

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
BÁRBARA MEIRELLES SOUZA**

**ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL: uma análise crítica sobre os
poderes instrutórios do juiz**

**Juiz de Fora
2017**

BÁRBARA MEIRELLES SOUZA

**ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL: uma análise crítica sobre os
poderes instrutórios do juiz**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito sob
orientação do Prof. Dr. Márcio
Carvalho Faria

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

BÁRBARA MEIRELLES SOUZA

ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL: uma análise crítica sobre os poderes instrutórios do juiz

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Mônica Barbosa dos Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Natália Cristina Castro Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017.

Agradeço aos meus amigos e amigas, aos meus professores e aos meus familiares. Agradeço em especial ao meu pai Luciano e à minha mãe Soraya, que tornaram o meu sonho de graduar em Direito na UFJF possível; ao meu irmão Gustavo pela paciência e ajuda, principalmente nos anos em que moramos juntos; e ao Rafael, meu namorado, pelo incentivo e apoio. Não poderia deixar de agradecer, ainda, a todos os meus professores de Processo Civil, em especial ao Márcio, à Clarissa, à Mônica e à Aline que despertaram em mim o entusiasmo pela disciplina.

RESUMO

A atuação do juiz no processo é alvo de inúmeros debates, sobretudo no tocante a sua participação na fase probatória. De acordo com a concepção publicista, o juiz deve gozar de amplos poderes instrutórios, na medida em que o processo interessa não só às partes, mas também ao Estado. Já a corrente privatista defende uma atuação mais contida do órgão judicial, uma vez que compete às partes instruir o processo com o material necessário para confirmar as suas alegações. Dentro deste contexto, o presente estudo tem como objetivo provocar uma discussão acerca da prova de ofício à luz do formalismo-valorativo, atual marco teórico do processo civil brasileiro. Conclui-se que, não obstante as complexidades do tema, a fim de se superar o discurso de caráter maniqueísta, a atuação do juiz deve sempre se pautar nos valores de justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança.

Palavras-chave: Direito probatório. Poderes instrutórios. Publicismo e privatismo. Formalismo-valorativo.

ABSTRACT

The judge's role in the process is the subject of numerous discussions, especially regarding his participation in the law of evidence. According to the publicist conception, the judge must produce evidence without restriction, since the proceedings concern not only the parties, but also the State. On the other hand, the privatista defend a contained action of the judicial organ, because it is the duty of the parties to instruct the process with the necessary material to confirm their allegations. In this context, the present study aims to provoke a discussion about the proof of office in the light of the formalism-value, current theoretical framework of the Brazilian civil process. It is concluded that, despite the complexities of the subject, in order to overcome the discourse of Manichean character, the performance of the judge must always be based on the values of justice, equality, participation, effectiveness and security.

Keywords: Law of evidence. Instructional powers. Publicism and privatism. Valuable-formalism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
N.º	Número
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 PROCESSO, PROVA E VERDADE.....	11
1.1 Conceito de prova.....	11
1.2 Objeto da prova.....	11
1.3 A prova enquanto direito fundamental.....	12
1.4 Prova e a busca pela verdade.....	13
2 PUBLICISMO E PRIVATISMO.....	16
2.1 A origem do debate	16
2.2 Principais controvérsias sobre os poderes instrutórios do juiz.....	17
2.2.1 Imparcialidade do juiz.....	18
2.2.2 Autoritarismo político e processual.....	20
2.2.3 Princípio dispositivo.....	21
2.2.4 Verdade e justiça	23
3. O FORMALISMO VALORATIVO E OS PODERES DO JUIZ.....	25
3.1 A transformação do processo civil e o formalismo-valorativo.....	25
3.2 O modelo cooperativo de processo.....	27
3.3 A instrução probatória à luz de um processo efetivamente democrático.....	28
3.3.1 A prova de ofício e o juízo imparcial.....	30
3.3.2 A prova de ofício no Código de Processo Civil de 2015.....	31
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

É certo que o campo do direito processual passa por constantes modificações. Sabe-se que ao final do século XIX, o processo era regido por princípios privatistas, sendo reflexo do liberalismo vigente à época¹. Com o passar do tempo, já no século XX, houve o desenvolvimento da ciência processual, momento em que o processo deixou de ser visto como “coisa das partes”. A partir de então, houve uma publicização do processo civil e o juiz passou a ter o comando efetivo do processo, tendo por base o interesse público. Percebe-se, portanto, modelos que se contrastam por completo. Se em um primeiro momento o juiz era visto como uma figura inerte, que se limitava a assistir o duelo travado entre as partes, no modelo publicista o juiz passou a participar ativamente, sendo atribuído a ele, inclusive, o poder de, *ex officio*, assumir a iniciativa probatória.

No final do século XX e início do século XXI, a discussão sobre os poderes instrutórios do juiz ganhou novos contornos em razão de estudos produzidos na Europa, especialmente pelo espanhol Juan Montero Aroca (autor de importantes obras como *La prueba en el proceso civil e Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*) e pelo italiano Franco Cipriani². Segundo essa nova corrente (ou orientação), que ficou conhecida como “revisionista” ou “privatista”, não é possível admitir em um Estado Democrático de Direito um processo construído e interpretado sob a perspectiva do juiz.

