem a mera ideia de valor ou ideal de coisas, uma vez que efetivamente institucionalizados pela positivação. Uma interpretação nesse sentido seria ilógica. A bem ver, é justamente o contrário: se a Constituição impõe uma série de regras que regulam e limitam a atuação do Estado na busca da verdade, está escolhendo o devido processo legal e o consequente condicionamento da busca da verdade como bens mais importantes que ela própria – que, no entanto, não deixa de ser relevante, por todo o exposto. Repise-se mais uma vez, agora conforme afirmam Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto, que a verdade não é um bem superior buscado no processo:

[...] a verdade aparece como uma entre as possíveis e eventuais finalidades do processo. Encontra-se ao lado da segurança jurídica, da celeridade, da diminuição do custo do processo, do respeito à soberania de Estados estrangeiros, do respeito à intimidade à propriedade e muitos outros direitos fundamentais. A verdade só deve ser buscada no processo judicial nos casos e nas hipóteses que a legislação estabelecer. Insistir em apresentar a busca da verdade como finalidade central e quase universal do processo para, em seguida, afirmar que o resultado do processo é justo porque é verdadeiro, constitui uma tentativa ideológica de legitimar a atividade dos julgadores, absolutizando um objetivo parcial e limitado da atividade processual.⁴²⁰

Se se quer, em vez disso, condicionar a validade do processo judicial ao seu êxito na busca de uma suposta verdade por correspondência, quanto a esse ponto, ao contrário do que se disse a respeito do anterior, não parece haver possibilidade de concordância. Repise-se, como argumentado em linhas atrás, defender que a verdade objetiva existe no mundo real independentemente do sujeito – e disso sequer se discorda aqui – não implica dizer que seja possível apreendê-la (ou ao menos afirmar-se com certeza que se a apreendeu, ainda que se o tenha efetivamente feito).

⁴¹⁹ Acreditando na verdade como ideal regulador, estrela polar do processo: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

⁴²⁰ LUNARDI, Soraya Gasparetto e DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Freddie Didier (Coord.). **Teoria do processo** – panorama doutrinário mundial. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 828-9.

Por esse motivo, Fabiana Del Padre Tomé adota como verdade não aquela existente entre palavra e coisa, mas entre as próprias palavras – é dizer: entre linguagens. Nesse diapasão, verdade é algo criado, construído dentro de certo sistema, e não meramente descoberto. A verdade é criada dentro de um sistema posto⁴²¹.

Para isso as regras de competência existem. Elas designam o juízo em quem se deposita a confiança de apreensão da verdade possível, dentro de um sistema dialogal e assecuratório de garantias. E o ordenamento faz mais: garante a existência de um duplo grau para corrigir eventuais erros, inclusive na apreciação dos fatos, porventura cometidos pelo primeiro juiz. Para que o processo não dure eternamente nem seja estéril, há um limite temporal – e às vezes circunstancial – no qual essa revisão pode realizar-se, daí para que existem as regras de preclusão, coisa julgada, dentre outras. E com determinações desse jaez, fornece os limites “dentro dos quais a verdade será produzida, prescrevendo sejam tomadas como verídicas as situações verificadas no átimo e forma legais, independentemente de sua relação com o mundo das coisas”⁴²².

São essas garantias que ilustram o que dantes se disse sobre a verdade ser um valor relevante para o direito, mas não o único e nem o mais importante. O sistema a leva em conta, mas não raro a relativiza em detrimento de outros bens, aqueles que se mostrem mais necessários em certas circunstâncias.

Se, no entanto, a sugestão for de que se abra a oportunidade de eterna revisão da decisão por parte do próprio juízo em que se deu a coisa julgada, ou uma relativização facilitada⁴²³, ou seja, sendo a proposta da doutrina da verdade por correspondência a de uma latente e eterna hipótese de repositura da ação, sempre que novos fatos (ou eventos) surjam, daí exsurgiria um sem número de problemas, sendo o mais flagrante deles a eterna espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça de todo e qualquer vencedor de uma disputa judicial, que jamais teria sossego sem a certeza da perenidade de sua vitória. Nessa sugestão hipotética, a verdade se chocaria com inúmeros outros bens jurídicos – contra os quais dificilmente haveria de prevalecer. Em síntese: “o processo precisa acabar”⁴²⁴.

⁴²¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

⁴²² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, posição 516-523.

⁴²³ Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 1, 2003.

⁴²⁴ DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 61.

A ideia de que as garantias contra o arbítrio do Estado se sobrepõem a qualquer outro valor está cabalmente ilustrada no fato de que a relativização da coisa julgada a qualquer tempo só é possível em duas situações: quando da ausência de citação, a permitir a chamada *querela nullitatis insanabilis*, por ululante infração à garantia do contraditório – aqui o valor segurança dado ao contraditório se sobrepõe ao valor segurança dado à coisa julgada – e no caso específico do processo penal, respeitante à revisão criminal⁴²⁵, instituto inteiramente voltado à proteção de garantias de liberdade do condenado ante o jugo do Estado. Em ambos os casos, não é a verdade isoladamente que se está privilegiando, mas garantias ínsitas ao devido processo legal, apenas se a realidade servir de guarda ao indivíduo contra o poder público – repise-se: protege-se o indivíduo contra a opressão do Estado.

Em sentido similar, Pontes de Miranda:

Se, para argumentar, admitíssemos que a pretensão à tutela jurídica fosse pretensão à sentença favorável, o Estado, quando o juiz errou, não teria prestado o que prometera. No entanto, a prestação jurisdicional, com o trânsito em julgado, foi feita. Tanto foi que, se o caso se inclui naquelas espécies em que não cabe ação rescisória, nem revisão criminal, nada há mais a fazer-se. ¿Foi ou não foi feita a prestação jurisdicional, que o Estado prometera, e o juiz, por ele, entregara? Embora injusta a sentença, sentença prestou-se, irremediavelmente. [...] ¿Como seria possível pensar-se em ser objeto da prestação devida pelo titular da pretensão da tutela jurídica a sentença justa ou a sentença favorável? O que o Estado prometeu foi exercer a tutela jurídica. Para que promettesse a quem exercesse a pretensão à tutela jurídica prestação de sentença justa ou favorável, seria preciso que houvesse prometido a infalibilidade, ou, pelo menos, o reexame da sentença a qualquer tempo e por indeterminado número de vezes.⁴²⁶

Como de sobjeito se demonstrou, para Pontes de Miranda, justiça e verdade são valores importantes e desejáveis, mas não essenciais à ideia mesma de processo. Longe de ser um cético, o autor ainda assim sabia separar o ideal do essencial.

Há uma "penúria quíntupla" que sói recair sobre o direito probatório, que, na busca da verdade em seu estado de pureza, está condenado a lidar com os seguintes fatores: i) a finitude compreensiva do juiz; ii) o modo privativo da verdade no processo, o que faz com que a desocultação historial do passado costume se realizar através de porosos vestígios; iii) o modo de ser corruptível do jogo processual, que pode criar ou ocultar eventos passados, dolosa ou culposamente (v.g.: memória falsa, falsidade documental, etc.); iv) a opacidade dos eventos passados; v) e a oclusão temporal da descoberta, uma vez que a decisão deve ser feita em certo tempo, não se permitindo às partes "um eterno movimento probatório de descoberta".⁴²⁷

⁴²⁵ Prevista nos arts. 621 e ss. do Código de Processo Penal.

⁴²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

⁴²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito processual e a finitude do juiz. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 39-40.

É prudente então afirmar que a verdade é, sim, um ideal de coisas a ser buscado no processo, mas dentro de parâmetros predeterminados e com o devido equilíbrio sempre que tal desiderato se chocar com as garantias processuais aqui estudadas. É dizer, a verdade pode muito bem estar atrelada à convicção do juiz, mas a ideia de uma superinterpretação do sistema normativo, como se todo ele estivesse voltado à busca da verdade, não se coaduna com as já citadas limitações do sujeito cognoscente e da coisa-em-si. A verdade não se reconstrói no processo, porque o evento ficou no passado; a verdade se constrói a partir dos vestígios por ele deixados⁴²⁸.

Daí se pode concluir que a estrutura jurídico-probatória é ambivalente, pois que, ciente da finitude humana, contempla a um só tempo: a) o alcance da verdade; b) o não-alcance da verdade; e c) a aceitação da não-verdade⁴²⁹. É nisso que a processualística deve se resignar. Encontrar a verdade é o estado ideal das coisas, mas não a encontrar é também um resultado possível, e perfeitamente aceitável dentro do processo. E disso não se pode dizer que fora obtida uma decisão menos pura ou menos jurídica.

A melhor conclusão acerca de tudo que se tratou no presente tópico foi feita por Eduardo José da Fonseca Costa, para quem “a verdade pode despontar no processo e é desejável que isso aconteça; todavia, trata-se de probabilidade, não de necessidade”. Dessa forma, os garantistas não são célicos radicais, negacionistas, verifóbicos ou inimigos da verdade, como alega Taruffo, “mas decerto não estão dispostos a pagar qualquer preço por ela”.⁴³⁰

4.8. Entre o “dever de veracidade” e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Darci Guimarães Ribeiro explica que o Código de Processo Civil incorreu em imperdoável “antinomia principiológica” quando, de um lado, preconizou que as partes devem cooperar entre si (art. 6º c/c o art. 378), ao mesmo tempo que introduz o direito ao silêncio (esse conferido pelo art. 379). É dizer: primeiro o Código limitou direito fundamental, para logo em seguida reafirmá-lo.⁴³¹

⁴²⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

⁴²⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 31.

⁴³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014, p. 27.

⁴³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. O direito fundamental de não produzir prova contra si e o iura novit curia versus o princípio candor toward the court: duty to disclose adverse authority no sistema brasileiro de padrões decisórios: limites e possibilidades. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 48, n. 336, p. 21-45, fev. 2023, p. 23-24.

Para Iocohama, a prova possui relação com o que chama de princípio da veracidade – que crê ser um dos princípios éticos do processo – e, segundo ele, tem levado a legislação, a doutrina e a jurisprudência a defender que a verdade conduz os sujeitos processuais a agir inclusive contra seus próprios interesses.⁴³²

Partindo de uma visão assumidamente cooperativista e ética, rechaçando o que afirma serem os já superados egoísmo e individualismo no processo, o autor propõe algumas soluções ao que julga ser uma inescapável antinomia presente no Código de Processo Civil: a) negar a "aplicação do art. 379º" do CPC, por sua total incompatibilidade com o restante do sistema de provas e da veracidade; b) permitir à parte o direito de não produzir provas no sentido literal do termo, ou seja, negar o encargo como obrigação, já que ela não pode ser obrigada a produzir a prova, mas manter seu dever de veracidade, com a punição de presunção de veracidade dos fatos contrários a seus interesses; ou c) interpretar tal dispositivo como fornecedor de um direito ao silêncio, não permitindo que a recusa em produzir prova possa reverberar no âmbito penal. Termina afirmando que a verdade é uma luz que conduz a um julgamento de mérito mais justo.⁴³³

Em sentido similar, Marinoni e Arenhart afirmam que o previsto no art. 379º do Código de Processo Civil se relaciona apenas com as “regras de exclusão”, ou seja, refere-se à possibilidade de o ordenamento excepcionalmente garantir às partes direito a não colaborar com o Judiciário – dão como exemplos os arts. 388 e 404, também do CPC. O primeiro diz respeito aos fatos acerca dos quais as partes não são obrigadas a depor (tais como fatos criminosos, sigilosos por conta de profissão ou estado, etc.), o segundo, concerne à escusa legítima de exibição de documentos (quando a exibição puder violar a honra do sujeito que a realizar, concernente a negócios da vida da família, etc.).⁴³⁴

Os autores paranaenses sustentam serem sanções, aplicadas à violação dos supostos deveres de colaboração e veracidade, a presunção relativa da veracidade do fato, no que diz respeito aos preceitos específicos em matéria de provas – fornecendo como exemplo os arts. 385, § 1º, 386 e 400, todos do CPC, bem como os arts. 231 e 232 do Código Civil. Excepcionalmente, continuam eles, outras sanções podem ser aplicadas, como a multa por

⁴³² IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, p. 25-54, 2016, p. 25.

⁴³³ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, p. 25-54, 2016, p. 50-51.

⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 180.

litigância de má-fé, ou mesmo a previsão do parágrafo único do art. 400, segundo o qual, sendo necessário, o juiz pode se utilizar de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias para assegurar a exibição do documento pela parte.⁴³⁵

Algumas considerações precisam ser feitas aos comentários de Marinoni e Arenhart. A presunção de veracidade decorrente, seja da ausência da contestação, seja da omissão na produção de certa prova, não é consequência de um suposto dever de colaboração, mas de ônus, encargo que corresponde ao poder de uma parte, um problema dela consigo mesma, advindo de uma situação jurídica não relacional. É situação jurídica ativa, em que há um poder do sujeito para a prática do ato, “sem uma situação de sujeição correlata”⁴³⁶.

O que se considera ônus, portanto, não é algo que o titular da situação jurídica sofre, mas, pelo contrário, o que lhe é lícito fazer – um poder processual. Pedro Henrique Nogueira e Didier, na mesma linha aqui defendida, asseveram que “é precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc.”.⁴³⁷

É justamente aí que se encontra a diferença entre ônus e dever. O primeiro é situação jurídica ativa, não relacional, na qual o ordenamento dá ao sujeito liberdade de escolha: desincumbir-se ou não do encargo, sob sua conta e risco, sem que qualquer alternativa resulte em ato contrário ao direito. Não se pode dizer o mesmo do dever, que consiste em situação jurídica passiva de sujeição, cujo descumprimento consiste num ato contrário ao direito⁴³⁸ – e cujo cumprimento é, por esse motivo, juridicamente exigível⁴³⁹.

É importante salientar que o suposto dever de veracidade como fixador de uma necessidade de colaboração das partes, produzindo provas contra si mesmas, encontra ululante óbice na ideia do ônus da prova. E esse é inclusive um dos argumentos de autores contrários ao próprio encargo facultativo da prova – nos moldes tradicionalmente traçados pela doutrina –, e favoráveis a um dever de provar.

É o caso de Vítor de Paula Ramos, que, baseando-se na ideia de que a justiça só pode ser alcançada pela busca da verdade como um dos objetivos centrais do processo, corrobora,

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 180-181.

⁴³⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 126.

⁴³⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 127.

⁴³⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 128.

⁴³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 136.

inconscientemente, o entendimento aqui esposado a respeito do ônus da prova como direito da parte. O autor é severo crítico da ideia da prova como ônus das partes, uma vez que, se acaso assim considerada, não haverá que se falar em exigibilidade da prova ou da verdade, porquanto, se há ônus, não há dever de provar e, portanto, ao direito da parte de não produzir certa prova corresponde o dever do Estado de respeitar tal posição – lícita – do sujeito. Dessa forma, existindo o chamado ônus da prova como defendido pela doutrina tradicional, "ninguém, nem mesmo o Judiciário, pode forçar o sujeito a produzir prova contra seu 'interesse'"⁴⁴⁰.

O argumento do autor parece inultrapassável. É inconciliável que os mesmos autores que defendem o tradicional ônus da prova defendam, concomitantemente a isso, um dever de produzir provas contra si mesmo. À mesma conclusão chega Eduardo José da Fonseca Costa, para quem é da ideia segundo à qual o encargo probatório é um ônus, e não um dever, que se extrai a regra de proibição de produção de prova contra si mesmo: "Portanto, produzindo a prova no interesse do autor, o réu estaria exercitando um esdrúxulo *dever probatório*, não um ônus"⁴⁴¹.

Em segundo lugar, voltando à ideia de Marinoni e Arenhart de que a multa por litigância de má-fé, nomeadamente aquela decorrente da alteração da verdade dos fatos, decorre de um suposto dever de colaboração, parece que o argumento também não merece prosperar. A multa advém de uma regra posta, densificada, pautada em deveres éticos, de lealdade e boa-fé. O dever de veracidade no que concerne à litigância de má-fé tem que ver com a boa-fé subjetiva, é dizer, um dever de que parte fale o que quiser, mas sem mentir ou falsear – sem adulterar os fatos.

Pontes de Miranda esclarece que, no mundo social, o dever de verdade surge em qualquer dimensão do espaço social, ainda que sempre haja limites, fora da ciência⁴⁴², a exemplo da religião, do direito, da arte, da moral, da economia, da moda, bem como outros processos sociais de adaptação menos importantes. E continua:

Se, como aqui temos de exigir, ficamos no campo do Direito, logo percebemos que há o dever de verdade, que supõe esteja na mente do legislador, para que a lei faça o bem social, o dever de verdade de quem interpreta as leis e o dever de verdade de quem as tem de aplicar.⁴⁴³

⁴⁴⁰ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 81-2.

⁴⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no direito brasileiro. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 66.

⁴⁴² E já se esclareceu aqui, que mesmo dentro da Ciência, alguns limites existem.

⁴⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 296.

Em interessante escorço histórico, o autor alagoano retrata o esforço dos ordenamentos jurídicos, de Gaio às Ordenações Afonsinas, no combate à má-fé, à inveracidade. Aponta que a veracidade exigida é a subjetiva, ou seja, aquela que tem a parte de comunicar o conhecimento segundo sabe – ou mesmo que pensa saber⁴⁴⁴; se fosse objetiva, teria "o dever de expressar o que foi, ou que deixou de ser, ou o que é ou não é, tal como aconteceu ou acontece, mesmo sem saber"⁴⁴⁵.

Portanto, para o jurista, o dever de veracidade existe ainda que não positivado, pois, como se disse, é ínsito ao mundo social, além de estar implícito no direito moderno. É elemento da tutela jurídica, logo, pré-processual. Apesar de afirmar que, pelo dever de veracidade, cada um alega o que quiser, contanto que não falseie ou deforme os fatos, não deixa de considerar a veracidade um dever para alcançar a justiça:

O Estado prometeu a tutela jurídica e nada cumpriu o que prometeu sem o dever de verdade para todas as partes e interessados. Cada um que alegue o que quiser alegar, mas não falseie, não deforme. A relação jurídica processual é entre autor e Estado; angulariza-se, com as linhas autor-Estado, Estado-reú. Todos têm o dever de verdade, a despeito de cada parte ter o dever de dizer, veridicamente, o que conhece, e não o que desconhece.⁴⁴⁶

O dever de verdade, portanto, contém o dever de não lesar por mentira, má-fé, adulteração dos fatos⁴⁴⁷. Esse dever, como bem salienta Pontes de Miranda, não existe em relação ao ser humano solitário, ensimesmado, mas tão somente em suas relações sociais. É uma necessidade que assegura um padrão mínimo de lealdade no trato intersubjetivo. É preciso, no entanto, imenso salto interpretativo quando – por todos –, Marinoni, Arenhart e Iocohama veem no art. 379 do Código de Processo Civil mero dispositivo com reflexos penais ou de aplicação excepcional – isso quando não lhe negam aplicabilidade por completo (como explicado acima na teoria de Iocohama) –; e, o que é pior, interpretam o art. 378 como um concretizador de um dever de colaboração no processo, verdadeiro instituidor de uma dinâmica probatória em que os interesses privados não existem (ou não são relevantes juridicamente).

⁴⁴⁴ "Pode acontecer que a parte afirme que tem certeza e as circunstâncias revelem que não deixou de atender ao dever de veracidade, pois os elementos que se lhe apresentaram tinham de levá-la à convicção. Por exemplo: diz que entregou o cheque a B e quem foi buscá-lo foi de vestiu e usou a perua que B sempre usa, parecendo B, de que é irmã, desconhecida da parte." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 99).

⁴⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 296-298.

⁴⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 300.

⁴⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 301.

A bem ver, diante de tudo quanto fora aqui exposto, é o art. 379 que reafirma direito fundamental à não produção da prova contra si mesmo, conforme garante o art. 5º, LVII, da Constituição Federal – e essa interpretação é reforçada pela leitura conjunta dos aludidos dispositivos com o art. 373 do CPC, que distribui o ônus da prova. Nesse diapasão, é ao art. 378, do mesmo diploma, que deve ser dada uma interpretação conforme à Constituição, do mesmo modo que ao art. 6º, no sentido de que as partes não podem adulterar os fatos, falsificar documentos nem obstruir, agindo de forma desleal, a atividade processual. É a previsão de colaboração das partes com o juízo na busca da verdade que precisa respeitar o direito de não produção de prova contra si mesmo, não o contrário.

Também a presunção de inocência reforça essa ideia. Presunção de inocência que, por estar prevista na Constituição, é um princípio processual, e não procedural, é dizer, aplique-se a todos os procedimentos, inclusive o Civil (a despeito da redação "opaca" do art. 5º, LVII, tratar apenas da sentença penal condenatória). No mesmo sentido, interpreta a presunção de inocência como categoria extrapenal a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos.⁴⁴⁸

José Rogério Cruz e Tucci conclui da mesma forma, a despeito de não negar um dever de cooperação entre as partes, não o interpreta de forma tão abrangente e desmedida quanto os cooperativistas retromencionados. Assinala o autor que, a exemplo do que ocorre no âmbito do processo penal, igualmente na esfera do processo civil, “a parte não está obrigada a produzir prova em benefício do outro litigante, em detrimento de seu próprio direito subjetivo. Não há, a rigor, imposição legal nesta situação”⁴⁴⁹.

O autor relembra ainda importante precedente da 3ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.286.704/SP, que corrobora tudo quanto fora defendido até o presente momento. Segue excerto do voto condutor, da Ministra Nancy Andrighi:

A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, **não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários às suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura**. O dever das partes de colaborarem com a Justiça, previsto no artigo 339 do Código de Processo Civil [atual art. 378], deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por

⁴⁴⁸ Cf., por exemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, supra nota 2, párr. 28; Casi de la <>Panel Blanca>> (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 149; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, parr 70[...]. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no direito brasileiro. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 57-58).

⁴⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Desoneração de produzir prova contra si no processo civil. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-10/paradoxo-corte-desoneracao-produzir-prova-si-processo-civil2>>. Acesso em: 18 mai. de 2023.

isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso.⁴⁵⁰ (grifou-se)

Com isso em mente, à guisa de conclusão, Cruz e Tucci assevera que o direito à prova existe, e é importante para evitar o ajuizamento de demandas temerárias; no entanto, ele encontra limitações, óbices, no que diz respeito ao direito subjetivo da parte, “que tem a prerrogativa legal de não produzir prova contra si própria!”.⁴⁵¹ Nesse diapasão, é necessário compreender que a verdade é condicionada também pelas regras de ônus da prova e, por conseguinte, da presunção de inocência civil.

5. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL: UMA PROPOSTA GARANTISTA

5.1. A proposta garantista: uma (re)leitura do processo a partir da Constituição.

Visão diversa da estudada até aqui (dos instrumentalistas) é a do garantismo processual não-ferrajoliano, doutrina para a qual justiça não está atrelada à justiça social ou aos fins do Estado, tampouco à concretização do direito objetivo, mas ao respeito às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade, da impartialidade, da legalidade, da motivação das decisões, da separação dos poderes, etc. Enquanto o instrumentalismo concebe o direito processual a partir da jurisdição, fortalecendo, portanto, o poder estatal, o garantismo põe o processo no cerne da discussão, enfatizando que somente a partir desse pode a jurisdição ser exercida de forma legítima, democrática e republicana.⁴⁵²

Em breve síntese, Glauco Gumerato Ramos afirma que o instrumentalismo defende uma postura contundente do juiz para resolver problemas que, por vezes, não contam com solução legislativa adequada; em outras palavras, outorga ao magistrado uma postura proposita e criativa, valorizando assim o compromisso constitucional da jurisdição. O garantismo, por seu turno, defende uma perspectiva que valorize o processo enquanto devido processo legal,

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.286.704/SP**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, Julgamento em: 26 nov. 2013. T3 – Terceira Turma. Disponibilização DJe: 09.12.2013.

⁴⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Desoneração de produzir prova contra si no processo civil. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-10/paradoxo-corte-desoneracao-produzir-prova-si-processo-civil2>>. Acesso em: 18 mai. de 2023.

⁴⁵² RAMOS, Glauco Gumerato. Expectativas em torno do novo CPC: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun., 2015.

com enfoque na ampla defesa, no contraditório e na imparcialidade como elementos legitimadores da decisão.⁴⁵³

O termo “garantismo” foi cunhado em obra clássica, por Luigi Ferrajoli, especificamente direcionada ao direito penal. Para o autor italiano, há três acepções possíveis para a palavra em sua teoria: um modelo normativo de estrita legalidade, voltado, repise-se ao direito penal, claramente ligado à ideia de Estado de direito, em que há minimização da atuação punitiva (sistema cognoscitivo de poder mínimo) e maximização das liberdades individuais. Numa segunda acepção, serve como teoria jurídica que distingue validade e eficácia, não apenas entre si, mas também de existência e vigência – com o objetivo de ver no discurso jurídico a totalidade do direito positivo vigente, com suas antinomias sendo evidenciadas e não ocultadas em nome do arbítrio. Por fim, garantismo designa ainda uma filosofia política a exigir do direito e do Estado uma justificação externa, o que pressupõe uma doutrina laica, de separação entre direito e moral, a diferenciar aquilo que é (in)válido daquilo que é (in)justo.⁴⁵⁴

A despeito da pretensão ampliativa de Ferrajoli, em relação ao garantismo, a outros ramos do direito, o fato é que, quanto suas lições representem importantes bases para o garantismo no processo civil⁴⁵⁵, a compatibilidade entre as visões possui certos limites, uma vez que o próprio autor indica uma aproximação com garantias de direitos prestacionais por parte do Estado, diante da complexidade das relações humanas após o fim do período liberal⁴⁵⁶, não apenas com as garantias de resistência – ou negativas.⁴⁵⁷

Não por outro motivo, Eduardo José da Fonseca Costa esclarece que o garantismo por ele proposto é não-ferrajoliano, pois o sentido de garantia que defende não é aquele de tutela contra a frustração, como só ocorrer nos ramos dogmáticos do direito obrigacional e do direito das coisas, tampouco num sentido mais amplo, de tutela de direitos subjetivos de uma forma

⁴⁵³ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 313.

⁴⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995, p. 851-854.

⁴⁵⁵ Chegando Alvarado Velloso a afirmar que bebe da doutrina do garantismo ferrajoliano para concluir que as leis, com “l” minúsculo, devem respeito às garantias da Lei, com “l” maiúsculo (**Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 303).

⁴⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995, p. 931-933.

⁴⁵⁷ Originariamente, diz Mateus Costa Pereira, o garantismo fora idealizado por Luigi Ferrajoli, para quem a ideia nasceu tendo em vista o direito penal, mas que não tardou a admitir seu espalhamento para o processo penal e, eventualmente, para outros campos do direito. Seria o garantismo, então, modelo de construção ínsito ao próprio Estado de Direito, cujo fim último seria tutelar as liberdades contra as arbitrariedades do poder. Não obstante, continua Mateus Pereira, as semelhanças entre o garantismo ferrajoliano e o seu próprio ficam a cargo da preocupação comum com as garantias, mas não endossa as demais premissas do autor italiano – a exemplo da ideia de construção de um modelo ideal (**Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 295-296).

geral, em prol da efetividade, como no garantismo processual ferrajoliano (especificamente no que diz respeito ao processo civil). Dito de outro modo, não se adota aqui o sentido de processo como garantia que atende ao direito material⁴⁵⁸.

O indivíduo não é só; caso assim fosse, não necessitaria do direito. Uma vez inserido no âmbito social, de relações intersubjetivas, nasce a ideia de conflito. A razão de ser do processo é, nesse diapasão, a de erradicar a força como principal instrumento das relações sociais. Na verdade, bem vistas as coisas, o Estado pode se utilizar da força, mas, como regra, apenas depois de garantir aos indivíduos um debate dialogal. Logo, melhor seria dizer que a razão de ser do processo é erradicar toda força ilegítima em dada sociedade.⁴⁵⁹

Daí dizer-se que o processo tem uma função privada e uma pública: aquela, servir de instrumento para todos os sujeitos que não conseguirem resolver seus conflitos amigavelmente, ou seja, por meio da autocomposição; essa última (pública), servir de garantia, outorgada pelo próprio Estado, a seus habitantes, em substituição à força privada – tudo isso através de leis que (pré-)estabelecem o método de debate e os meios para a eventual execução de seus julgados.⁴⁶⁰

Por isso mesmo Eduardo José da Fonseca Costa crê que o processo é, ele próprio, a garantia do devido processo legal, corporificado por um procedimento em contraditório, regulado exclusivamente por lei⁴⁶¹. Nessa perspectiva, por defender a leitura processual a partir da Constituição e das cláusulas nela existentes, considera o garantismo por si defendido (sem negar a existência de outros) como positivista, ressaltando mais uma vez que o devido processo legal não é um princípio, sequer é um macroprincípio, mas o processo em si, institucionalizado em âmbito constitucional⁴⁶². Tem-se garantia aqui na concepção de toda e qualquer situação jurídica ativa, simples ou complexa, atribuída ao cidadão pela Constituição, cujo exercício possa prevenir ou eliminar efeitos nocivos advindos de abusos de poder cometidos pelo Estado – ou por quem age em seu nome. Garantia contrasta, refreia, portanto, o poder.⁴⁶³

⁴⁵⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantia: dois sentidos, duas teorias. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 253-254.

⁴⁵⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 47-49.

⁴⁶⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 51-52.

⁴⁶¹ Em outro texto, tratado mais adiante no presente trabalho, não nega que possa também ser regulado por negócio jurídico, por motivos adiante expostos.

⁴⁶² COSTA, Eduardo José da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. In: Processo e garantia, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 72-73.

⁴⁶³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 122.

Logo, garantia, para o presente trabalho, é liberdade protegida⁴⁶⁴. Nesse sentido, o processo seria uma garantia da Constituição, é dizer, uma garantia preventiva, cujo objetivo é limitar o poder estatal e prevenir uma violação de direitos⁴⁶⁵. Nessa linha, o processo, de fato, reafirma uma promessa da democracia constitucional: a de que o poder realmente emana do povo (art. 1º da Constituição Federal), e não de um ente arbitrário e superpoderoso. O garantismo processual busca, ao fim e ao cabo, religar a técnica processual à sua “terra natal”, é dizer, colocá-la a serviço das garantias constitucionais⁴⁶⁶.

O conteúdo do devido processo legal sofreu substanciais alterações ao longo dos séculos. Enquanto texto – é dizer, com expressa menção ao *due process* –, existe desde 1354, a partir de Eduardo III, então rei da Inglaterra. Já enquanto "cláusula de proteção contra a tirania", é ainda mais antiga, datando de 1037, presente no Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão, que serviu de inspiração à Magna Carta de 1215).⁴⁶⁷

Em síntese, pode-se afirmar que processo devido é aquele que respeita os próprios princípios, é dizer, se adequa plenamente à lógica de um processo: sujeitos que discutem de forma antagônica, em igualdade de condições, diante de um terceiro em relação a um litígio – terceiro que, como tal, é imparcial, impartial e independente.⁴⁶⁸ Não apenas isso, deve ter em mente suas raízes históricas, com ideais de resistência. Como assevera Lúcio Delfino⁴⁶⁹, é preciso ter claro que o devido processo legal possui em sua identidade essencial o papel de garantia, garantia de preservação da liberdade individual: “assim foi outrora e permanece sendo ainda hoje, mesmo diante dos influxos evolutivos que recebeu ao longo das quadras pelas quais perpassou a história”.

⁴⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

⁴⁶⁵ Conceito de garantia dado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Os autores diferenciam, na mesma passagem, as aludidas garantias das repressivas, que dão ensejo aos remédios constitucionais, tais como o *Mandado de Segurança*, o *habeas corpus*, etc. Cf.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 86-87.

⁴⁶⁶ DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017, p. 217.

⁴⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 75.

⁴⁶⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 300.

⁴⁶⁹ DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017, p. 214.

Nelson Nery Júnior, tal como considerável parte da doutrina⁴⁷⁰, expõe a ideia do devido processo legal (ou, traduzido do direito comunitário europeu, bem como do italiano, processo justo) como norma ampla, de conteúdo complexo⁴⁷¹:

O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da *procedural due process clause*.

Nesse sentido, nas palavras de Eduardo José da Fonseca Costa: "em verdade, o garantismo processual não passa de uma teoria dogmático-constitucional do devido processo legal. É 'apenas' isso. Nada além disso."⁴⁷² De uma maneira ampla, pode-se sintetizar o garantismo processual como a doutrina que rejeita a ideia do processo como um instrumento para que o Estado atinja as suas finalidades, que pretensamente transcendem o interesse das partes, por meio do juiz. Busca "corrigir o equívoco publicista de atribuir mais poderes ao juiz que direito às partes". Nessa perspectiva, seria o garantismo a doutrina que nega pensar a atividade das partes em função dos poderes do juiz, já que isso, como asseveraram Raatz e Anchieta, em alusão a Franco Cipriani, redundaria em pensar um hospital construído para os médicos e não para os pacientes.⁴⁷³

⁴⁷⁰ A exemplo de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: "A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo: a)- o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b)- o direito de ampla defesa; c)- o direito ao advogado ou ao defensor público; d)- o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório paritário; d)- o direito à produção da prova; e)- o direito ao processo sem dilacões indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; f)- o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g)- o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa" (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito** [versão do Kindle]. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 164-165).