Não obstante o embate entre privatistas e publicistas, que também pode ser identificado como a tradicional contraposição entre o modelo acusatorial e inquisitorial do processo civil, surgiu na doutrina uma terceira concepção de processo. Trata-se do modelo cooperativo³, calcado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e no redimensionamento do princípio do contraditório. Nesse modelo, a condução do processo não é determinada exclusivamente pela vontade das partes. Também deixa de existir a figura do juiz que se coloca em posição assimétrica em relação aos demais sujeitos do processo, conduzindo-o de forma inquisitorial. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem que nenhum dos sujeitos processuais assumam uma posição de protagonismo.

¹ Sobre a evolução histórica do processo civil do século XIX ao século XXI: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 68-69.

² Sobre a evolução histórica do debate provocado pela corrente privatista, consulte: RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, in *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 277-284.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, in *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 207-217.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral contribuir para o estudo do papel do juiz na instrução probatória, já que se torna imperativo fazer uma análise crítica sobre os seus pontos vulneráveis, sendo necessário, para tanto, um aprofundamento teórico a respeito das principais correntes que tratam sobre o tema.

As razões que justificam abordar o assunto aqui proposto são, primeiramente, a sua importância prática, tendo em vista a enorme relevância do tema da prova (e dos fatos) no processo. Além disso, justifica-se o presente estudo em virtude da necessidade de maior dedicação acadêmica sobre o tema. Embora haja diversas obras e publicações que se destinam a discutir o papel do juiz na fase probatória, a falta de consenso, principalmente na doutrina, que se coloca em posições antagônicas, dá margem para diversas interpretações, o que gera um sentimento de insegurança jurídica.

Sendo assim, na primeira parte, são feitas algumas considerações primordiais sobre o instituto da prova, tais como, conceito, objeto e a sua finalidade, com o objetivo de discutir a prova enquanto direito fundamental. Além disso, será estudada a relação entre prova e verdade e o importante papel que esta última assume no processo. Vale mencionar que a busca da verdade funcionaria como um fator de legitimidade para o modelo publicista.

O segundo capítulo será destinado à apresentação do publicismo e privatismo. Inicialmente será feita uma breve contextualização sobre cada corrente, bem como a identificação de seus principais expoentes na doutrina internacional e pátria. A partir de então, serão apresentados os quatro pontos de maior discussão doutrinária no tocante aos poderes instrutórios do juiz. São eles: a) imparcialidade; b) autoritarismo político e processual; c) princípio dispositivo; e d) verdade e justiça.

O terceiro capítulo será destinado a enfrentar as incompatibilidades dos dois modelos anteriormente apresentados com o ordenamento, tendo em vista o marco teórico atual do processo civil brasileiro, qual seja, o formalismo-valorativo, que se pauta nos aspectos éticos do processo, com destaque às ideias referentes à boa-fé processual, ao cooperativismo e ao devido processo legal. Propõe-se, assim, um modelo de processo equilibrado e justo, em que se busque a efetivação de direitos materiais da forma mais satisfatória possível, sem que isso represente a inobservância de preceitos básicos do Estado Democrático de Direito.

1- PROCESSO, PROVA E VERDADE

1.1 Conceito de prova

De acordo com o dicionário Michaelis⁴, uma das definições possíveis para a palavra prova seria: “Aquilo que demonstra a veracidade de uma afirmação ou de um fato; confirmação, comprovação, evidência.”. Trata-se, portanto, de um conceito comum ao cotidiano, de ampla interdisciplinaridade que não se limita ao campo do direito processual.

No âmbito jurídico, Fredie Didier⁵ ensina que existem três acepções quanto à palavra prova: a) a primeira é utilizada para designar o ato de provar; b) a segunda é utilizada para designar o meio de prova propriamente dito; c) e a terceira e última serve para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos na intenção de buscar o convencimento judicial. O autor ainda completa que nas duas primeiras acepções se estaria falando de prova em um sentido objetivo. Já no último caso, o termo prova se consubstanciaria em um sentido subjetivo.

No entendimento de Alexandre Freitas Câmara⁶, é prova “(...) todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato.”. Nessa linha, provas seriam todos os elementos que poderiam determinar a verdade dos fatos alegados pelas partes, que alcançariam ou não a consequência jurídica pretendida.

1.2 Objeto da prova

Tradicionalmente, afirma-se que os fatos são o objeto da prova. Nesse sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Junior⁷ que afirma que: “São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.”. Este, contudo, não é um conceito pacificado. Parte da doutrina entende que o objeto da prova são as alegações referentes ao fato, e não o fato propriamente dito. Alexandre Câmara⁸, por exemplo, defende que as provas não se destinam a criar a certeza dos fatos, mas a convencer o juiz sobre tal certeza. Em suas palavras: “(...) o objeto da prova é constituído pelas alegações das partes a respeito dos fatos.”, podendo essas alegações ser

⁴ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prova>, acesso em 01/05/2017 às 19h.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 38-39.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 353.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civi...*, ob. cit., p. 1265.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual...*, ob. cit., p. 356.

verdadeiras ou não. Em sentido semelhante é a posição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁹.

Não obstante tais divergências, é certo que o objeto da prova recai sobre matéria fática, devendo ser provados os fatos pertinentes e relevantes para o processo. Em regra, o direito não depende de prova, uma vez que é dever do juiz conhecê-lo. Contudo, o próprio CPC excepciona essa regra ao prever em seu art. 376 a possibilidade de o magistrado requerer a comprovação do teor e da vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando invocado.

1.3 A prova enquanto direito fundamental

Depreende-se dos ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁰ que os direitos fundamentais do homem representam situações jurídicas, objetivas e subjetivas, positivadas na intenção de preservar a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Nesse sentido, diante da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), que contempla o direito ao amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), afirma-se que o direito à prova está inserido no rol dos direitos fundamentais¹¹.