⁴⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

⁴⁷² COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no direito brasileiro. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021, p. 56.

⁴⁷³ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 171. É de bom tom asseverar que, assim como o hospital deve também pensar nos médicos, o processo se dedica em grande parte aos sujeitos técnicos e qualificados: o advogado, o Ministério Público, o juiz, etc. Não obstante, a metáfora se destina a explicar que, assim como um hospital é construído em função dos pacientes, o processo deve ser pensado em função das partes.

É preciso tratar de algumas das principais bases de uma dogmática garantista, que são estabelecidas por seus autores. Dentre elas estão suas diretrizes interpretativas: a) princípio da intangibilidade da garantia, que proíbe o titular do poder de interferir em garantia a esse correlata; b) princípio da maximização da garantia, que determina uma interpretação sempre favorecedora da garantia, não o poder correlato; c) princípio da expansão da garantia, segundo o qual todo texto sobre garantia deve ser interpretado ampliativamente, enquanto o texto sobre poder deve ser interpretado restritivamente. Tudo isso é importante para que o processo não descaia de instituto contrajurisdicional para pró-jurisdicional – de proteção do cidadão a utensílio do poder.⁴⁷⁴

Outra consequência no campo dogmático é encampar a ideia segundo a qual a aludida moldura garantista exige do legislador que estruture o processo como uma instituição de garantia – e não um instrumento do poder –, e esclarecer que a função do processo é garantir uma aplicação do direito sem desvios ou excessos, enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito.⁴⁷⁵

Assim, o garantismo, enquanto dogmática constitucional, não pretende ter uma visão política do fenômeno processual, mas a partir do direito constitucional positivo.⁴⁷⁶ Portanto, ver no devido processo legal uma garantia constitucional contrajurisdicional, em vez de uma garantia não frustracional, não advém de caprichos ou arbitrariedades retóricas, mas de uma leitura do texto constitucional. Em primeiro lugar, a cláusula do devido processo legal está situada no Capítulo I do Título II, no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos, direitos fundamentais de defesa, de liberdade; em segundo lugar, a literalidade do inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal denota a ideia de proteção da liberdade e dos bens do sujeito contra o arbítrio, é dizer, processo devido é o que protege a liberdade e os bens dos litigantes daqueles que os julgam.

⁴⁷⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 124-126. Ainda nesse trecho, o autor afirma utilizar princípio no sentido de diretriz interpretativa. Conhecido por não concordar com a visão de princípio como norma, Fonseca Costa filia-se ao entendimento de Nelson Saldanha, para quem princípios estão num plano situado entre os valores e as normas, como um elo que os liga. Segundo esse último autor, as normas convivem com os princípios, fundando-se sobre eles; esses seriam, pois, pontos de partida – no plano hermenêutico: "os princípios embasam as normas e se encontram implicitamente na origem delas, além de servirem ao seu entendimento" (SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 226-231). Distinta é a opinião de Humberto Ávila: "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, p. 102).

⁴⁷⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 19.

⁴⁷⁶ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 175.

Calha consignar, como o faz Araken de Assis, que a tutela jurídica do processo se encontra à disposição de qualquer pessoa, sem exceção, não apenas as pessoas naturais (incluídas aí muitas vezes entes despersonalizados).⁴⁷⁷ E, bem vistas as coisas, a despeito da localização de tal direito fundamental no art. 5º da Constituição, é necessário enxergá-lo de forma prudente: mesmo o Estado, quando se encontra na posição de parte do processo, está sob o jugo do Estado-juiz, e, sendo o processo uma garantia contrajurisdicional, pode inclusive fornecer guarida ao ente público que ali se encontra, em situação de igualdade formal com as partes contra quem litiga. A lei inclusive, não raro, iguala substancialmente o Estado-parte no processo aos demais litigantes, tendo em vista que, na situação de parte, é possível concebê-lo como sujeito em situação de desvantagem em certas situações, como no caso do art. 183 do CPC⁴⁷⁸.

De mais a mais, o sistema da unidade da jurisdição, adotado em nosso país, que permite submeter os atos do Estado-administrador ao crivo do Estado-juiz é, de per si, clara manifestação de um direito fundamental à igualdade e ao amplo acesso dos interessados à tutela jurídica⁴⁷⁹. Em outras palavras, aceitar a inclusão do Estado como fruidor das garantias processuais é vantajoso ao indivíduo – ou melhor, às pessoas naturais, jurídicas e certos entes despersonalizados –, pois que se lhes resta garantida a possibilidade de submeter, em pé de igualdade, o ente público à avaliação do Judiciário.

A despeito de receiosos quanto à extensão da titularidade dos direitos fundamentais a pessoas jurídicas de direito privado ou público, quanto às primeiras, Dimoulis e Martins acreditam que ela – a extensão – é possível sempre que a natureza do direito fundamental for compatível com sua artificialidade. Já no que concerne à extensão da titularidade dos direitos e garantias fundamentais a pessoas jurídicas de direito público, mostram-se mais relutantes, defendendo-a em situações excepcionais, diante do caráter "não taxativo-excludente" do art. 5º, "ainda que por seu teor bem próximo da pessoa natural". Ainda que sem fazer qualquer juízo de valor a esse respeito, consignam que, na Alemanha, os "direitos fundamentais judiciais" são garantidos às pessoas jurídicas de direito público.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1: parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

⁴⁷⁸ "Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal."

⁴⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1: parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140-141.

⁴⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 115-117.

Poder-se-ia argumentar, sem grandes equívocos, que o inc. XXXV, também do art. 5º da CF, indica uma preocupação com a tutela dos direitos materiais. De fato, ao regular e organizar o procedimento, o legislador estabelece e limita os poderes jurisdicionais também pensando na tutela dos direitos materiais. Não fosse assim, seria incompreensível a existência das tutelas provisórias, da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, de legislações que dão prioridade de tramitação em certas condições (como quando a parte é idosa, nos termos da lei), da cobrança de pagamento de custas processuais ao autor. Todas essas relativizam garantias de liberdade em prol da efetividade, da igualdade ou de outro bem protegido constitucionalmente, e nem por isso são inconstitucionais. Mas, como advertem Igor Raatz e Natascha Anchieta, o que não se admite é a inversão da lógica que pauta a relação indivíduo-Estado. É dizer, é bem estabelecido na própria Constituição que em primeiro lugar vem a liberdade, depois a autoridade. Com isso, há sempre um ônus estatal de justificar suas intervenções na área protegida por direitos fundamentais.⁴⁸¹

Há também o fato de o processo, como renitentemente aqui defendido, ser em si mesmo uma garantia contra o arbítrio, e, por conta disso, toda legislação que avançar sobre essa proteção deve ser interpretada restritivamente e apenas considerada válida se não atingir o núcleo irredutível do devido processo legal. Não por outro motivo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins chamam de princípio do *in dubio pro libertate* a exigência de que, diante da dúvida acerca da interpretação ou do alcance de um direito fundamental, deve-se favorecer aquele que beneficie o indivíduo em detrimento do Estado.⁴⁸² Em outra passagem, esclarecem que a limitação de um direito só se justifica pela necessidade de preservar outros direitos⁴⁸³.

Em síntese, ideia de que todo poder deve ser contrastado por uma garantia, mormente num Estado Democrático, é o que alicerça as bases do garantismo para grande parcela de seus apoiadores. Nesse diapasão, o processo não seria mero plexo de garantias, mas ele próprio, repise-se, uma garantia (do devido processo legal), dotada de conteúdo próprio. A despeito de, não raro, os instrumentalistas e os adeptos do formalismo-valorativo propugnarem a importância das garantias para o processo⁴⁸⁴, isso não os impediu de trabalhar com a ideia

⁴⁸¹ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 197.

⁴⁸² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 91.

⁴⁸³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 167.

⁴⁸⁴ É o que afirma, por todos, Bedaque: "Nenhum adepto do instrumentalismo considera possível a efetividade em processo não dotado de ampla defesa e contraditório efetivo", e continua: "Procura-se equilibrar garantismo e eficiência" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 14). Em passagem anterior, do mesmo texto, o autor

estatalista de processo como instrumento. Há, por conseguinte, total incompatibilidade entre as doutrinas: ou o processo está a serviço do Estado ou dos sujeitos de direito.⁴⁸⁵

Em outras palavras, não é possível defender as duas coisas concomitantemente: quer-se com isso dizer que o processo não pode ser, "ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz"⁴⁸⁶. Esclareça-se o ponto: a preocupação com o direito material é certamente afeita à jurisdição, enquanto ao processo cabe velar para que essa realização não deslize em arbítrio e em abusos, dessa forma, a jurisdição deve buscar legitimidade no processo⁴⁸⁷, tal deve ser o foco quando se fala em processo e em devido processo legal.

Alvaro de Oliveira, a título de exemplo, chega a afirmar haver um certo espantalho comumente feito do formalismo, que não corresponde à realidade. O formalismo, continua ele, que diz respeito à totalidade formal do processo – abrangendo também os poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais –, é de suma importância para estabelecer limites ao arbítrio estatal e estender garantias às partes, que não ficam ao alvedrio unilateral da vontade do julgador.⁴⁸⁸ Não abre mão, no entanto, a ideia de justiça como ponto fundamental do processo, sendo todo o resto mera questão de oportunidade⁴⁸⁹, bem como defende não ser tolerável um juiz inerte, "de braços cruzados"⁴⁹⁰.

Esse modo de pensar, no final das contas, confunde poder (jurisdição) e garantia (processo) em nome de uma atividade jurisdicional mais célere, eficaz, justa, transformando o

fundamenta tal ideia, afirmando que no instrumentalismo "Não se pretende a adoção do processo inquisitivo, mas também não se abre mão da tentativa de alcançar a decisão justa. [...] Essa visão publicista não abre mão da segurança, representada pelas garantias inerentes ao devido processo legal, em especial o contraditório, por meio do qual assegura-se aos interessados, a um só tempo, a possibilidade de cooperação com a jurisdição e a indispensável participação na formação do resultado." (p. 4)

⁴⁸⁵ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 297-299.

⁴⁸⁶ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: FUMEC, 2008, p. 65.

⁴⁸⁷ Leciona de forma magistral Lúcio Delfino: "Na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe apenas cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Ou seja, o exercício da jurisdição radica no processo, é o último que legitima a primeira; não o contrário. Tanto assim é que o processo é tratado no título da Constituição sobre direitos e garantias fundamentais, não nos títulos sobre organização do Estado. Mais ainda: processo é instituição de garantia de liberdade, pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida sobretudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Prestasse, enfim, a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz" (Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017, p. 216).

⁴⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodim, 2010, p. 149-151.

⁴⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10-11.

⁴⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

juiz, por conseguinte, numa figura “que tudo pode, tudo vê e tudo sabe”.⁴⁹¹ Não é dizer, por óbvio, que a autonomia e a liberdade não possam sofrer limitações, mas, por gozar de *status privilegiado* no atual estágio democrático e constitucional do processo, tais limitações precisam se justificar constitucional ou infraconstitucionalmente – ou seja, dentro do ordenamento jurídico⁴⁹².

Nessa esteira, ao dispor, no art. 370⁴⁹³ do CPC (bem como outros consectários, do mesmo diploma, como os arts. 481⁴⁹⁴, 464⁴⁹⁵, 421⁴⁹⁶, etc.), que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a produção de provas, o legislador realiza uma intervenção em alguns dos componentes do devido processo legal, especialmente na imparcialidade (o que se esclarecerá adiante). Para que seja válida tal intervenção, deve ser constitucionalmente justificada: deve ser justificada quanto ao fim perseguido, à adequação do meio e à necessidade do meio⁴⁹⁷. Se o fim perseguido for o da busca da verdade, por exemplo, já se viu no capítulo anterior que tal justificativa não merece prosperar.

5.2. A leitura doutrinária em torno dos poderes instrutórios do magistrado.

A doutrina⁴⁹⁸ e a jurisprudência⁴⁹⁹ do país não costumam ser contrárias, tampouco avessas, à ideia da produção oficiosa da prova, não raro enxergando o tema pela perspectiva

⁴⁹¹ DELFINO, Lúcio; PEGINI, Adriana Regina Barcellos. Reflexões acerca do processo como garantia das garantias e dos seus papéis fundamentais de preservação das liberdades e contenção do arbítrio judicial. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thot, 2019, p. 76.

⁴⁹² RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 174-5.

⁴⁹³ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

⁴⁹⁴ “Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.”

⁴⁹⁵ “Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

[...]

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.”

⁴⁹⁶ “Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraíndo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.”

⁴⁹⁷ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 198-199. Mais sobre tal técnica de justificação no item 5.4.

⁴⁹⁸ Adiante, ainda no presente tópico, será realizada uma análise a esse respeito.

⁴⁹⁹ A título de exemplo a respeito da simpatia da jurisprudência pátria em relação à iniciativa instrutória do juiz: “Não há óbice à determinação pelo juízo de exibição de documentos comuns entre as partes, haja vista que a ‘iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça’ (REsp 1.012.306/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 28.04.2009, DJe 07.05.2009) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 332.142/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Terceira Turma. Brasília, 02 dez. 2014. DJe 09.12.2014). Também em: “Quanto ao tema, impede consignar que esta Corte Superior perfilha o entendimento no sentido de que não

publicista aqui evidenciada. Segundo Glauco Gumerato Ramos, falar contrariamente aos poderes instrutórios do juiz, no Brasil, é "quase uma heresia"⁵⁰⁰.

De uma maneira ampla, é possível vislumbar três correntes doutrinárias acerca da interpretação do art. 370 do CPC: a) existem os que acreditam haver amplos poderes instrutórios reservados ao juiz; b) há os que creem ser o dispositivo constitucional; e c) há os que admitem a existência de poderes instrutórios oficiosos, mas com ressalvas, impondo-lhes limites.⁵⁰¹⁻⁵⁰²

Um dos principais nomes do primeiro grupo, ou seja, daquele que enxerga no art. 370 do CPC permissão ampla para que o juiz produza provas oficiosamente, está José Roberto dos Santos Bedaque. Segundo o autor, a vontade das partes não pode ser um empecilho à atividade instrutória oficial, uma vez que o juiz é imprescindível que o sujeito imparcial tenha amplo acesso aos instrumentos que o levem cada vez mais próximo à certeza. Esclarece que, se não

ocorre a preclusão *pro iudicato* em matéria probatória. Significa dizer que os princípios da busca da verdade e do livre convencimento motivado afastam o sistema da preclusão dos poderes instrutórios do juiz, sendo possível ao magistrado determinar a produção das provas essenciais à composição da lide" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 1817742/SP**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 11 nov. 2021. DJe 18.10.2021). Não obstante, já é possível enxergar, em decisões mais recentes, um temperamento de tal entendimento: "É imperioso observar também que, a par dessas disposições legais mencionadas, não se pode descuidar de uma interpretação sistemática, pois o art. 370, caput, do CPC estabelece igualmente que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Apesar de o poder instrutório ser amplo, em linha de princípio, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbirem de seus ônus da forma que melhor lhes aprovare. [...] Contudo, no âmbito do processo coletivo, em razão do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, haverá um poder instrutório amplo para o juiz, uma vez que: a) deve fiscalizar a produção probatória, bem como atuarativamente na sua produção, inclusive com a possibilidade de averiguar a deficiência do substituto processual em produzi-la; b) por serem os representantes escolhidos por um rol legal, ganha ainda mais destaque a função do juiz na instrução probatória, atuandoativamente, ainda que de forma complementar, suprindo eventual deficiência dos substitutos processuais; c) sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois sob esse aspecto elas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos; mas sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a se provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais; d) não há nenhum impedimento para a aplicação dessa redistribuição do ônus da prova nas ações civis públicas que veiculem relações de consumo, desde que para beneficiar o consumidor (ou, no caso, o substituto processual dos consumidores) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1583430/RS**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 23 ago. 2022. DJe 23.09.2022).

⁵⁰⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 311.

⁵⁰¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 110-111; No mesmo sentido: SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 117.