Ademais, trata-se de um direito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n.º 678/69¹², no seu art. 8º e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n.º 592/92¹³, no seu art. 14.1, alínea “e”. Vale lembrar que, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à prova não tem caráter absoluto. Dessa forma, o ordenamento cuida de criar limitações a esse direito sempre que houver uma colisão de valores¹⁴.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178-180.

¹¹ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 2..., ob. cit., p. 260; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1..., ob. cit., p. 1262; TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático, *in Revista de Processo*, v. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai 2011, p. 111-135.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm, acesso em 03/05/2017 às 18h34.

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 03/05/2017 às 18h35.

¹⁴ Sobre os limites da atividade probatória consultar: GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *in Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, p. 301-551, especialmente p. 361-390. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923>, acesso em 03/06/2017 às 19h.

No tocante ao princípio do contraditório, Fredie Didier¹⁵ ensina que o mesmo possui uma dimensão formal e substancial, sendo que o direito à prova decorre dessa segunda dimensão, representada pela possibilidade de influência na decisão judicial. Ensina também que se trata de um direito de caráter complexo, que se decompõe nas seguintes situações jurídicas:

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

Nessa toada, a prova passa a ser um dos elementos mais importantes do direito de defesa, que não se limita ao direito de participar e propor a sua produção. É preciso também que seja conferido às partes a possibilidade de produzir todas as provas lícitas que possam ter alguma relevância para o êxito da ação ou da defesa, e que elas tenham a garantia de que essas provas serão valoradas pelo órgão julgador.

À vista disso, não parece ser acertada a decisão que indefere a produção de um meio de prova, sob o fundamento de que já houve a formação do convencimento. Diante dessa concepção da prova enquanto direito fundamental, é preciso que o magistrado adote uma postura tolerante no tocante à sua produção, ainda que a probabilidade de êxito seja remota. Não significa dizer que deve ser aberto espaço para as condutas procrastinatórias. Todavia, é imprescindível que o juiz permita-se, de fato, ser convencido¹⁶.

1.4 Prova e a busca pela verdade

A verdade possui grande relevância para o estudo das provas. Mostra-se necessário analisar em que medida o processo está estruturado para o alcance da verdade, para que, a partir disso, seja possível avaliar qual o melhor modelo de participação do juiz na atividade probatória.

Apesar de existir certo consenso quanto à impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, o tema é alvo de inúmeras controvérsias, principalmente no tocante ao papel que ela assume no processo.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2..., ob. cit., p. 41.

¹⁶ Nesse sentido: FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 192-193.

Conforme bem ponderado por Leonardo Greco¹⁷, a maior parte dos fatos investigados no processo ocorreu no passado, razão pela qual eles só poderão ser comprovados mediante provas indiretas, tais como depoimento testemunhal, apresentação de documentos e perícias descritivas de circunstâncias que não deixaram vestígios ou que os vestígios desapareceram. A reconstrução desse fato sempre virá com uma carga de subjetivismo, seja por parte das pessoas que o assistiram, seja por parte daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta¹⁸.

Porém, ainda que se reconheça essa carga de subjetivismo, não significa dizer que a clássica dicotomia entre verdade formal e verdade material deve ser aceita. A verdade não comporta adjetivações desse tipo, ela é una. Ao se trabalhar com um conceito absoluto, é imperioso que se reconheça que qualquer hipótese que se afaste dessa ideia de verdade substancial será uma mentira, uma vez que não existem meias verdades. Não há que se diferenciar, portanto, a busca pela verdade que ocorre dentro ou fora do processo, pois, em todos os casos, essa busca será sempre relativa¹⁹. De acordo com Didier Jr.²⁰, “o mais correto, mesmo, seria entender a verdade no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana.”.

Assumir a impossibilidade de se alcançar a verdade, porém, não diminui a sua relevância. Michele Taruffo e Gian Antonio Micheli²¹ ensinam que a verdade no processo não constitui um fim em si mesmo, entretanto, insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado. Nesse sentido, Taruffo²² a qualifica como um dos escopos institucionais do processo. No entender de Leonardo Greco²³:

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática *capenga*, incompleta impedindo-se de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam.

¹⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil...*, ob. cit., p. 255.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2..., ob. cit., p. 46;

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2..., ob. cit., p. 46-47;

²¹ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova, in *Revista de Processo*. v. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez. 1979, p. 51-68.

²² TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, *apud* GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 2..., ob. cit., p. 95.

²³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II..., ob. cit., p. 95.

Nessa linha, percebe-se que a verdade é encarada como fator legitimante das decisões judiciais. Sobre isso, algumas considerações merecem ser feitas.

É certo que após o movimento de constitucionalização do direito, o processo passou a ser um reflexo da Constituição. Assim, devem refletir no processo aqueles valores que a Constituição consagra como relevantes. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco²⁴ expõe que uma das relações que se estabelecem entre o sistema processual e a Constituição é exatamente a missão das normas constitucionais de ditar o padrão político da vida do processo. Dessa forma, assim como ocorre na Constituição, ocorre no processo a colisão de uma série de valores que precisam ser harmonizados.

Nessa ordem de convicções, a verdade nem sempre é um valor preponderante, razão pela qual não pode ser perquirida a qualquer preço no bojo do processo. Há situações em que ela é relegada a um segundo plano, seja porque sua obtenção é impossível, seja porque, mesmo quando possível conhecê-la, impõe-se a prevalência de outros valores. De nada adianta uma cognição judicial que se aproxima ao máximo da realidade fática, se daí derivar uma decisão que não observa garantias, tais como: juízo imparcial; proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/88); decisões motivadas (art. 93, IX, CF/88); processo público (art. 5º, LX, CF/88) e com duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88); e que a decisão seja fruto de um processo em que foi observado o contraditório participativo (art. 5º, LV, CF/88).

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. v I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

2 - PUBLICISMO E PRIVATISMO

2.1 A origem do debate

A partir do fenômeno de publicização do direito processual, o Estado, representado pela figura do juiz, assumiu posição de supremacia na relação jurídica processual. Foi atribuído ao magistrado o poder de conduzir o andamento do processo e de investigar os fatos, com a determinação de provas de ofício, atuando em conjunto com as partes na fase probatória na intenção de alcançar a verdade²⁵.

A discussão sobre o papel do Estado no processo, contudo, ganhou novos contornos no final do século XX e início do século XXI, e teve como principal fomentador o processualista espanhol Juan Montero Aroca, responsável pela publicação de sucessivos ensaios e pelo livro *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*²⁶. Segundo Aroca, as novas diretrizes políticas que orientaram a *Ley de Enjuiciamiento Civil española* demonstravam que o processo estava passando por uma alteração de paradigma, com o esvaziamento de seu conteúdo publicístico.

As obras do espanhol tiveram grande repercussão, principalmente na Itália, local em que o debate já havia sido provocado por Franco Cipriani, que em 1995 publicou um estudo profundo sobre o aspecto ideológico em que se baseou o CPC austríaco projetado por Franz Klein, e sobre a sua influência no CPC da Itália de 1940, que surgiu no auge do regime nazifascista²⁷.

Já em 2006, Montero Aroca²⁸ foi responsável por compilar os principais textos até então publicados na América Latina e Europa sobre a temática. Percebe-se que a partir disso a cisão entre as correntes publicista e privatista torna-se ainda mais evidente. Aroca chega a dizer no prólogo da referida obra que foi imputado a ele o fato de “dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo.”²⁹

²⁵ Sobre a evolução histórica do processo civil do século XIX ao século XXI: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual...*, ob. cit., p. 68-69.

²⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant ló Blanc, 2001, *apud*, RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil...*, ob. cit., p. 279.

²⁷ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, in *Revista de Processo*, vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2008, p. 29-56; RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil...*, ob. cit., p. 277-278.

²⁸ MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*. 1. ed. Valencia: Tirant ló Blanch, 2006, *apud*, GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit., p. 29-56.

²⁹ AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia...*, ob. cit., p. 17, *apud*, RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil...*, ob. cit., p. 279.

Na América Latina a corrente privatista também ganhou força com Adolfo Alvarado Velloso na Argentina e Glauco Gumerato Ramos no Brasil. Em suma, o privatismo ou garantismo, como também ficou conhecido, caracteriza-se por uma revalorização do princípio dispositivo na intenção de conter o excessivo papel do juiz no processo, principalmente em relação à determinação de provas de ofício.

Em oposição à concepção privatista, a corrente publicista reúne grandes nomes como Giovanni Verde, Picó i Junoy e José Carlos Barbosa Moreira³⁰. Defendem que o juiz deve ter amplos poderes probatórios, na medida em que não deve limitar esforços para proferir uma decisão mais próxima possível da realidade fática. Percebe-se, assim, que para os publicistas o conceito de verdade e justiça possuem grande relevância dentro do Direito.

2.2 Principais controvérsias sobre os poderes instrutórios do juiz

Nota-se que, de um modo geral, tanto os publicistas quanto os privatistas tendem a assumir um posicionamento rígido em relação à participação do juiz na atividade probatória, não admitindo uma mescla de opiniões. Esse antagonismo torna-se mais claro quando se analisa obra de Adolfo Alvarado Velloso³¹, em que o processualista expõe sobre as incompatibilidades entre os sistemas processuais³². O autor defende a adoção de um sistema processual acusatório e rechaça qualquer tipo de norma apta a contaminá-lo de inquisitivismo. Para ilustrar sua posição, utiliza-se da seguinte metáfora: se em um copo com água cristalina coloca-se uma única gota de tinta azul, todo o seu conteúdo ficará desta cor e nunca mais será o que era até então. Assim, do mesmo modo, se em um sistema processual de caráter acusatório, admite-se a prova de ofício pelo juiz, esse processo se contaminará por completo pelo sistema inquisitorial, o que, na visão do processualista, deve ser repudiado.

Apesar de ser uma ampla discussão, é possível destacar alguns pontos que geram maiores controvérsias entre publicistas e privatistas no tocante à produção de prova de ofício, os quais serão analisados a seguir.

³⁰ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit., p. 3.

³¹ VELOSSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*, in *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 13-34.

³² Sobre a classificação dos sistemas processuais, Fredie Didier ensina que, tradicionalmente, a doutrina identifica dois modelos de processo: adversarial e inquisitorial. O modelo adversarial assume a forma de competição, que se desenvolve como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja função principal é a de decidir. Já o modelo inquisitorial caracteriza-se por colocar o órgão jurisdicional como o grande protagonista do processo, inclusive quanto à produção de provas. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, ob. cit., p. 207-217.

2.2.1 Imparcialidade do juiz

A imparcialidade do julgador inclui-se no rol das características da jurisdição e realiza-se pelo ato desinteressado do juiz no exercício de sua função de julgar³³. É o dever do juiz de se colocar em posição equidistante dos interesses da demanda, para que assim possa julgá-la judicialmente de forma legítima³⁴.