⁵⁰² Impende salientar que os contornos dos limites, no caso de quem concebe os poderes instrutórios oficiosos com ressalva, bem como sua justificativa, costumam ser dos mais variados possíveis em sede doutrinária, ora com limitações mais suaves, ora com limites mais cerrados, sendo possível fazer a divisão acima de forma distinta: entre aqueles que veem no art. 370 do CPC muitos pontos positivos, aqueles que o encaram de forma negativa e aqueles que o enxergam com potencial para ser positivo, se, e somente se, utilizado com menor ou maior grau de parcimônia.

movido por motivos escusos ou obtusos, nada há que se falar de quebra de imparcialidade do magistrado.⁵⁰³

Partindo da distinção entre iniciativas do juiz em tema de prova e as incidentes sobre as alegações das partes (essas no campo do objeto, da matéria do processo), Alvaro de Oliveira propugna não estar infringida a imparcialidade do juiz que determina oficiosamente a produção de prova, já que não estaria fixando ou modificando o conteúdo da demanda, mas apenas agindo de modo inextricável ao próprio interesse público de sua função jurisdicional, em prol de formar sua convicção o mais próximo possível à verdade dos fatos – estando tudo isso em conformidade com o objetivo de seu ofício e com os valores que dão sustentação ao formalismo. Com isso, é insustentável "continuar-se tolerando o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa exclusiva das partes".⁵⁰⁴

Barbosa Moreira, na mesma linha, argumenta que entre a parcialidade de agir – mesmo sabendo quem a prova pode beneficiar –, e de não agir – mesmo sabendo quem a ausência de prova pode prejudicar –, prefere um juiz que corre o primeiro risco⁵⁰⁵. Em texto diverso, assere não apenas ser importante que o juiz desfrute disponha de poderes instrutórios dos quais a lei o investe, mas é especialmente importante que o faça “quando se cuida do interesse de litigante faltó de meios” – tudo isso em prol de um processo socialmente efetivo.⁵⁰⁶

Para Humberto Theodoro Júnior, seguindo a mesma linha de Taruffo⁵⁰⁷, os amplos poderes instrutórios são necessários ao Estado Democrático de Direito, uma vez que se trata de um Estado ativista, redundando num juiz igualmente ativista. Fundamenta seu pensamento sobretudo no dever do Estado para com o processo justo e a verdade real. Ressalta, não obstante,

⁵⁰³ "Mas é imprescindível que o sujeito imparcial, mas responsável pelo instrumento, diligencie a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível. Quanto maior a sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele 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, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19); também em: "Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes" (p. 17); e em: "Não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade" (p. 24)

⁵⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

⁵⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010.

⁵⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano II, n. 11, pp. 5-14 mai./jun. 2001, p. 12.

⁵⁰⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

que os poderes do juiz são subsidiários, repise-se, na mesma linha do autor italiano: na busca da melhor composição possível, cabe ao juiz determinar de ofício a produção de quaisquer provas que as partes não tenham, elas mesmas, requerido, ou quando os litigantes já tiverem exaurido todos os tipos de prova disponíveis em relação ao fato, caso em que faltará ao magistrado oportunidade para determinar de ofício a sua produção.⁵⁰⁸

Também Hugo de Brito Machado Segundo vê nos poderes instrutórios consectários lógicos do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e até mesmo ao princípio da legalidade e da ideia de Estado de Direito. É dizer: a correta aplicação do direito, por meio de uma jurisdição adequada, demanda o conhecimento do caso concreto – o "esclarecimento da verdade". Segundo o autor, o CPC não poderia ter feito de forma diferente ao estender poderes probatórios ao juiz, bastando que que submeta ao contraditório as provas colhidas por sua iniciativa.⁵⁰⁹

Alexandre Freitas Câmara também costuma ser citado, em sede doutrinária, como um dos entusiastas da produção oficiosa da prova⁵¹⁰, mormente por conta de paradigmático texto nesse sentido, em que afirma ser necessário, numa democracia, que o juiz possua amplos poderes instrutórios em busca da verdade – e em prol dos fins do processo⁵¹¹. Não obstante, em obra mais recente, é possível que o autor tenha temperado sua maneira de pensar (conquanto não o tenha dito expressamente). Segue a explicação.

Afirma Câmara, atualmente, que o interesse na produção da prova é prioritariamente das partes, uma vez que é delas "o direito material em debate"; a elas, pois, cabe postular a

⁵⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 911-918. Com o devido respeito que os autores merecem, o juiz que deixa de produzir prova apenas porque os meios possíveis estão esgotados não atua de forma subsidiária, mas plena. Seu autocontrole nesse caso decorre de uma questão lógica e econômica: qualquer insistência na prova seria, doravante, inútil – inócuia –, perda de tempo, razão pela qual não prosseguirá com a atividade probatória. Nesses casos, salvo melhor juízo, mesmo os defensores de uma ampla liberdade instrutória argumentariam favoravelmente a que o juiz não empreendesse esforço inútil e desnecessário. Por esse motivo, parece melhor incluir Taruffo e Humberto Theodoro Júnior no grupo dos doutrinadores que defendem ampla liberdade instrutória do magistrado ou, ao menos, se no grupo dos que defendem sua atuação subsidiária, que seja entendido como alguém que possui uma interpretação mais benevolente do critério de subsidiariedade.

⁵⁰⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 336.

⁵¹⁰ Por todos, o fazem, em nota de rodapé das páginas indicadas: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 110; e SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 117.

⁵¹¹ "Ademais, sempre fiz questão de dizer que a jurisdição não é uma função estatal de composição de lides. Agora, por coerência, tenho de dizer que o processo tem por fim produzir decisões verdadeiras, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo." (CÂMARA, Alexandre. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007, p. 44)

produção das provas que lhes pareçam relevantes. A iniciativa probatória do juiz, continua ele, "precisa ser compreendida como de natureza suplementar à das partes", a quem cabe sua produção precípua, já que "titularizam os ônus probatórios".⁵¹²

Dessa forma, segundo o autor, não cabe ao juiz substituir as partes quanto à produção de provas a elas afeitas, e dá como exemplo um negócio jurídico processual sobre provas (sobre o qual falar-se-á em item subsequente, ainda neste capítulo): segundo Câmara, havendo expresso desinteresse das partes na produção de uma prova pericial, o juiz estaria impossibilitado de determinar oficiosamente a produção dessa prova. Diferente seria a hipótese de uma prova pericial produzida, que se revelasse insuficiente ou inconclusiva, caso em que o juiz poderia determinar de ofício uma segunda perícia. O que não se pode admitir, conclui o autor, "é um juiz que queira atuar como se fosse ele próprio uma das partes, sob pena de quebrar-se a imparcialidade que deve marcar a atuação judicial".⁵¹³

Na mesma linha, Arruda Alvim afirma que, por serem as partes não apenas as maiores interessadas na solução do litígio, como também as conhecedoras dos fatos, são elas as principais responsáveis pela iniciativa probatória. Não obstante, na mesma linha de Câmara, defende uma postura supletiva e subsidiária da atuação oficiosa do juiz na instrução, nas seguintes situações: "se os direitos versados na causa foram indisponíveis" – que demanda, ainda segundo o autor, uma utilização com cautela – e "quando o contexto dos autos trouxer à tona a existência de uma fonte de prova acessível". Sugere ainda que a atuação do juiz seja cronologicamente posterior à das partes, apenas em casos de persistência de dúvidas após a postulação probatória das próprias partes.⁵¹⁴

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o surgimento do garantismo, que consideram ser a doutrina que tem como objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado (caracterizados, no processo, pelo aumento dos poderes do juiz), aliando-se aos pilares da valorização da autonomia privada e ao modelo cooperativo para redimensionar a questão dos poderes instrutórios do juiz. Posicionam-se na corrente

⁵¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 231-232.

⁵¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 232. Dá como segundo exemplo, que apenas confirma o primeiro, a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a oitiva de testemunha referida.

⁵¹⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 897. Na mesma passagem, o autor discorda da opinião de Leonardo Greco, para quem as provas devem ser determinadas de ofício pelo juiz apenas excepcionalmente, para não comprometerem sua imparcialidade, e apenas para corrigir desigualdades e suprir deficiências no que diz respeito ao acesso à justiça ou ao exercício dos meios de defesa (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – v. 2. 3. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015). Em outras palavras, há aqui claro exemplo de dois autores que defendem haver riscos à imparcialidade na produção oficiosa da prova, toleram-na apenas excepcionalmente, mas por motivos distintos.

intermediária, é dizer, aquela que não vê constitucionalidade no art. 370 do CPC, mas que também não enxerga nele um cheque em branco para que o juiz seja o protagonista do processo – "ao menos, não é o único". Defendem, portanto, uma postura complementar do juiz em relação às partes, sendo substitutiva apenas em casos de vulnerabilidade econômica ou técnica; e arrematam: "em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz".⁵¹⁵

Moacyr Amaral Santos também segue a linha intermediária, defendendo uma atuação supletiva do juiz, o que demanda dele uma motivação sempre que ordenar oficiosamente uma prova: "a regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa".⁵¹⁶

A despeito de considerarem o atingimento da verdade real uma utopia, Marinoni e Arenhart enxergam na determinação oficiosa da produção da prova um importante instrumento para que o juiz se convença acerca do mérito – mas não sem limitações. Para os autores, a participação do juiz é bem-vinda, mas não é um remédio milagroso, já que o magistrado pode agir apenas em casos específicos, ou, nas palavras deles, "basicamente em relação às provas periciais, pois é quase impossível ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos". Concluem, dessarte, que a atuação do juiz na instrução é supletiva, o que evidencia a importância da participação das partes para a legitimação do processo.⁵¹⁷

Por fim, a esse respeito, calha assinalar importante visão de Pontes de Miranda sobre a questão. O autor afirma que o material fático-probatório é levado ao processo, de ordinário, pelas partes, mas que art. 130 do Código de Processo Civil de 1973⁵¹⁸ "vibrou golpe profundo no princípio da dispositividade da prova".⁵¹⁹ Para o doutrinador alagoano, o aludido dispositivo possuía abrangência sem precedentes, e permitia ao juiz ordenar quaisquer diligências que entendesse por bem, o que explicava em tom de crítica. Segundo ele, o legislador se encontrava

⁵¹⁵ DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 111-113.

⁵¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil** - v. 2. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 350-351.

⁵¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 100-101.

⁵¹⁸ Equivalente ao art. 370 do CPC atual: "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

⁵¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 248.

num dilema: estava entre suborninar o magistrado às provas dos autos, sem qualquer poder de interrogação, ou entregar-lhe plenos poderes instrutórios:

Se a primeira solução pecava pela insuficiência, a última pecaria pela entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos. Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinqüenta anos de civilização liberal.⁵²⁰ (grifou-se)

Para o autor, porém, a atividade do juiz, por meio do art. 130, "não é de arbítrio absoluto", e que a fundamentação é necessária para se evitar que fique relegada à questão ao livre alvedrio do juiz, seu foro íntimo, o uso de ofício da atividade positiva ou negativa do dispositivo em questão⁵²¹ – ou seja, o juiz precisa fundamentar o que o leva a produzir oficiosamente uma prova ou negar a admissão de uma prova pela parte.

No próximo item, tratar-se-á da perspectiva dos autores garantistas, que costumam estar inseridos no grupo que enxerga o art. 370 do Código de Processo Civil com as maiores ressalvas, ou mesmo, não raras vezes, como inconstitucional. Os principais argumentos giram em torno, como ficará minudenciado, da quebra da imparcialidade (em verdade, da impartialidade) do juiz, mas há também fortes argumentos baseados no contraditório e no ônus da prova.

5.3. Por uma proposta garantista de poderes instrutórios do juiz – uma análise sob a ótica do contraditório e da imparcialidade.

Nenhuma doutrina processual é um bloco fechado, de pensamentos uníssonos, e o garantismo não é diferente. A despeito dos muitos pontos de contato entre seus adeptos, decerto que as opiniões sobre os mais diversos temas podem – e é bom seja assim – variar entre si. Pode ser até que as conclusões sejam iguais sobre certos assuntos, mas sob premissas distintas. Neste tópico, analisar-se-ão alguns dos principais pontos doutrinários sobre os poderes instrutórios do juiz, sem pretensão de esgotar o debate. Ao final, serão feitas as considerações pertinentes acerca do tema.

⁵²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 398.

⁵²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 399.

Antes de maiores considerações, é necessário esclarecer-se, mais uma vez, o que foi objeto de renitente alerta no tópico passado: o garantismo não se confunde com uma espécie de minimalismo processual, já que não apregoa um esvaziamento da função judicial. Pelo contrário, o juiz mantém seu poder decisório ("poder-fim") e de direção e coerção ("poderes-meio") – repugnada a sua exacerbação pelas garantias aqui defendidas. O poder rechaçado pelos garantistas é o instrutório, e não os demais.⁵²²

Costumam, portanto, os poderes instrutórios do juiz preocupar os adeptos do garantismo. Glauco Gumerato Ramos⁵²³, a título de exemplo, enxerga na etapa instrutória a mais importante do processo, mas acredita que, por ser dirigida "com amplos poderes inquisitivos" pelo magistrado, implica natural e inegável "abalo subjetivo" de sua imparcialidade no momento do julgamento do mérito. Portanto, o aludido autor alega carecer de legitimidade constitucional o ordenamento que não balanceie como deve a dialética entre a jurisdição – poder – e o devido processo – garantia. Segundo o autor, a dialética do processo abarca não apenas a ideia de uma jurisdição efetiva de realização do mister constitucional, a fim de se evitar lesão ou ameaça a direitos, mas também a da incidência de todos os mecanismos do devido processo legal. Como alternativa a esse dilema, propõe como alternativa a essa quebra de imparcialidade – que ocorre com a produção oficiosa da prova – um “enjuizamento escalonado” do processo, no qual o juiz da instrução não seja o mesmo da sentença.

Para Lênio Streck, apenas no caso de litígios envolvendo direitos indisponíveis poderia o magistrado determinar a produção de prova oficiosamente, caso contrário, tendo uma das partes a sorte de ter o juiz ao seu lado, a disputa judicial passaria a ser de duas pessoas contra uma: “a questão a saber é: qual das duas partes terá a sorte de ter ao seu lado o olhar de ofício do magistrado? O autor ou o réu? Serão, então, dois contra um?”⁵²⁴. É uma posição também pessimista em relação aos poderes instrutórios de ofício, mas que não os rechaça por completo⁵²⁵.

Alvarado Velloso se revela contrário à produção oficiosa da prova, afirmando que a ausência de comprovação dos fatos, ao fim do processo, deve ser resolvida por meio das regras

⁵²² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 328-329.

⁵²³ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 308-310.

⁵²⁴ STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 04.06.2022. O entendimento do autor, no prefulado artigo, reforça e alude a suas opiniões em obra coletiva do mesmo ano: STRECK, Lênio Luiz. **Comentários ao código de processo civil**. (Org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 550.

⁵²⁵ É posição, portanto, que pode ser tida como intermediária, mas mais cerrada que a de maior parte da doutrina citada com tal posicionamento. Vide comentário da nota de rodapé 494.

de julgamento do ônus da prova.⁵²⁶ O autor vê no juiz que sai, por conta própria, a investigar fatos alegados por uma parte e negados pela outra como herdeiro de um elitismo inquisitorial, que não respeita as racionais diretrizes de ônus da prova existentes em lei – pensamento que é fruto, segundo Velloso, da era pós-moderna, sempre atrelando a justiça à busca por agilidade e eficiência⁵²⁷.

Também enxergando no ônus da prova um óbice à atuação jurisdicional oficial⁵²⁸, posiciona-se Camilla Mattos Paolinelli:

Trata-se de liberdade-garantia, assegurada pelas leis constitucional e infraconstitucional, faculdade processual acompanhada do ônus respectivo. E, se assim o é, deve-se garantir à parte tanto a possibilidade de produzir a prova a que possui o direito, quanto se permitir a ela que exerça a liberdade (consciente) de assumir o ônus que acompanha sua omissão. Em processo democrático, as partes têm a liberdade de optar pela produção de provas ou assumir o ônus decorrente da sua omissão. Assim como há um direito constitucional à prova, existe igualmente o direito ao ônus, na medida em que a parte pode livremente optar por assumir as consequências da ausência de provas. Não é possível se limitar esta liberdade, obrigando a parte a produzir prova que não deseja, sob o argumento de que se deve buscar a verdade real. Não é dado ao juízo o poder de suprimir esta liberdade.⁵²⁹

Não obstante, são a imparcialidade (ou melhor, a impartialidade) e o contraditório que costumam figurar no centro da discussão aqui travada. É dizer, a doutrina garantista costuma apontar graves transgressões ao devido processo legal sempre que o juiz se imiscui no papel de contraditor e, assim, age como parte do processo. E não se pode entender isso de forma leviana, uma vez que “no Estado Democrático de Direito o contraditório é, nada menos, que a ponte de ouro entre jurisdição e democracia”.⁵³⁰

Como defendido no tópico que tratou das críticas à doutrina do processo cooperativo, o juiz não pode ser um contraditor, pelo simples fato de que não é destinatário da decisão judicial – é autor do provimento jurisdicional, não o seu alvo: “é terceiro imparcial, não parte

⁵²⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso y verdad*. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019, p. 64-65.

⁵²⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 187-201.