Embora não haja previsão expressa na Constituição, o dever de imparcialidade pode ser extraído do princípio do juiz natural, disposto no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88. Além de impedir a criação de tribunais de exceção, esse princípio também tem um aspecto que está ligado à pessoa do juiz, relativo à sua imparcialidade³⁵. O próprio CPC/15 enumera hipóteses de vícios de parcialidade dos juízes, enumerados sob a denominação genérica de causas de impedimento e de suspeição (artigos 144 e 145).

Em razão de sua relevância, a imparcialidade é o ponto de maior debate quanto aos poderes instrutórios do magistrado. A corrente privatista entende que ao determinar a realização de uma prova, o juiz deixa de ser imparcial, na medida em que existem, no sistema processual, normas quanto à distribuição do ônus da prova (art. 373 do CPC). Dessa forma, compete à parte interessada demonstrar fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito que alega. Se a parte não se incumbe de tal ônus, não caberia ao juiz suprir tal deficiência. Nesse sentido, Glauco Gumerato³⁶ ensina:

Se diante da realidade fática produzida no processo o juiz não se convenceu do fato constitutivo do direito alegado, a única conclusão a que se pode chegar é que ele – juiz – tem a CERTEZA de que o direito postulado não pode ser concedido. E diante da vedação do non liquet devera aplicar a regra do julgamento – e não de prova! – prevista, no caso brasileiro, no art. 333 do CPC [de 1973].

Entende-se, ainda, que a participação do juiz no procedimento probatório faz com que seu juízo acerca dos fatos vá se formando antes do momento específico em que este mesmo juízo deva ser externado, ou seja, o ato da prolação da sentença. Assim, o juiz estaria condicionado psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação.

³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 61.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 202.

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil...*, ob. cit., p. 43-45.

³⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual, *in Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 262.

Interessante mencionar a saída encontrada por Glauco Gumerato para solução do imbróglio. O processualista entende que, em situações excepcionais, para que haja a compatibilização entre processo e Constituição, o juiz deve determinar de ofício a prova que lhe pareça necessária. Entretanto, caso isso ocorra, esse juiz não estará apto a proferir uma sentença no bojo desse processo, uma vez que a produção de uma prova de ofício macula sua imparcialidade. Diante disso, Glauco sugere a adoção de um sistema de enjuizamento escalonado. Trata-se de um sistema de etapas que busca evitar que um mesmo juiz concentre o poder de deferir tutelas de urgência, de presidir ativamente o procedimento probatório e de decretar a sentença de mérito.

Em sentido diverso, os publicistas argumentam que, quando o magistrado determina a realização de uma prova, não é possível prever quem será beneficiado com o resultado. Assim, o aumento dos poderes instrutórios do juiz não beneficia nenhuma das partes, mas apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos.

Barbosa Moreira³⁷ destaca que o juiz não pode assumir postura indiferente quanto ao êxito do pleito. Para que o juiz seja imparcial, segundo o processualista:

(...) ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas que disponha.

Quando questionados sobre a imparcialidade, os autores de viés publicista costumam devolver a pergunta da seguinte forma: “não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?”³⁸. Nesse sentido, Alexandre Câmara³⁹ entende que o sistema processual brasileiro confere amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz. Nas palavras do autor:

Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC [de 1973] é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *in Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça, *in Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 128.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático, *in Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 68.

Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto.

Assim, Bedaque⁴⁰ ensina que para que o juiz se mantenha absolutamente imparcial, basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes. Ao agir desta forma, o magistrado demonstra que está atento aos fins sociais do processo e que está comprometido com a efetivação dos direitos materiais.

2.2.2 Autoritarismo político e processual

É muito comum a associação entre regimes autoritários e o modelo publicista de processo. Segundo Montero Aroca⁴¹, o fato de grande parte da legislação processual produzida no século XX ter sido consequência do socialismo e do fascismo, contribuiu para justificar o aumento expressivo dos poderes do juiz no processo civil. Isso porque tais regimes políticos defendiam o aumento dos poderes do Estado como forma de progresso da sociedade. Nesse sentido, a norma que possibilita a instrução de ofício é tida como autoritária, pois converge com um sistema inquisitivo, tido como incompatível com um modelo de Estado Democrático de Direito.

A respeito da legislação processual brasileira, Glauco Gumerato⁴² também faz essa ligação entre autoritarismo e os poderes instrutórios do juiz. Ressalta que na própria exposição de motivos do CPC/73, o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid menciona a influência do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazifacismo, sobre a legislação nacional.

Para os publicistas, não existe essa correlação direta entre regimes políticos e leis processuais. Câmara⁴³ entende que não é possível fazer uma relação automática entre democracia e adoção de um modelo em que o juiz tenha ou não tenha poderes na fase probatória. Cita o exemplo da Suíça, em que são atribuídos amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz e os Estados Unidos, onde vigora um modelo oposto. Argui que não

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo ...*, ob. cit., p. 129.

⁴¹ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*. Disponível em: <http://ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=010f5516405f0731d79d44e9454fe298>, acesso em 23/05/2017 às 18h.

⁴² RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício...*, ob. cit., p. 259.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz...*, ob. cit., p. 69-70.

obstante essas diferenças, ninguém pode negar o caráter democrático do Estado suíço e nem do sistema norte-americano.

Interessante mencionar o entendimento de Leonardo Greco⁴⁴ sobre o tema. Greco observa a despeito de os regimes autoritários produzirem leis na intenção de exercer maior controle sobre a justiça e os cidadãos, esse controle torna-se mais ou menos necessário de acordo com a própria reação e ao próprio comportamento do Judiciário em face daqueles governos e regimes. Compreende, assim, ser perfeitamente possível que em períodos democráticos sejam editadas leis processuais autoritárias, que tratam o processo sob a perspectiva do juiz ou do interesse público, em total detrimento do cidadão. Greco cita, como forma de ilustrar tal posicionamento, a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que criou a força vinculante da decisão do STF na ação declaratória de constitucionalidade, e a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, responsável pela criação da súmula vinculante.

2.2.3 Princípio dispositivo

O princípio dispositivo está relacionado à autonomia de vontade e ao respeito à livre iniciativa. De acordo com a concepção clássica, citada por Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁵: “O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão (...)”.

Já Humberto Theodoro Jr. compartilha de uma visão mais ampla, pois entende que, quando observado por inteiro, o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa no processo, seja na instauração, seja no seu impulso⁴⁶. Em sentido semelhante, Didier⁴⁷ explica que esse princípio é observado todas as vezes em que o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionados à condução e instrução do processo.

No entendimento de Adolfo Alvarado Velloso⁴⁸, em um sistema processual de caráter dispositivo, as partes são donas absolutas do impulso processual, são responsáveis por fixar os termos exatos do litígio a ser resolvido e por levar aos autos o material necessário para confirmar as suas alegações. Em sentido oposto, estaria um sistema processual de caráter inquisitivo, que permite que um juiz inicie de ofício uma investigação, ao mesmo tempo em que permite que esse mesmo juiz resolva, por si próprio, sobre a própria imputação levada a

⁴⁴ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no...*, ob. cit., p. 29-56.

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 73.

⁴⁶ Nesse sentido: THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual...*, ob. cit., p. 139

⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, ob. cit. p. 208-209.

⁴⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O Garantismo...*, ob. cit. p. 22-25.

efeito. Isso faria com que não houvesse um processo, mas sim um simples procedimento que apenas une dois sujeitos: o juiz-acusador e o réu.

Assim, a fim de preservar o princípio dispositivo, a doutrina privatista entende que não cabe ao juiz determinar a produção de uma prova de ofício, pois tal conduta fere o princípio ora mencionado, e, por conseguinte, a autonomia de vontade das partes. Partindo-se da premissa de que o direito processual civil, em regra, lida com direitos de natureza disponível, se a parte opta por não indicar certo meio de prova, ela está abrindo mão do seu direito de produzi-la, razão pela qual não cabe ao magistrado interferir na esfera privada do indivíduo.

Nesse sentido, ao analisar o art. 370 do CPC/15, responsável por conferir poderes instrutórios ao juiz, Lênio Streck⁴⁹ defende que tal dispositivo deve ser interpretado à luz do paradigma da intersubjetividade. Assim, entende que: “o juiz só poderá determinar de ofício as provas necessárias ao julgamento de mérito quando se tratar de questão que verse sobre direitos indisponíveis a respeito dos quais as partes não possam transigir”.

Bedaque⁵⁰, entretanto, rechaça a ideia que relaciona a disponibilidade do direito com as regras relativas à instrução processual. Segundo o autor, o princípio dispositivo deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito, referentes aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. Alega que “as demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material (...)”.

O processualista ressalta que cabe às partes apenas estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz. Não compete a elas, portanto, restringir os meios de prova que o magistrado entender necessário à formação de seu convencimento. Ressalta, inclusive, que não se trata de uma atuação meramente supletiva, ou seja, que o juiz não deve atuar apenas para complementar a atividade das partes, devendo atuar de maneira dinâmica, com o fim de trazer para o processo o retrato fiel da realidade jurídico-material⁵¹.

⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>, acesso em 24/05/2017 às 18h.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo...*, ob. cit., p. 121-124

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo...*, ob. cit., p. 123-124.

2.2.4 Verdade e justiça

Conforme já tratado no item 1.4, a verdade tem grande importância para o estudo do direito probatório, sendo tema de grande debate. Taruffo⁵² ensina que o binômio verdade e justiça aparece com frequência no inconsciente coletivo, vez que guardam estreita conexão. A verdade, portanto, é considerada um importante valor para a administração da justiça. Partindo-se dessas premissas, a corrente publicista entende que devem ser garantidos amplos poderes instrutórios ao juiz, a fim de que ele possa proferir uma decisão o mais coerente possível com a realidade fática, pois, só assim será possível falar em decisão justa.

Nessa linha, Bedaque⁵³ entende que quanto maior for a participação do juiz na fase probatória, mais perto da certeza ele chegará. Argumenta que o juiz tem o dever de tentar descobrir a verdade, motivo pelo qual a vontade das partes não pode ser um empecilho à atividade instrutória oficial.

Alexandre Câmara⁵⁴ afirma 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.”. O processualista entende que “a ideia, porém, de que o processo não serve para produzir decisões verdadeiras é típica daqueles juristas que veem nele, apenas, um método de resolução de conflitos.”⁵⁵.

Barbosa Moreira⁵⁶ assevera que quando o juiz profere uma sentença com base na distribuição do ônus da prova, por não ter tido acesso aos elementos probatórios essenciais, ele dá um tiro no escuro, ou seja, ele pode ou não acertar o alvo. Neste último caso, entende que será proferida uma sentença injusta, pois os efeitos produzidos na vida dos litigantes não coincidem com aqueles almejados pelo ordenamento. Percebe-se, assim, uma clara relação entre verdade dos fatos e justiça da decisão.