⁵²⁸ O tema do ônus da prova foi tratado no capítulo anterior (vide item 4.8), inclusive no que diz respeito à sua relação com o ativismo probatório. Por conseguinte, não seria de todo heterotópico o seu uso no presente capítulo da pesquisa. Contudo, pareceu pertinente seu contraste com o dever de veracidade, afeito à aludida seção, sem, no entanto, perder seu valor como argumento contrário à produção oficiosa de prova, motivo pelo qual se remete o leitor para o tópico apontado.

⁵²⁹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 248.

⁵³⁰ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: **Revista Direito Processual Civil**. ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, 26-50, jan./jun. 2022, p. 29.

parcial". O contraditório é exercido por aqueles que titularizam posições jurídicas ativas e passivas, defendendo, no processo, interesses próprios e pessoais.⁵³¹

A imparcialidade, tal como preconizada pelo garantismo, é o grande diferencial a distingui-lo do instrumentalismo. Desdobra-se em três elementos: i) a impartialidade, a exigir que o julgador não se coloque na função de parte, que respeite sua terceiridade; ii) a imparcialidade, que pode ser resumida na exigência de que o juiz esteja subjetivamente desinteressado no resultado do processo; e iii) a independência, que corresponde ao agir "sem subordinação hierárquica quanto aos litigantes".⁵³²

Mateus Costa Pereira esclarece que o tema da impartialidade foi originalmente tratado na obra de Goldschmidt, e demorou a ganhar a merecida dignidade científica. A imparcialidade ficaria na dimensão subjetiva, enquanto a impartialidade tem que ver com as funções no processo, e apenas àqueles que são partes deveria corresponder atividades próprias às partes – partialidade. Logo, há de haver uma garantia que mantenha a terceiridade do juiz, é dizer, alguma garantia de que ele não irá acumular funções no processo (instruir e julgar).⁵³³

É justamente nesse sentido que se entrelaçam contraditório e imparcialidade. Essa última deve compreender também a impartialidade, ou seja, a impossibilidade de o juiz se imiscuir no papel das partes, praticando atos a elas exclusivamente pertinentes. Os poderes instrutórios podem, assim, ferir a garantia da imparcialidade "na medida em que haverá um desequilíbrio entre as partes, e o julgador poderá favorecer a parte que possuía o ônus de provar".⁵³⁴

É diante da impossibilidade de uma absoluta neutralidade – diante de questões morais, religiosas, políticas, impulsos, intuições, etc. – que se diz que a imparcialidade deve ser um esforço, um empenho na tentativa de objetivar a atividade jurisdicional, evitando assim decisionismos e subjetivismos que a desvirtuem. Nesse sentido, o juiz que é interessado na vitória de uma das partes infringe seu dever de imparcialidade subjetiva. Se, no entanto,

⁵³¹ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: **Revista Direito Processual Civil**. ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, 26-50, jan./jun. 2022, p. 35.

⁵³² CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 113. Glauco Gumerato Ramos, por seu turno, divide a imparcialidade em dimensão dupla: subjetiva e funcional. A subjetiva seria aquela que grande parte da doutrina chama de neutralidade, a que engloba os preconceitos, ideologias e preferências do juiz, que é incontrolável e incontornável. Já a imparcialidade funcional diz respeito a pressuposto de validade do processo, cuja ausência macula a decisão proferida por juiz parcial (RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 316). Não será essa a perspectiva aqui adotada.

⁵³³ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 3319-322.

⁵³⁴ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 56.

determina a produção de prova de ofício, ainda que não possua interesse na vitória de uma das partes, age em favor daquela que possuía o ônus de produzir a prova, quebrando, com isso, seu dever de imparcialidade objetiva – impartialidade –, é dizer, se imiscui em função que não é sua.⁵³⁵

O enfoque passa a ser, portanto, objetivo, com assento na divisão de funções processuais – e independente do que se passa na psique do juiz (já que, nesse caso, fala-se em imparcialidade em sentido estrito). Assim, dizer que ninguém pode ser, ao mesmo tempo, acusador, defensor e julgador é mais do que exigir órgãos distintos para cada tarefa, mas uma regra imposta a eles, de que cada um deve exercer a sua função sem pretender cumulá-la a dos demais.⁵³⁶

Não se quer dizer aqui que a imparcialidade subjetiva não seja relevante – ela é sobremaneira importante. Não obstante, para além de haver um consenso doutrinário quanto à quebra do juiz natural quando o magistrado está psiquicamente comprometido, há uma relação de precedência lógica da impartialidade em relação à imparcialidade; é dizer: para aferir essa última, seria necessário especular a isenção psíquica do juiz, enquanto que, em relação àquela, basta analisar a definição dos sujeitos processuais⁵³⁷.

Mateus Costa Pereira se mostra também, nessa esteira, contrário à produção oficiosa da prova, argumentando que não é possível compatibilizá-la com o direito de participação das partes. Para além da ideia de impartialidade, há outros fatores que causam estranheza acerca do tema, segundo o autor: "quem exerce a admissibilidade da prova designada pelo juiz?". Assim, conclui que, a despeito de não ser o único, o contraditório é o principal condicionamento aos poderes do magistrado⁵³⁸. Nesse sentido, Delfino e Rossi:

Afinal, é incoerente pensar naquele que representa o Estado e cuja função é solucionar o conflito, defendendo, ele próprio, teses, formulando argumentos e produzindo provas, avançando rumo a uma participação de matriz exageradamente inquisitorial (e inconstitucional). Para dizer o óbvio: o juiz não é paritário no diálogo processual com as partes porque, se caso o fosse, a posição de terceiro e a imparcialidade psicológica que o distinguem restariam prejudicadas, em atentado mortal ao princípio do juiz natural, que também integra os contornos do devido processo legal.⁵³⁹

⁵³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 236-240.

⁵³⁶ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, 134.

⁵³⁷ SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 129.

⁵³⁸ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 328.

⁵³⁹ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: **Revista Direito Processual Civil**. ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, 26-50, jan./jun. 2022, p. 35-7.

Posição digna de nota é a de Antônio do Passo Cabral⁵⁴⁰, para quem a imparcialidade exige do juiz uma postura probatória suplementar, subsidiária, é dizer, apenas nos casos em que os elementos trazidos pelos protagonistas – as partes – não o convençam da “verdade real”; podendo o magistrado, a partir daí, “empreender esforços, de ofício”, a fim de alcançar a “melhor decisão possível, objetivo estatal de relevância evidente”. Para o autor, a despeito de a produção da prova ser expressão de liberdade e autonomia das partes, o publicismo fez com que o exercício da jurisdição se desse, “acima de tudo, no interesse do Estado”, o qual, por meio do processo, realiza interesses próprios, “que suplantam os interesses das partes numa hierarquia de precedência”. A ideia de Cabral, a esse respeito, encapsula todo o pensamento instrumentalista rechaçado nos capítulos anteriores da presente pesquisa⁵⁴¹.

Aliás, como bem observado pelos prefalados autores⁵⁴², o direito fundamental ao contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, não faz um emparelhamento entre juiz e partes, mas, pelo contrário, enlaça o direito das partes com o dever do juiz. Isso é facilmente observável da própria literalidade do dispositivo: “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”.

Em outras palavras, numa visão de processo como garantia, o juiz não pode ser contraditor, já que não é interessado nem contra-interessado no provimento, e, portanto, sua própria esfera jurídica não é afetada por ele. No esteio da imparcialidade, as situações jurídicas ativas cabem aos sujeitos parciais, cabendo ao juiz apenas uma série de deveres, já que está diante, repise-se, de um direito fundamental, com função de limitação do exercício do poder.⁵⁴³

De fato, o contraditório é um direito das partes, não do juiz, cabendo a ele zelar por seu exercício ou até mesmo qualificá-lo, mas não o exercer. E sendo a prova um direito decorrente do contraditório – seu corolário, portanto –, não pode ser determinada pelo magistrado, pois que ônus e direito exclusivo das partes. Cada um cumpre seu papel: as partes

⁵⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: Revista de Processo – RePro. Vol. 149, ano 32, jul., pp. 339-364. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 356-358.

⁵⁴¹ É da mais alta importância salientar que, em obra mais recente, o autor se mostra um crítico do que chama de “hiperpublicismo”, sendo um defensor do que chama de “máxima, ou ‘princípio’ dispositivo” (como tratado no segundo capítulo dessa pesquisa, e será retomado adiante, ao se tratar dos negócios jurídicos processuais) como contraponto ao desregrado protagonismo do juiz e o engessamento da importância das partes no processo. A despeito disso, em nenhum momento alega ter se afastado do entendimento aqui esposado quanto às iniciativas probatórias oficiais. Acerca do quanto se tratou: CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 169-176.

⁵⁴² DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: **Revista Direito Processual Civil**. ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, 26-50, jan./jun. 2022, p. 37-8.

⁵⁴³ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 327-8.

requerem e produzem as provas; o juiz faz o juízo de admissibilidade e as valora, eventualmente decidindo, no caso de ausência de provas, conforme as regras de ônus objetivo.⁵⁴⁴

Elio Fazzalari, idealizador da ideia do processo como espécie de procedimento, mas não separado dele, “somente um passo mais adiante”, explica ser o contraditório o grande diferencial do processo em relação aos demais procedimentos, é dizer, o elemento a conferir-lhe toda a sua “potencialidade de emprego”. A estrutura dialética do processo é, portanto, sua “*ratio distinguendi*”. Mas o autor do ato final, por não ser interessado, não é um contraditor, pois não é destinatário ou alvo do provimento.⁵⁴⁵

Também para Aroldo Plínio Gonçalves o contraditório constitui garantia de participação, em “simétrica paridade”, das partes, não do juiz – que, repise-se, não é um dos interessados no feito, pois não suportará os efeitos do provimento final. O contraditório funda-se, por conseguinte, na “liberdade de todos perante a lei”⁵⁴⁶.

Nas palavras de Eduardo José da Fonseca Costa, é indiscutível e inelutável que todo juiz tenha “preferências em seu mundo intrapsíquico”; não obstante, “é inaceitável que a preferência por uma das partes invada o mundo extrapsíquico e se materialize em atos funcionais de privilegiamento”. Quando age em prol de uma parte, produzindo uma prova, não está sendo neutral, é dizer, funcionalmente neutro, e, ainda que não queira, estará beneficiando uma das partes: “A correlação necessária entre imparcialidade e impartialidade é indisfarçável, pois”.⁵⁴⁷

A esse respeito, não merece prosperar o argumento da doutrina que alega que o juiz, quando produz prova de ofício, não sabe quem ela irá beneficiar⁵⁴⁸. Ora, terá certamente o condão de beneficiar, em tese, a parte a quem o ônus incumbia e que permaneceu inerte, é dizer, o juiz é capaz, por meio das regras do ônus subjetivo da prova, de antever qual das partes possuía

⁵⁴⁴ SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021, 134, p. 402.

⁵⁴⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112-124.

⁵⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103-109. O autor, no entanto, conclui, como Barbosa Moreira, que uma participação ativa do juiz na produção da prova não faz dele um contraditor. Embora irretorquíveis as bases teóricas acerca do contraditório, acima expostas, não se concorda aqui com sua conclusão a respeito dos poderes instrutórios. Não apenas pelo argumento já utilizado de que a prova é decorrência do contraditório, logo, destinada às partes, mas também pelo fato de que um juiz ativo fere frontalmente a ideia de igualdade formal, ou seja, simétrica paridade ou mesmo liberdade de todos perante a lei.

⁵⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014, p. 4.

⁵⁴⁸ São inúmeros nesse sentido. Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodim, 2010.

o ônus de provar o quê. Eis a importância da imparcialidade: “mesmo que subjetivamente o juiz não queira favorecer uma das partes [= imparcialidade], a prova por ele determinada será nula, pois objetivamente favorecerá uma delas [= partialidade]”⁵⁴⁹.

Esclarece Eduardo José da Fonseca Costa ser a atuação oficiosa do magistrado, sobretudo, desrespeitosa para com os advogados da causa, a quem incumbe a defesa de seus clientes. O que é pior, diz o autor, não raro os juízes são intrépidos no momento da determinação de uma prova, mas tímidos na hora de fundamentar as razões pelas quais a estão determinando. Quando muito, limitam-se a jargões como “princípio da verdade real” ou “concepção publicística de processo”.⁵⁵⁰

Nota-se, assim, que florescem, nos últimos anos, trabalhos de garantistas sustentando as máculas advindas de um processo concebido pela perspectiva da jurisdição. Viu-se que, dentre eles, muitos combatem a produção oficiosa da prova, chegando a ser irredutíveis quanto à inconstitucionalidade do art. 370 do Código de Processo Civil – e com bons argumentos para tanto. No comum dos casos, os autores não aceitam sequer argumentos de interpretação restritiva, como, por exemplo, o prefalado fundamento do juiz que determina a prova de forma oficiosa em nome da igualdade material, seja diante de hipossuficiência técnica ou econômica das partes, seja pela má atuação do advogado⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014, p. 5.

⁵⁵⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014, p. 17-18. Não se nega, nem se conhece quem o faça, a natureza pública do processo. Mas, no garantismo, ela é redimensionada: o processo é coisa pública para as partes. Cf.: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Garantismo, liberalismo e neoprovatismo. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021. Há interessante pensamento de Pedro Henrique Nogueira a esse respeito: o publicismo é enriquecido e democratizado pela maior participação das partes no processo, sem que isso se traduza numa negação da Ciência Processual ou do caráter publicista do processo (**Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 261-262).

⁵⁵¹ Conforme ensina Mateus Costa Pereira: "Os instrumentalistas apoiam a iniciativa probatória em um suposto 'dever dos magistrados' em perseguir a verdade ou que tais. A construção teórica do dever arroja-se na presença do Estado-jurisdição ('princípio da autoridade'), predominando o 'interesse público' ou social no processo. 'Interesse' que não se comprazeria com a má representação ou falta de astúcia de um dos litigantes, impondo-se ao magistrado velar pela 'paridade de armas' (no sentido preconizado por Calamandrei de 'nivelamento social do processo'). Em matéria de direito probatório, a paridade restaria preservada com a determinação oficiosa de provas, se bem que necessária ao deslinde da controvérsia. Ao proceder dessa forma, o magistrado visaria ao esclarecimento dos fatos, sem o que a tutela do 'direito objetivo' e a pacificação com justiça ficariam, irremediavelmente, comprometidas. Como o julgador não pode adivinhar quem sairá beneficiado dessa determinação – seu compromisso único com a verdade lhe blindaria de pré-juízos –, a imparcialidade ficaria incólume. Adicionalmente, não é incomum a ilação da 'quebra da imparcialidade' pela omissão ou inércia judicial. Sem olvidar a posição doutrinária institutiva do 'dever do juiz' em buscar a 'verdade material' por exigência do publicismo ou mesmo à aceleração do procedimento. E hoje em dia, alguns autores se socorrem da 'cooperação' ou do 'modelo cooperativo' em esteio aos poderes instrutórios autônomos. [...] As interpretações doutrinárias em prol dos poderes de instrução autônomos redundam em uma ou mais das linhas esquematizadas acima." (PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 224-225)

Sustentam, quanto ao primeiro ponto (isonomia material), que cabe à lei fazê-lo, não ao juiz – caso contrário, descambaria no arbítrio. É como pensa, por exemplo, Mateus Costa Pereira, ao afirmar que é dado ao legislador proceder a grupos vulneráveis, e é o que ocorre quando institui a assistência jurídica por parte da Defensoria Pública (ou de advogados ad hoc, em casos não abrangidos pela prealada instituição), os prazos diferenciados em certos casos, p sacrifício da cognição exauriente em nome das tutelas provisórias, etc.⁵⁵²

Quanto ao segundo ponto (má condução do processo pelo advogado), Pedro Lube Sperandio esclarece que, de fato, a vitória em litígios judiciais não raro está ligada às habilidades e ao conhecimento dos advogados, e é bom que assim seja: “pensar diferente seria de certa forma desestimular advogados diligentes e estudiosos”. Já que tanto se falou em justiça no terceiro capítulo da presente pesquisa, é de bom alvitre assinalar que não parece justo que a atividade do juiz sirva para premiar advogados menos preparados “em detrimento daquele que se preocupa em capacitar-se”.⁵⁵³

Já no respeitante à doutrina, também da interpretação restritiva e da atuação excepcional do juiz, que sustenta ser a determinação oficiosa especialmente aceitável no caso de fatos concernentes a direitos indisponíveis, os garantistas costumam sustentar que realmente essas causas merecem uma atuação probatória diferenciada por parte do Estado, mas não através do juiz (diante de todos os argumentos vistos até aqui), mas sim do Ministério Público, a quem cabe ser o curador do ordenamento jurídico – e, ainda assim, de forma excepcional (quando a própria CF ou mesmo as leis infraconstitucionais assim dispuserem).⁵⁵⁴

Algumas são as soluções dadas para remediar a determinação da prova oficiosa dentro de um processo. Glauco Gumerato Ramos⁵⁵⁵, como aludido anteriormente, defende a existência de um juiz para a instrução e outro para o provimento final, num “enjuizamento escalonado”, enquanto outros autores, como é o caso de Eduardo José da Fonseca Costa⁵⁵⁶, sugerem uma interpretação extensiva do rol das causas de suspeição do juiz, para incluir nele também a

⁵⁵² PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 166-167.

⁵⁵³ SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz:** a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 231.

⁵⁵⁴ Utilizam-se desse argumento, por todos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O fundamento do Ministério Público. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 178-179; PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo:** fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020, p. 233; e SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz:** a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 191-192 e 233.

⁵⁵⁵ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 308-310.

⁵⁵⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

quebra de imparcialidade. Outras são as opções, para além da declaração de inconstitucionalidade do art. 370 e de seus consectários, abrangendo a utilização de agravo de instrumento sempre que o juiz determinar a prova de ofício ou, noutras hipóteses, até mesmo a nomeação *ad hoc* de ofício de defensor àqueles que litigam através do *jus postulandi*⁵⁵⁷.

O escopo da presente pesquisa, no entanto, é de redimensionar as lentes por meio das quais o direito processual é observado e, talvez, ser mais um tijolo na edificação de uma doutrina que enxerga o processo enquanto garantia. Mas não apenas isso, é necessário discutir acerca da constitucionalidade do art. 370 e de seus corolários, todos os mencionados ao longo da presente pesquisa.

Pois bem, mesmo concordando-se com as premissas garantistas acerca dos problemas envolvendo um juiz proativo no campo instrutório, é dizer, a incompatibilidade entre o instituto e a ideia do ônus da prova, do contraditório e da imparcialidade, é igualmente verdade que, em sendo possível dar ao art. 370 do CPC uma interpretação conforme à Constituição, por mais restritiva que seja, o dispositivo deve ser preservado. É preciso analisar até que ponto o legislador pode agir sobre o devido processo legal sem que isso configure mais do que mero estorvo: verdadeira intervenção indevida. Deve haver justificação para tanto⁵⁵⁸.

Com isso quer se dizer que apesar de ser lícito ao legislador limitar a área de proteção de direitos fundamentais, “deve fazê-lo de modo a preservar ao máximo o direito intervindo”. Assim sendo, o fundamento constitucional do critério da proporcionalidade é o controle da discricionariedade legislativa “aberta pelo limite constitucional”.⁵⁵⁹

Na presente pesquisa, proporcionalidade é termo utilizado no sentido que o utilizam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “mandado constitucional que objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental mediante a avaliação de sua licitude e da licitude dos fins pretendidos”, bem como “da adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada necessidade”. Não se trata, portanto, a proporcionalidade como princípio, aberta, proposta por Alexy, que, segundo Dimoulis e Martins, logrou especial popularidade justamente por justificar um aumento da intensidade da intervenção do Poder Judiciário no que concerne aos direitos fundamentais: “é exatamente o

⁵⁵⁷ Um excelente escorço de possíveis alternativas a remediar a determinação oficiosa de provas pelo magistrado foi feita por Pedro Lube Sperandio (**Contra os poderes instrutórios do juiz**: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021) e Luís Gustavo Reis Mundim (**Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022).

⁵⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 183.

⁵⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 187.

oposto". Para eles, mesmo para quem adota "a bipartição entre regras e princípios", a proporcionalidade mais se assemelha a uma regra do que a um princípio. Constitui grave risco à segurança jurídica que a proporcionalidade "se dilua dentro de uma visão geral da ponderação, reduzindo-se a uma figura retórica".⁵⁶⁰

Portanto, tem-se aqui a proporcionalidade como uma técnica para encarar os inelutáveis conflitos e choques entre direitos fundamentais, é dizer, como uma resposta jurídica ao "problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais", configurando um limite ao poder limitador do próprio legislador⁵⁶¹. Para tanto, Dimoulis e Martins consideram de suma importância a prévia compreensão, já bem estabelecida, de que a limitação de um direito só se justifica pela necessidade de preservar outros direitos⁵⁶², ou seja, sua decisão política de privilegiar um bem jurídico-constitucional deve necessariamente salvaguardar ao máximo o direito restrinrido⁵⁶³.

Nesse ponto, concorda-se com a doutrina que interpreta os direitos instrutórios em função dos direitos indisponíveis⁵⁶⁴. É dizer, essa é uma interpretação possível ao art. 370 do CPC, que lamentavelmente possui, em sua literalidade, alto grau de abrangência, mas que pode e deve ser limitado jurisprudencialmente, sendo certo que a doutrina – mormente a doutrina garantista – tem um grande papel a desempenhar nessa mudança de cultura jurídica. Portanto, deve o juiz, por meio de uma ponderação concreta, analisar até onde a aplicação da norma, ainda que não inconstitucional⁵⁶⁵, viola os direitos fundamentais aqui discutidos, é dizer, até onde a aplicação da norma não configura verdadeira intervenção proibida.

A despeito da indesejada latide do art. 370 do Código de Processo Civil, é possível dar a ele interpretação restritiva em casos de imperiosa necessidade – é dizer: como exceção,

⁵⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 220-231.

⁵⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 232.

⁵⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 167.

⁵⁶³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 232. Para os autores, esse exame corresponde a um aspecto trifásico: "(a) definição e análise do objeto tutelado pelo direito fundamental (área de regulação e proteção)

⁵⁶⁴ É como pensa, repise-se, Lênio Streck: STRECK, Lênio Luiz. Comentários ao código de processo civil. (Org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 550. Também em: STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 04.06.2022. Saliente-se que, em texto do mesmo ano, com críticas veiculadas ao pensamento de Taruffo, Lênio Streck defende ser preferível, nesses casos especiais, a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público em detrimento de um "juiz inquisidor" (Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In: **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016, p. 126-127).

⁵⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 237.

jamais como regra. Explicando essa posição: é certo que nosso direito positivo dá aos direitos indisponíveis proteção jurídica diferenciada, como a impossibilidade de confessar os fatos a ele afeitos⁵⁶⁶, impede que se operem sobre ele os efeitos materiais da revelia⁵⁶⁷, etc., logo, percebe-se ser possível interpretação no mesmo sentido quanto à produção oficiosa de provas, conquanto seja preferível que o juiz deixe tais funções reservadas ao Ministério Público e, mesmo quanto a ele, aja apenas de forma supletiva.

Não é dizer, frise-se, ser inócuo tudo quanto se falou até aqui acerca da doutrina garantista. Muito pelo contrário. Todas as lições são imprescindíveis para a compreensão do processo enquanto devido processo legal, atribuindo ao juiz importante dever de autocontenção instrutória, encarando o prefalado dispositivo com extrema cautela e parcimônia, devendo ser aplicado somente em casos de imperiosa necessidade, restrito às hipóteses em que seja possível ao juiz fundamentar sua decisão num interesse objetivamente sobreposto ao das partes (como no caso de direito de incapaz, interesse público primário, etc.).

Isso porque parte-se, aqui, do pressuposto segundo o qual é importante, antes de mais nada, plantar a semente, assegurar-se de que a discussão doutrinária não se torne ensimesmada e demasiado uníssona. Nesse sentido, como bem asseverou Calamandrei, mais importante, para o direito, do que a mudança de leis é a mudança dos costumes jurídicos⁵⁶⁸. E em relação a isso a doutrina garantista vem tendo inegável impacto hodiernamente.

Em outras palavras, a intenção da presente pesquisa até aqui foi a de demonstrar a necessidade de enxergar o processo como instituição de garantia e, assim sendo, possibilitar ao intérprete da lei e a seu aplicador um redimensionamento do processo e do papel das partes e do juiz dentro dele. Levar o contraditório, a imparcialidade e o ônus da prova a sério. Ora, mesmo para se chegar a essa conclusão restritiva do art. 370, as lições até aqui elencadas foram demasiado necessárias.

A partir do próximo tópico, analisar-se-á a possibilidade de negócios processuais sobre prova, com argumentos direcionados principalmente aos que continuam tendo uma interpretação mais abrangente em relação ao alcance do art. 370 do Código de Processo Civil.

⁵⁶⁶ “Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.”

⁵⁶⁷ “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

[...]

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis.”

⁵⁶⁸ “Em realidade, o que dá forma ao processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica não é a lei processual, mas é o costume de quem lhe coloca em prática.” (CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 32).

5.4. Poderes instrutórios do juiz e negócios jurídicos processuais (de)limitadores de prova.

5.4.1. Por um redimensionamento do autorregramento da vontade.

Como se disse anteriormente, a autonomia científica do processo veio acompanhada da hipertrófia dos poderes instrutórios do juiz e da atrofia dos poderes instrutórios das partes, como que numa reação dos países de tradição romano-germânica ao liberalismo⁵⁶⁹. Nessa época, então, o processo deixou de ser coisa das partes para ser cada vez mais coisa sem partes⁵⁷⁰.

No atual estágio da evolução processual, como a sobejo se defendeu até aqui, não se há falar, pois, em deixar a gestão processual unicamente nas mãos do juiz. A melhor gestão possível deve ser democrática, de processo como instituição de garantia para as partes. A razão para isso é que, a bem ver, mesmo as questões de ordem pública e institutos publicísticos, como o processo, devem levar em consideração o interesse dos jurisdicionados. O Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento em serviço dos cidadãos. Logo, a natureza pública mesma do processo deve ser compreendida com os olhos voltados aos interesses do jurisdicionado, e não do próprio Estado⁵⁷¹. Interesse público, por conseguinte, não se confunde com interesses do Estado.

É pressuposto da discussão, dentro de uma perspectiva de direito processual no modelo democrático-constitucional, que o processo não seja separado do direito constitucional nem da Teoria do Estado. Nesse sentido, como sub-ramo que é do direito constitucional, o direito processual deve ser compreendido como garantia contrajurisdicional em face do Estado⁵⁷². Ao que se afigura, portanto, é necessário haver um resgate do autorregramento da vontade no processo, o que é mais consentâneo com o papel de destaque que a ele precisa ser dado no estágio democrático em que o processo se encontra⁵⁷³.

⁵⁶⁹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo I. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 587.

⁵⁷⁰ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo I. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 588-9.

⁵⁷¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 22.

⁵⁷² RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 26.

⁵⁷³ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 21.

Note-se que, para o garantismo, a previsão de negócios jurídicos processuais não fere o devido processo legal, uma vez esse último institui garantia contra o jugo do juiz, proibindo que o detentor de um poder avance contra as garantias das partes. Não é o caso dos negócios jurídicos processuais, em que os próprios titulares das garantias as flexibilizam: "a intangibilidade é dever que se impõe ao titular do poder, não da garantia". Não se nega, no entanto, que ainda pendem de maior concordância dogmática as fronteiras da chamada "ordem pública", para além das quais o negócio jurídico processual não pode avançar.⁵⁷⁴

O autorregramento da vontade, nesse sentido, consubstancia verdadeiro pilar da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana⁵⁷⁵. A despeito de não se poder mais afirmar que o processo é mera coisa das partes, é igualmente verdade que são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os interesses delas que a decisão judicial atinge de forma direta⁵⁷⁶.

Por muito tempo a doutrina processual brasileira possuiu intrigante dificuldade em aceitar uma maior participação das partes no processo, como se qualquer menção a essa possibilidade implicasse automático retorno ao "liberalismo processual" e a ruína de toda técnica publicista do século XX. Com essa irrefletida ojeriza pela autonomia privada, o processo havia passado da visão de coisa das partes e passou a ser basicamente coisa sem partes.⁵⁷⁷

Pensar a natureza pública do Processo não implica antagonizar seus fins aos interesses privados das partes⁵⁷⁸. Conforme preconiza, com assertividade, Pedro Henrique Nogueira⁵⁷⁹, o autorregramento da vontade não ameaça a Ciência Processual, tampouco seu caráter publicista, e ajuda na democratização do Direito Processual Civil:

Admitir que os sujeitos do processo possam celebrar negócios jurídicos cujo objeto seja, em alguma medida, o instrumento utilizado para a tutela dos interesses em jogo, significa reconhecer-lhes um espaço de participação, democratizando o processo dentro dos propósitos de cooperação entre os sujeitos processuais, consagrada no

⁵⁷⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O devido processo legal e os indevidos processos infralegal e extralegal. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021, p. 133-135.

⁵⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 18.

⁵⁷⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: **Revista eletrônica de direito processual**. Disponível em <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>, 2007, v.1, p. 2.

⁵⁷⁷ GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova** - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 30, 66 e 205. Perceba-se que a opinião do autor se deu há mais de dez anos, e muito já se evoluiu a esse respeito.

⁵⁷⁸ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 24.

⁵⁷⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 261-262.

Código (art. 6º), isso tudo sem que se cogite de desconsiderar a autonomia da Ciência do Direito Processual e o caráter publicístico do processo jurisdicional.

Aliás, não são poucos os elementos dentro do CPC a evidenciar o redimensionamento da autonomia da vontade no processo. O prefalado diploma consagra um sistema que coerentemente institui e reforça a existência de um princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Direito Processual Civil. Algumas previsões normativas ilustram tal constatação: i) o constante estímulo à autocomposição das partes (*e.g.*: arts. 165-175, 334, 515, etc.); ii) é a vontade da parte que delimita o objeto litigioso do processo (arts. 141 e 490), bem como o do recurso (arts. 1.002 e 1.013); iii) a previsão de diversos negócios jurídicos processuais típicos, tais como a eleição de foro (art. 63), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), a convenção acerca do ônus da prova (art. 373, parágrafos 3º e 4º), dentre tantos outros; iv) a cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190; v) a consagração do princípio da cooperação, no art. 6º; e vi) a arbitragem, que nada mais é do que um processo negociado.⁵⁸⁰

Contextualizados os modelos que ditaram o papel dos sujeitos processuais nos períodos moderno e contemporâneo, bem como analisada a opção da crescente corrente doutrinária que vê exsurgir do processo democrático-constitucional um redimensionamento do autorregramento da vontade, cabe analisar, diante da referida base contextual, o busílis em derredor dos negócios jurídicos processuais instrutórios, especificamente os que dizem respeito à (de)limitação das fontes e dos meios de provas a serem produzidos no processo.

5.4.2 A possibilidade de negócios jurídicos processuais (de)limitando as fontes e os meios de prova a serem produzidos no processo – uma análise do art. 190 e de sua amplitude.

Ao longo de seu texto, o Código de Processo Civil prevê diversas hipóteses expressas de negócios jurídicos processuais, tidos como fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, “descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”⁵⁸¹⁻⁵⁸². Muitos desses negócios típicos inclusive, como se

⁵⁸⁰ DIDIER JR., Freddie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21-23. Neste trabalho, como dito no segundo capítulo, não se concorda com a existência de um princípio da cooperação.

⁵⁸¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 176.

⁵⁸² Em sentido similar, Didier: “negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento” (**Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 26).

viu, tratam de provas, a exemplo da previsão do art. 373, §§ 3º e 4º⁵⁸³, que possibilita o ônus negociado da prova. Outro exemplo é o da escolha negociada do perito, prevista no art. 471 do mesmo diploma⁵⁸⁴, a qual, segundo se depreende de seu § 3º, vincula o juiz independentemente de previsão de sua homologação.

Não obstante, os negócios jurídicos processuais não se limitam àqueles tipicamente previstos na legislação. Isso porque o art. 190 do Código de Processo Civil⁵⁸⁵ traz a lume verdadeira cláusula geral de negociação processual⁵⁸⁶. O dispositivo assere 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”.

Dessarte, vê-se que há previsão legal para que as partes plenamente capazes adaptem o procedimento conforme sua vontade, dispondo acerca de seus ônus, faculdades, poderes e deveres no processo⁵⁸⁷. Interessa saber os limites dessa convencionalidade, bem como se é possível negociar a respeito de técnicas instrutórias – em específico, as que dizem respeito à (de)limitação, pelas partes, dos meios e fontes de prova a serem admitidos.

Conforme tudo quanto fora exposto acerca do processo democrático-constitucional e do redimensionamento do autorregramento da vontade, a conclusão não poderia ser outra senão a de afirmar a possibilidade de (de)limitação da produção de provas pelas partes:

O atual modelo propicia a participação das partes na construção da decisão de mérito, conferindo-lhes uma atuação mais ativa na condução do processo por meio do exercício da autonomia privada. Nada mais natural do que conferir aos sujeitos do processo os meios de regular a produção de provas que servirá de base para a decisão final de mérito. Ademais, as convenções probatórias não se prestam a dificultar o julgamento, mas sim a contribuir e legitimar sua formação.⁵⁸⁸

⁵⁸³ 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.

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

⁵⁸⁴ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

[...]