A corrente privatista, entretanto, caminha em sentido contrário. Adolfo Alvarado Velloso⁵⁷ questiona se a verdade é um autêntico valor no processo. Argumenta que o Direito não privilegia a verdade como um valor jurídico de máxima importância, uma vez que é a paz social, com o consequente respeito às regras de convivência, e a certeza das

⁵² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.121

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo ...*, ob. cit., p. 113.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz...*, ob. cit., pag. 76.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz...*, ob. cit., pag. 76.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MORAIS%20E%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>, acesso em 30/05/2017 às 15h.

⁵⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual...*, ob. cit., p. 21

relações individuais atingida com o simples acatamento das normas vigentes, que representam os valores transcendentais. Cita, ainda, alguns exemplos como forma de demonstrar o desprestígio da verdade no processo, como a extinção do feito sem resolução do mérito por abandono; a prescrição liberatória; o ônus da prova; e a formação da coisa julgada material.

Glauco Gumerato também é cético quanto ao assunto. Alega que, embora sedutor, o discurso processual que se vale de termos metajurídicos como “justiça”, “verdade real” ou “processo justo”, acaba por legitimar o arbítrio do juiz, o que dá ensejo a decisões judiciais pautadas no subjetivismo⁵⁸. Assim, aponta que aqueles que defendem o ativismo judicial na intenção de alcançar um “processo civil justo”, “ainda que inconscientemente estará legitimando um juiz que resolva os problemas de maneira ‘justa’, o que logicamente coincide com o ‘justo’ da cabeça daquele juiz.”⁵⁹.

⁵⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil...*, ob. cit., p. 285.

⁵⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil...*, ob. cit., p. 285-286.

3. O FORMALISMO-VALORATIVO E OS PODERES DO JUIZ

Conforme se pôde perceber, publicistas e privatistas assumem posições diametralmente opostas no tocante à prova de ofício, assim como em relação à própria natureza e à função do processo. Na intenção de avançar no debate, este estudo propõe-se a rediscutir o papel das partes e do juiz na fase probatória sob a ótica do novo marco teórico do processo civil brasileiro, o formalismo-valorativo.

3.1 A transformação do processo civil e o formalismo-valorativo

Para que haja uma melhor compreensão do processo civil contemporâneo, faz-se necessária uma breve digressão histórica sobre a evolução do processo. A doutrina clássica⁶⁰ costuma identificar na história do direito processual três fases metodológicas. Até meados do século XIX, o processo era visto como mera sequência de atos e formalidades, tratando-se de um ramo do direito material. Esse período é denominado por Cintra, Grinover e Dinamarco como sincretismo. Já a segunda fase, cujo precursor foi o jurista alemão *Oskar Von Bülow*, é identificada por autonomista. Nesta ocorreu o desenvolvimento da ciência processual e a sua compreensão enquanto ramo autônomo do Direito. A terceira e última fase identificada por essa doutrina é a instrumentalista. Apesar de reconhecer o caráter autônomo do direito processual, entende-se que o processo não é um fim em si mesmo, mas o meio para se atingir o amplo acesso à justiça e a paz social.

A partir da perspectiva instrumentalista, o processo civil se assume como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos⁶¹. Passa a existir também a ideia de um “direito processual constitucional”⁶², responsável pelo estudo das grandes matrizes constitucionais do sistema processual. Ademais, a jurisdição é vista como centro do direito processual, haja vista que essa constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelo juiz para consecução dos fins do próprio Estado⁶³.

Entretanto, com a evolução da ciência processual, algumas premissas do instrumentalismo passaram a ser questionadas⁶⁴. Quanto ao papel do juiz, critica-se a atividade jurisdicional compreendida como mera declaração da ordem jurídica preestabelecida

⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo* ..., ob. cit. p. 51.

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

⁶² Expressão utilizada em: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*..., ob. cit. p. 52.

⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*..., ob. cit., p. 38-40.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*..., ob. cit., p. 38-50.

pelo legislador. Não cabe ao juiz se dar por satisfeito com soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, ao pretexto simplista de cumprimento da lei. O controle jurídico de constitucionalidade e a compreensão da plena eficácia dos direitos fundamentais não podem ser ignorados pelo processo civil.

Além disso, há um processo de consolidação da democracia participativa enquanto direito fundamental, o que faz com que o processo assuma um “espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo.”⁶⁵. Diante dessa dimensão participativa, a jurisdição não pode continuar a ser encarada de forma unilateral como centro da teoria do processo civil. Nesse cenário, há o fomento do valor participação no processo, para que este passe a ser “um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais.”⁶⁶. Busca-se, com isso, um ponto de equilíbrio na relação jurídica processual entre autor, juiz e réu.

Ante ao exposto, nota-se que a ciência processual caminha no sentido de superação da fase instrumental, razão pela qual Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁷ e Daniel Mitidiero⁶⁸ falam em uma quarta fase metodológica, denominada de formalismo-valorativo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explica que o formalismo processual é responsável por indicar as delimitações dos poderes, faculdade e deveres dos sujeitos processuais, coordenar sua atividade, ordenar o procedimento e organizar o processo, a fim de que sejam alcançadas as suas finalidades primordiais. Nas palavras do autor “(...) contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem”⁶⁹ e “constitui elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo”⁷⁰.

Assim, a partir do formalismo-valorativo, as relações entre direito e processo, e processo e Constituição passam a ser equacionadas de maneira adequada. O processo é colocado como centro da teoria do processo e esse passa a ser compreendido através de valores como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança. Tais valores formam “a base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.”⁷¹.