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

⁵⁸⁵ Por todos: DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁵⁸⁶ A esse respeito, ressalta Pedro Henrique Nogueira: “O dispositivo é resultado do uso da técnica legislativa da cláusula geral, caracterizada por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta e vaga, promovendo a abertura do sistema” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 265).

⁵⁸⁷ No julgamento do Recurso Especial 1.738.656/RJ, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, defende que o art. 190 do CPC trouxe uma maneira de equilibrar as correntes filosóficas contratualistas e publicistas do processo.

⁵⁸⁸ MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 107.

A esse respeito, é interessante a opinião de Antônio do Passo Cabral, para quem o autorregramento da vontade no processo não se funda em bases privatísticas, mas numa nova perspectiva de partes enquanto protagonistas da condução do procedimento “e artífices de suas formalidades”,⁵⁸⁹ pensamento que muito se coaduna com tudo quanto fora exposto na pesquisa até aqui.

Decerto que, por tratar de normas tradicionalmente consideradas cogentes por autores mais antigos, as convenções probatórias são recebidas com forte resistência doutrinária⁵⁹⁰. No entanto, dado o contexto da parte introdutória desse trabalho, de íntima relação entre autonomia privada e processo democrático, não se há falar em processo devido se o autorregramento da vontade for injustificadamente tolhido, se a liberdade das partes no processo for imotivadamente negada⁵⁹¹.

Num processo democrático, visto como aquele que considera imprescindível o papel das partes para seu aperfeiçoamento, os negócios jurídicos são importante instrumento de conformação do procedimento aos interesses das partes a ele sujeitas. Não se entenda com isso que as partes deixam de ter interesses antagônicos, mas que também podem possuir interesses comuns no respeitante à maneira mais adequada de consecução de seus objetivos no processo⁵⁹².

No mesmo sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida⁵⁹³ afirma que as convenções processuais, que permitem a flexibilização do procedimento e a disposição de direitos processuais das partes, “são, pois, uma forma útil e efetiva de diminuição de riscos, de incremento da segurança jurídica e da consequente melhoria da qualidade da atividade jurisdicional exercida pelo Estado”.

Contanto que não haja uma interferência na esfera pessoal de terceiros (aqui incluído o juiz e o cartório judicial, como ocorre com a calendarização processual do art. 191 do Código

⁵⁸⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 179.

⁵⁹⁰ Cf. lição de Robson Renault Godinho: A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo I. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 590.

⁵⁹¹ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 92-93.

⁵⁹² RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 219.

⁵⁹³ A **contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 228.

de Processo Civil), a participação do magistrado é desnecessária no negócio jurídico, a não ser que a própria lei exija sua homologação como condição de eficácia do ato negocial.⁵⁹⁴

Como leciona Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em não havendo caso de invalidade do negócio jurídico, o juiz deve se abster de contrariar aquilo que fora convencionado. E mesmo a homologação judicial é, como regra, dispensada para que o negócio jurídico produza efeitos (conforme prescreve o art. 200 do Código de Processo Civil⁵⁹⁵), mostrando-se necessária apenas nos casos em que exigida por lei ou pelo próprio negócio jurídico.⁵⁹⁶ É o exemplo da delimitação consensual das questões de fato e de direito prevista no art. 357, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como da desistência da ação (segundo o art. 200, parágrafo único, também do CPC), etc. Não é o caso das convenções probatórias atípicas, que dispensam a homologação judicial⁵⁹⁷, uma vez que não há exigência legal nesse sentido.

A flexibilização negocial do procedimento inclusive se sobrepõe à judicial, prevista no art. 139, IV e VI, por basicamente dois motivos: a uma, porque, como defendido anteriormente, o processo no Estado Constitucional (ou Estado Democrático de Direito) fundamenta-se no autorregramento da vontade; e, a duas, porque o processo deve primordialmente respeitar o desejo daqueles que possuem maior interesse em seu resultado⁵⁹⁸.

O respeito que deve ao autorregramento da vontade não faz do juiz sujeito escanteado ou desnecessário quando o assunto envolve os negócios jurídicos processuais. Há apenas uma mudança de função. O magistrado passa a agir como um facilitador da negociação, possuindo dever de “implementar e assegurar o cumprimento do que foi convencionado pelas partes”, bem como de controlar a validade da convenção. Isso decorre do dever geral de promover a autocomposição (conforme impõem os arts. 3º, § 2º, e 139, V, ambos do CPC).⁵⁹⁹

Outra limitação à convenção probatória reside na impossibilidade de uma renúncia genérica e geral à produção da prova. Primeiramente, porque a autonomia da vontade impõe que o consentimento seja livre e informado, o que não ocorre com aquele que renuncia genérica

⁵⁹⁴ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 115-116. A autora inclusive vai além, acreditando ser possível negociar acerca de presunções judiciais. Não é o escopo do presente trabalho ir tão longe, no entanto.

⁵⁹⁵ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

⁵⁹⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 270-271.

⁵⁹⁷ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 14; e MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 128.

⁵⁹⁸ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 84.

⁵⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., e atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 264-265.

e cegamente a todos os meios de prova; em segundo lugar, porque o objeto do negócio deve ser determinado ou determinável, o que também não ocorre com a generalidade da renúncia; finalmente, porque alguém que renuncia genérica e universalmente aos meios de prova está, ao fim e ao cabo, abrindo mão antecipadamente de seu direito de defesa e do contraditório.⁶⁰⁰

Isso ilustra que, no Estado Constitucional, o juiz deve controlar a constitucionalidade do negócio jurídico processual realizado. A Constituição possui normas cogentes inultrapassáveis tanto pela lei quanto por atos de disposição das partes. A liberdade das partes encontra seu primeiro limite no núcleo de garantias que fundamenta a própria noção de democracia e Estado Constitucional. É dizer, as partes não podem renunciar, unilateralmente, às garantias contrajurisdicionais, como o contraditório, a fundamentação, a publicidade, etc.⁶⁰¹. Não obstante, nada impede que as partes, conjuntamente, concordem em não invocar, temporariamente, determinada posição jurídica garantida por um direito fundamental, como a produção de certa prova ou a interposição de determinados recursos⁶⁰².

Assim, preenchidos os requisitos de validade subjetivos e objetivos presentes no art. 190 do CPC, a aplicação do negócio jurídico só pode ser negada quando contrariar algum direito processual previsto na Constituição Federal, tal como a supressão do direito de ação (*non-petendi*), cláusulas que dispensem a motivação da decisão⁶⁰³, dentre outros já trazidos à baila nas linhas anteriores. Por isso dizer-se que “os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também possibilidade de abdicar delas”⁶⁰⁴.

Impende salientar que o negócio jurídico processual, como qualquer outro, vincula não apenas o juiz de primeira instância, mas os eventualmente posteriores, que poderão, não obstante, realizar o mesmo controle *ex officio* de validade das cláusulas, vulnerabilidade das partes, constitucionalidade do negócio, etc. (resguardada a segurança jurídica).

Frise-se que, apesar de o art. 190 do CPC falar que apenas direitos que admitam autocomposição podem ser objeto de negócio jurídico processual, isso não se confunde com direitos disponíveis. É dizer, a indisponibilidade do direito não é, *per se*, óbice à realização de

⁶⁰⁰ MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 118-119.

⁶⁰¹ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 243-244.

⁶⁰² RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 245.

⁶⁰³ GASparetti, Marco Vanin. Negócios jurídicos processuais e o poder de julgar: limites objetivos das convenções processuais. In: **Revista de Processo**. vol. 327. ano 47. p. 109-125. São Paulo: Ed. RT, maio 2022, p. 122.

⁶⁰⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 178.

negócios jurídicos processuais⁶⁰⁵. Como diz Fredie Didier, as convenções processuais acerca de direitos indisponíveis só são proibidas se configurarem burla à indisponibilidade do direito⁶⁰⁶, o que só pode ser averiguado no caso concreto.

Dois são os argumentos mais proeminentes e difundidos contra a vinculação do juiz às convenções probatórias: i) o fato de o juiz ter de participar de negócios processuais que interfiram em sua atividade jurisdicional; e ii) o fato de o processo almejar a verdade – e, com isso, a justiça –, motivo pelo qual, se quer estes fins, o processo deve dar ao magistrado os meios para alcançá-los.

Marco Vanin Gasparetti afirma ser um falso problema o da vinculação ou não do magistrado ao negócio processual, uma vez que a função legitimadora do procedimento, “enquanto mecanismo indispensável para a aceitação, pelas partes, da decisão final, depõe contra qualquer salvaguarda que se queira estabelecer sobre a incidência da convenção processual sobre a ‘situação jurídica do Juiz’”. Por isso, conclui o autor, o limite à convencionalidade não pode ser o juiz, mas sempre a Constituição.⁶⁰⁷

É nevrálgico o ponto de que o próprio CPC determina a vinculação do juiz aos negócios jurídicos processuais, não podendo servir de argumento contrário o fato de que eles podem afetar a sua atividade (como o que limita a produção de prova), uma vez que todos os negócios jurídicos irão interferir na atividade do juiz, em maior ou menor grau⁶⁰⁸. Ademais, até mesmo negócios jurídicos de direito material interferem em como o juiz deve aplicar o direito (*e.g.*: um contrato de compra e venda tem o condão de vincular o juiz à ideia de mudança de propriedade da coisa negociada).

Em outras palavras, não é possível indicar a interferência na situação jurídica do juiz como óbice a certos negócios jurídicos probatórios, uma vez que há interferência – ora maior, ora menor – na atividade jurisdicional em toda e qualquer convenção processual. Um acordo de não recorribilidade exige do juiz que não admita recurso interposto (se acaso o negócio jurídico for válido), mesmo que todos os seus requisitos de admissibilidade estejam

⁶⁰⁵MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 114. No mesmo sentido, o enunciado nº 135 do FPPC: “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

⁶⁰⁶DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁶⁰⁷GASPARETTI, Marco Vanin. Negócios jurídicos processuais e o poder de julgar: limites objetivos das convenções processuais. In: **Revista de Processo**. vol. 327. ano 47. p. 109-125. São Paulo: Ed. RT, maio 2022, p. 119.

⁶⁰⁸PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 115.

preenchidos; logo, interfere na situação jurídica do juiz. Os exemplos nesse mesmo sentido são numerosos⁶⁰⁹.

Sobre o argumento de quem dá os fins, quer os meios, e, por conseguinte, se o CPC fala em verdade e justiça, ele assegura os meios necessários para que o magistrado alcance tais fins, é necessário reiterar algumas considerações. Em primeiro lugar, não é estranho ao direito, como a sobejamente afirmou no quarto capítulo do presente trabalho, limitar os meios para que o juiz chegue à verdade – ilustrando seu cunho garantista –, como a vedação à prova ilícita, a preclusão, a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada. O processo existe justamente para que os fins não justifiquem os meios, e mesmo a busca pela verdade é juridicamente condicionada, não raro.

Nesse diapasão, a busca pela verdade "não deve consistir em óbice para o respeito à convenção processual em matéria probatória"⁶¹⁰. A bem ver, a atividade instrutória do juiz é essencialmente limitada, seja pela Constituição ou pela lei; a limitação consensual é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento. A infundada resistência a essa limitação específica demonstra um ranço publicista que não parece conseguir abrir mão do protagonismo judicial no processo⁶¹¹.

No mais, como defendido de forma reiterada até aqui: enquanto garantia contrajurisdicional, o processo não pode jamais ser imaginado na tônica de que os fins justificam os meios – o que deveria ter caído por terra com o fim do sincretismo. Para o direito processual garantista, quem dá os fins os condiciona aos meios.

Luiz Guilherme Marinoni abre paradigmático artigo contrário à convenção processual sobre prova ressaltando que a liberdade dos indivíduos é bem dos mais importantes, e que a ingerência do Estado nessa liberdade não raro traz nefastas consequências ao desenvolvimento da própria sociedade. Não obstante, continua o autor, essa liberdade é substancialmente menos relevante dentro do processo, e que tentar equiparar os fins do Estado a uma espécie de fins de um Estado autoritário nada mais é do que recurso retórico que carece de honestidade intelectual. Dessa forma, diz o autor paranaense, “o processo contemporâneo deve dar vazão à vontade dos

⁶⁰⁹ A título de exemplo: um acordo de suspensão do processo exige do juiz que suspenda o feito; um acordo de escolha consensual do perito exige do juiz que tolere o perito escolhido pelas partes; um acordo de ampliação de prazos processuais exige do juiz que conheça de atos praticados fora do prazo original da lei, mas dentro do prazo acordado pelas partes, etc.

⁶¹⁰ MAFFESSONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 169.

⁶¹¹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Negócios Processuais*, v. 1, tomo I. Salvador: Juspodivm, 2020.

litigantes, desde que com isso não sejam prejudicados os valores que o Estado não pode deixar de atuar”.⁶¹²

Ainda segundo Marinoni, a positivação do direito às convenções processuais é mero sinal de que o Estado deve contar com a colaboração das partes para otimizar o processo, não de que às partes cabe ditar, em seu próprio proveito, o modo de ser da relação processual. Nesse diapasão, registra que a despeito de o processo também servir à resolução dos conflitos postos em juízo, não deve ser concebido como um sistema privado de cujos usuários são as partes. Conclui ser “absurdo” sustentar que a liberdade das partes possa se sobrepor aos fins do processo, mesmo porque a segurança jurídica é um desses fins, indissociável da própria ideia de liberdade.⁶¹³

E mais: para ele, a vedação ao direito de convencionar acerca do ônus da prova nada tem que ver com os poderes instrutórios do juiz. É que, segundo o autor, mesmo naqueles países em que o ordenamento jurídico expressamente proíbe a produção oficiosa da prova, deve ser negada a possibilidade de convencionar acerca da limitação instrutória, porquanto tal estipulação não configuraria óbice a um poder do juiz, mas sim a um dever: o dever de prestar a tutela jurisdicional justa, conforme sua convicção. Por conseguinte, para Marinoni, sem a necessária convicção, não pode o juiz decidir adequadamente; e a legitimação da jurisdição depende tanto de uma decisão adequada quanto de um procedimento adequado.⁶¹⁴

Por fim, o autor paranaense alude também a uma visão mais ampla e coletivista. Segundo ele, a limitação pactuada da prova também impede que o Judiciário defina o direito que irá guiar a sociedade, referindo-se à impossibilidade de formação de precedentes em casos de restrição probatória. Sintetiza, então, seu pensamento: é válido o negócio jurídico sobre prova que otimize e aperfeiçoe a convicção do magistrado, não o que a limite.⁶¹⁵

Não há dúvidas do cariz publicista que guia o raciocínio de Marinoni nesses pontos. Esse tipo de pensamento foi, de uma maneira geral, controvertido no segundo capítulo da presente pesquisa, quando se falou dos riscos de tratar o processo como um instrumento, nas mãos do Estado, em prol de escopos extrajurídicos. Tudo quanto fora dito, naquela ocasião, parece pertinente também aqui. Mas outras considerações precisam ser feitas.

⁶¹² MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 288, ano 44, fev., pp. 127-153. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 128-131.

⁶¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 288, ano 44, fev., pp. 127-153. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 131-133.

⁶¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 288, ano 44, fev., pp. 127-153. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 133-137.

⁶¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 288, ano 44, fev., pp. 127-153. São Paulo: Ed. RT, 2019.

Em primeiro lugar, é necessário salientar, como já aludido em linhas outras, que o garantismo aqui defendido não se confunde com uma odisseia ao chamado liberalismo processual, tampouco crê numa liberdade processual contra uma espécie de Judiciário intrinsecamente tirano. Não obstante, vê o processo como coisa pública para as partes, e vê nelas as maiores interessadas na resolução do conflito. É dizer: a finalidade do processo está mais em protegê-las e ouvi-las do que em tratá-las como meras espectadoras de um juiz em busca de justiça.

Em segundo lugar, causa estranheza que o autor apenas enxergue verdadeira colaboração naquilo que amplie os poderes do juiz, e não na convergência e na boa relação entre as próprias partes. Na prática, um dos óbices às convenções processuais é a animosidade entre os sujeitos parciais do processo; negar que haja cooperação numa convenção que traz consenso entre as partes litigantes, apenas porque tal fato supostamente atrapalharia a convicção do julgador, é enxergar na ideia de colaboração apenas algo que fortalece o próprio Estado-juiz e escanteia as partes – o que também foi criticado no segundo capítulo do presente trabalho, ao qual se remete o leitor.

Os arts. 190, 362 e 373 indicam nítida opção legislativa por conferir maior protagonismo às partes na produção da solução do conflito. Sendo assim, não podem ser elas, as partes, meros espectadores, mas verdadeiros agentes aptos a colaborar na produção da decisão judicial. Aliás, é mais prudente que sejam justamente as partes, que têm conhecimento dos fatos – que no comum dos casos estavam presentes quando da ocorrência dos eventos –, possam indicar como prová-los. Deixar isso a cargo do juiz "implica entregar tal tarefa para quem ignora o fato e, simbolicamente, faz da venda sua forma de vestimenta".⁶¹⁶

Também soa incompreensível, com máximo respeito a Marinoni, a ideia de que a convenção (de)limitadora de provas constitui óbice à segurança jurídica. A uma, porque a própria parte pode antever as provas que serão produzidas; a duas, porque consegue antever que critérios o magistrado terá em mãos para exercer o seu mister decisório. Tais previsões, frise-se, vêm da vontade dos próprios sujeitos interessados, e não de imposição legal em qualquer sentido. Não apenas resta mantida a segurança jurídica, como fortalece o – e é fortalecida pelo – autorregramento da vontade.

Como bem assevera Beclaute Oliveira Silva, o negócio jurídico não servirá para fixar a verdade, mas para estabelecer como o fato poderá ser provado. A partir disso, o magistrado deverá construir a norma a partir de critérios estipulados por lei e pelas partes, o que "não é novidade", como se vê pela regra da adstrição, por exemplo, que "atrela o magistrado aos limites

⁶¹⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios processuais**. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 581-583.

do litígio proposto pela parte".⁶¹⁷ Logo, o processo é mais previsível e seguro para os próprios litigantes.

Por fim, no que diz respeito ao argumento de que o autorregramento da vontade impede a formação dos precedentes, Marinoni não parece chegar à conclusão mais acertada. É verdade que a decisão em processo de instrução limitada também limita a formação de precedentes, mas retorna-se aqui a uma das questões fundamentais do presente trabalho: a função primordial do processo é servir de garantia às partes; a criação de precedentes é consequência secundária – não principal. E mais: não parece ser o comum dos casos a existência de convenção sobre provas, logo, é provável que haja perante o juízo, corriqueiramente, outros casos com objeto similar. Caso não haja, o precedente que deixou de se formar por conta da convenção não terá feito tanta falta à sociedade.

De mais a mais, outro sólido argumento favorável à possibilidade de delimitação das provas pela parte nos processos, e que de certa forma se contrapõe às insurgências contrárias a tal possibilidade, é o de que quem pode o mais, pode o menos. É dizer, se as partes podem, independentemente de juízo de admissibilidade e conveniência pelo juiz, simplesmente desistir do processo, renunciar ao direito deduzido em juízo ou reconhecer juridicamente o pedido, confessar, ser revel, etc., nada obsta que lhes seja permitido delimitar os meios e as fontes de prova⁶¹⁸.

Não faria sentido que as partes pudessem renunciar por completo à jurisdição – com uma convenção de arbitragem –, mas não pudessem renunciar apenas a aspectos específicos da jurisdição estatal, adaptando os procedimentos à forma que entendam mais adequada ao deslinde do litígio⁶¹⁹.

6. CONCLUSÃO

O processualismo científico atrelou o publicismo ao modo de se enxergar o processo, que permanece sendo pensado como instrumento nas mãos do Estado com os mais diversos escopos de efetividade e justiça possíveis. Foi possível identificar as bases em que a atual doutrina processualista brasileira se funda. Tais bases, muito embora não raro defendidas sob

⁶¹⁷ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios processuais**. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 581.

⁶¹⁸ MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 144.

⁶¹⁹ GASparetti, Marco Vanin. Negócios jurídicos processuais e o poder de julgar: limites objetivos das convenções processuais. In: **Revista de Processo**. vol 327. ano 47. p. 109-125. São Paulo: Ed. RT, maio 2022, p. 119

denominações distintas, soem compartilhar de conclusões centrais, as mais essenciais em cada um de seus respectivos núcleos fundantes.

Essa maneira de ver o processo, imbuída de ideologia, pressupõe um juiz ativista, é dizer, um juiz protagonista da atividade instrutória. Isso porque, sem um juiz preocupado com a verdade e com os fins públicos do processo, não há maneira de justificar o processo sob o enfoque da jurisdição. Se a jurisdição está no centro da teoria do processo, ligada a uma visão teleológica meio-fim, é necessário alçar o agente estatal à condição de um super juiz: um juiz-antena.

Nada obstante os importantes avanços teóricos da doutrina cooperativista em prol do contraditório, ela ainda não se desvencilha de maneira satisfatória do juiz proativo, muitas vezes defendendo, ainda que inadvertidamente, o acúmulo de funções do magistrado dentro do processo.

Buscou-se ainda analisar criticamente o movimento neoconstitucional em seu contexto histórico, bem como seus influxos no direito processual civil, servindo hoje como o grande sustentáculo da doutrina neoprocessualista. Dentre suas características estão as pretensas superação do positivismo jurídico, a reaproximação entre o direito e a moral, a utilização de princípios – com vistas a fazer preponderar o caráter axiológico em busca de justiça –, além de outras. O ponto comum entre tais características é a forte noção, em todas elas, da necessidade de um juiz ativo e criativo, protagonista do processo, em busca da verdade e da concretização da força normativa da Constituição.

Como se anotou, o movimento neoconstitucional não se coaduna com os preceitos constitucionais de limitação do poder, pois que busca enxergar no direito um instrumento nas mãos dele, e não sua necessária contenção. Tampouco se coaduna com a ideia de democracia, pois pretende passar por cima da instância político-jurídica do Poder Legislativo e inflamar a concretização de escopos jurídicos – e metajurídicos – diretamente a partir do Poder Judiciário.

Poder-se-ia objetar, e não seria de todo despropositado, que a crítica aqui realizada a juízes que agem ao arrepio da lei – em busca de justiça – não possuiria pertinência temática com os poderes instrutórios oficiosos, ou que, o que seria pior, tal premissa teria o condão de fortalecer os argumentos em prol dos aludidos poderes – pois que devidamente positivados no art. 370 do Código de Processo Civil. Muito embora coerente pudesse parecer o raciocínio, fato é que careceria da compreensão de que a vagueza do aludido dispositivo é não raro encarada como permissiva de uma ampla gama de poderes investigativos e protagonísticos do juiz, tudo isso com arrimo na doutrina do processo justo aqui estudada. E isso precisou ser esclarecido.

Não apenas por esse fato o diálogo com o moralismo jurídico foi necessário; também porque, uma vez que se enxergue o processo como instrumento, restam obnubiladas discussões acerca da constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais que soem ferir garantias previstas na própria Constituição, tudo em busca de maior efetividade. Foi preciso, portanto, realinhar o processo à devida ótica constitucional, para, apenas depois de firmadas essas novas bases (e, pois, infirmadas as antigas), seguir-se à análise dos poderes instrutórios oficiosos.

Ao analisar-se a verdade, foi percebida a nítida influência da filosofia nas correntes de pensamento hoje existentes no direito. Das acepções de verdade, uma pode ser tida como a definição mesma, a verdade por correspondência, enquanto as outras podem, a depender da situação, ser vistas como critérios para se afirmar que a primeira foi atingida – uma vez que a certeza acerca de seu atingimento não é possível, restando aos seres humanos conformar-se com uma verdade factível.

Foi visto ainda que, no direito, a busca pela verdade correspondência é não raro usada como pretexto para a defesa de diminuição de garantias no processo, tais como o inchaço dos poderes instrutórios do juiz, a relativização da coisa julgada e a proibição de negócios jurídicos processuais acerca dos enunciados de fato da causa. Essa visão deve ser rechaçada de imediato, e vários são os exemplos de limitação jurídica e lógica a esse tipo de pensamento, tais como a existência das regras contra-epistemológicas, bem como das limitações causadas pela corrosão que o tempo causa ao evento, que está no passado, e na memória do sujeito cognoscente.

Uma vez que se passe a enxergar o direito processual não como um instrumento nas mãos da jurisdição (poder), mas sim um método de diálogo contra o arbítrio (processo/garantia), todo panorama doutrinário muda de figura. O juiz sai do centro gravitacional do processo para dar espaço às partes, sendo certo que todos deverão exercer as funções a cada um afeitas, de modo que essas últimas terão direito ao contraditório e, ao juiz, será exigido que zele por esse direito fundamental.

Defendeu-se, por fim, que essa mudança de perspectiva leva a uma nova leitura da instrução probatória, que não mais pode ser vista como campo livre pelo qual o magistrado trafega. Como consectário que é do contraditório, o direito à prova deve ser mantido à disposição daqueles que possuem real interesse no deslinde da lide, as partes, a não ser em casos excepcionais que envolvam direitos indisponíveis. Como consequência, o redimensionamento não apenas do contraditório, da imparcialidade e do ônus da prova garantem maior participação dos sujeitos parciais no processo – e, por conseguinte, maior legitimidade democrática para o instituto –, mas também do autorregramento da vontade, a permitir que as partes instituam

negócios jurídicos processuais sobre prova, independentemente de homologação da convenção pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thot, 2019.

AGOSTINHO. **Solilóquios**. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulius, 1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Cadernos do programa de pós-graduação Direito UFRGS**. Vol. 2, n. 4, Pp. 119-130, 2004. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49187/30822>>. Acesso em 04.06.2023.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para implementação das novas tendências no CPC/15. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. v. 1. São Paulo: Fonte Editorial, 2020.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969.

AROCA, Juan Montero. *Proceso y verdad: contribución a um debate que algunos quieren jurídico, pero es que es político*. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thot, 2019.

AROCA, Juan Montero. Ideología y proceso civil: su reflejo en la “buena fe procesal”. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1: parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo do processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, Pp. 1-19, jan./mar. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER, Freddie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano II, n. 11, pp. 5-14 mai./jun. 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Ano 23, n.82, 4º trimestre, Pp. 109-157, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** – v. 1. 11. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* ed. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia**: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. Londrina: Editora EDA, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.286.704/SP**. Relatora Min. Nancy Andrigi. Brasília, Julgamento em: 26 nov. 2013. T3 – Terceira Turma. Disponibilização DJe: 09.12.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 332.142/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Terceira Turma. Brasília, 02 dez. 2014. DJe 09.12.2014

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 149, ano 32, jul., pp. 339-364. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CALMON DE PASSOS, J. J. Avaliação crítica das últimas reformas no processo civil. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Público – **RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 9-17, jan./fev. 2009.

_____. O processo administrativo na Constituição de 1988. In: **Ensaios e artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Revista de Processo. São Paulo. In: **Revista dos Tribunais**, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao professor Luiz de Pinho Pedreira. Salvador: REVISTA 17. indd 1, 2008.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso. Traducción de Aurelio Romo. **Revista de la facultad de derecho de México**, n. 12, pp. 97-85, 1953.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas**: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas. Belo Horizonte: Letramento, 2021

CARVALHO FILHO, Antônio. **A desconstrução do processo justo**: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

_____. Democracias frágeis e o limite do poder. **Empório do Direito**. Coluna Garantismo Processual, n. 93. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/93-democracias-frageis-e-o-limite-do-poder>>. Acesso em: 04.06.2023.

_____. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. **Empório do Direito**, Coluna ABDPro, n. 2. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 19.06.2023.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre libertad y autoridad (el reglamento de Klein). In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. In: **XIII Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista**: la prueba judicial en un proceso republicano, aportes desde el garantismo procesal, Azul, nov. 2014.

_____. Garantia: dois sentidos, duas teorias. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021.

_____. Garantismo, liberalismo e neoprovatismo. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021.

_____. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Notas para uma garantística. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021.

_____. O direito processual e a finitude do juiz. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021.

_____. O fundamento do Ministério Público. In: **Processo e garantia**, v. 1. Londrina: Thot, 2021.

_____. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no direito brasileiro. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021.

_____. Prova e verdade. In: **Processo e garantia**. v. 1. 3. reimpressão. Londrina: Thot, 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Desoneração de produzir prova contra si no processo civil. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-10/paradoxo-corte-desoneracao-produzir-prova-si-processo-civil2>>. Acesso em: 18 mai. de 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. (Org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1, tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 14. ed. 2020.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina. Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DELFINO, Lúcio; PEGINI, Adriana Regina Barcellos. Reflexões acerca do processo como garantia das garantias e dos seus papéis fundamentais de preservação das

liberdades e contenção do arbítrio judicial. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Thot, 2019.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: **Revista Direito Processual Civil**. ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, 26-50, jan./jun. 2022.

DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito** (edição do Kindle). 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** – v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – v. 1. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

_____. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

_____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 1, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Estudos de Direito Público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista (versão do Kindle). Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al

(Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um diálogo com Luigi Ferrajoli (Versão do Kindle). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. **Valoração racional da prova**. Tradução Vitor de Paula Ramos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FOUCALT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O inevitável uso dos valores na interpretação: um necessário estudo do garantismo processual. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Trad. Ravi Peixoto. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GASPARETTI, Marco Vanin. Negócios jurídicos processuais e o poder de julgar: limites objetivos das convenções processuais. In: **Revista de Processo**. vol. 327. ano 47. p. 109-125. São Paulo: Ed. RT, maio 2022.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo I. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. **Convenções sobre o ônus da prova** - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. In: **Revista Iberoamericana de derecho procesal**. Buenos Aires, año VI, n. 9, pp. 227-241, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: **Revista eletrônica de direito processual**. Disponível em

<<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>, 2007, v.1.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: Editora EDA, 2020.

_____. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, p. 25-54, 2016.

JUSTINIANO. **Corpus juris civilis digesto**, Livro I. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasília: TRF1 – ESMAF, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: Juspodivm, 2022.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: FUMEC, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LUNA, Rafael Alves de. A questão da busca da verdade no processo civil brasileiro: entre ideologias e argumentação. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie Didier (Coord.). **Teoria do processo – panorama doutrinário mundial**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Freddie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: Revista de Processo – **RePro**. Vol. 288, ano 44, fev., pp. 127-153. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 1º a 69 – t. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil – v. 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coordenadores). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?/ coordenação– São Paulo: Método, 2008.

MERCHIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Trad. Henrique Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (edição do Kindle). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.

_____. O ônus da prova e seus inimigos. In: **Revista de Processo**. vol. 306, p. 17–47, ago. 2020.

_____. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2023.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). **Revista de Processo – RePro**, v. 293, p. 19-47, jul. 2019.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Introdução ao estudo do processo**: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo horizonte: Letramento, 2020.

PLATÃO. **A república**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**: introdução à ciência do direito. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedural. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo?** A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Negócios Processuais**, v. 1, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020.

RAMOS, Glauco Gumerato. Expectativas em torno do novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: Revista Brasileira de Direito Processual – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun., 2015.

_____. Patrono póstumo da escola brasileira de garantismo processual: José Joaquim Calmon de Passos. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos**. Londrina: Thot, 2021.

_____. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no Processo Civil e sua conformação constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. O procedimento probatório no Novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) **Grandes temas do novo CPC**, v.5, Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REICHELT, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O direito fundamental de não produzir prova contra si e o *iura novit curia* versus o princípio *candor toward the court: duty to disclose adverse authority* no sistema brasileiro de padrões decisórios: limites e possibilidades. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 48, n. 336, p. 21-45, fev. 2023.

ROSSI, Júlio César. Garantismo processual versus “neoprocessualismo”: as iniciativas probatórias oficiais são constitucionais? In: **Empório do Direito**. Coluna Garantismo Processual, n. 38. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/38-garantismo-processual-versus-neoprocessualismo-as-iniciativas-probatorias-oficiais-sao-constitucionais>>. Acesso em: 04.06.2023.

RUSSEL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental**: a filosofia moderna. Livro 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan.

2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 mar. 2023.

SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. In: **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan./abr. 2022.

_____. O enunciado (dialógico) na decisão jurídica: nas sendas de Mikhail Bakhtin. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 47, n. 185, p. 123-133, jan./mar., 2010.

_____. Relação do Poder Judiciário e Democracia no Pensamento de Calmon de Passos. In: **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol 1, n. 2, p. 192-201, Jul./Dez. 2020.

_____. Teoria da Prova: um Diálogo com Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Freddie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Org.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios processuais**. Org.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

_____. O caráter mítico da cooperação processual. **Empório do Direito**. Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

_____. Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo. In: CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Direito, processo e garantia**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. Londrina: Thot, 2021.

SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.). **Provas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz**: a prova *ex officio* e a quebra de imparcialidade judicial. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

STRECK, Lênio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. In: **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Comentários ao código de processo civil**. (Org.) STRECK, Lenio Luiz, et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. (versão do Kindle). Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um diálogo com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 04.06.2022.

_____. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In: **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016.

TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? In: **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 1, p. 129-151, jul. 2008.

_____. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 59. ed. São Paulo: Gen, 2018.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário** (Edição do Kindle). 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

_____. *Los sistemas procesales*. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; ZORZOLI, Oscar (Org.). **El debido proceso**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. *Proceso y verdad*. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al (Org.). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thot, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.