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-50

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo...*, ob. cit., p. 49-50.

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo...*, ob. cit., p. 50-51.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no...*, ob. cit. p. 28.

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no...*, ob. cit. p. 28.

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no...*, ob. cit. p. 22.

3.2 O modelo cooperativo de processo

Falar em uma nova fase metodológica é falar em uma nova forma de pensar o direito processual que se transforma conforme a própria evolução cultural. Nesse novo cenário, há uma superação do modelo hierárquico e assimétrico de processo, características presentes tanto no modelo acusatorial, quanto no modelo inquisitorial. O processo passa a ser visto sob uma ótica cooperativa, em consonância com a Constituição de 1988, que constitui um Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), cujo objetivo é construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88)⁷².

Didier Jr.⁷³ ensina que esse novo modelo de processo é definido pelo princípio da cooperação, que toma por base os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e o redimensionamento do princípio do contraditório. No modelo cooperativo, a condução do processo não é determinada exclusivamente pela vontade das partes. Também deve deixar de existir a figura do juiz que se coloca em posição assimétrica em relação aos demais sujeitos do processo, conduzindo-o de forma inquisitorial. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem que nenhum dos sujeitos processuais assumam uma posição de protagonismo.

O modelo cooperativo, entretanto, é alvo de críticas pela doutrina privatista⁷⁴. Os privatistas vislumbram na cooperação um modelo de processo fulcrado no autoritarismo e inquisitivismo, questionando, inclusive, a sua constitucionalidade. Ao discorrer sobre as normas fundamentais previstas no capítulo I do CPC/15, Mateus Costa Pereira⁷⁵ afirma que a cooperação, prevista no art. 6º, carece de substrato garantístico constitucional de liberdade, o que não ocorre com outros artigos inseridos nesse capítulo, que albergam garantias individuais fundamentais, como, por exemplo, o acesso à justiça previsto no art. 3º do CPC/15, que ressoa o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Conforme já tratado neste estudo, a corrente privatista foi forjada na intenção de conter o excessivo papel do juiz no processo; defende, assim, a presença de um Estado mínimo, que muito se assemelha à neutralização política da atividade judicial acarretada pelas concepções liberais que vigoraram entre os séculos XVIII e XIX⁷⁶. O modelo liberal ganhou forças novamente ao final da década de 70, com a derrocada do *welfare state* e o advento do

⁷² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo...*, ob. cit., pag. 79-80.

⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, ob. cit., p. 211-212.

⁷⁴ PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 98. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2017, p. 247-265.

⁷⁵ PEREIRA, Mateus Costa. *A paridade de armas sob...*, ob. cit., p. 261.

⁷⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172-175.

neoliberalismo. Porém, a ineficiência de autorregulação do mercado, que continuou a sofrer crises, e as alterações resultantes do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, provocaram uma nova reflexão sobre o papel regulamentador do Estado⁷⁷.

Conforme ensina Eduardo Cambi⁷⁸: “a mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação, entre os três poderes do governo, quanto à determinação do significado objetivo do texto constitucional.” Nessa linha, o modelo cooperativo garante total compatibilidade com a CF/88, na medida em que esta aproxima o Estado brasileiro de um modelo de Estado ativo, responsável por difundir na sociedade um sentimento de cidadania, harmonia e cooperação⁷⁹. Assim, não merecem prosperar as assertivas que desqualificam o princípio da cooperação no processo civil brasileiro.

Importante destacar, ainda, que no modelo cooperativo, apesar de a atividade cognitiva ser compartilhada, o momento da decisão é marcado pela assimetria entre juiz e parte. As partes, portanto, não decidem com o juiz, uma vez que se trata de um “ato de poder”⁸⁰. Essa decisão, contudo, não deixa de ser fruto da cooperação, pois resulta das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento.

Ademais, no cenário do processo em cooperação, há um grande destaque para o contraditório participativo. Este é marcado pela ampliação da concepção tradicional do princípio do contraditório, que passa também a compreender o poder de influência na decisão judicial. À vista disso, a prova torna-se um dos elementos mais importantes do direito de defesa, tal como já trabalhado no item 1.3 deste trabalho, o que reforça a necessidade de rediscutir a prova de ofício sob uma nova perspectiva.

3.3 A instrução probatória à luz de um processo efetivamente democrático

Diante do formalismo-valorativo e da concepção cooperativa do processo, a questão que se coloca é: como deve ocorrer o compartilhamento de atividades entre o juiz e as partes na fase probatória? A grande polêmica que existe quanto ao assunto demonstra que este deve ser tratado com a cautela de que nada é absoluto. Fernando Gama de Miranda Neto⁸¹

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, ob. cit., p.

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, ob. cit., p.

⁷⁹ Sobre os modelos de Estado ativo e reativo consultar: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz...*, ob. cit., p. 74-75.

⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, ob. cit., p. 213.

⁸¹ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do Direito Material sobre a Técnica Processual no Contencioso Judicial Administrativo, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. IV, p. 121-154. Disponível em: http://www.e-publicacoes_ teste.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21613/15638, acesso em 01/06/2017 às 19h.

explica que entre o publicismo e o garantismo, existem posições absolutas e moderadas. Diante disso, a solução para os problemas judiciais tende a ser encontrada na convergência das ideias moderadas. Nessa toada, o processualista defende a linha de um “garantismo moderado”⁸².

Embora a corrente publicista tenha tido grande importância para a evolução do processo, que se consolidou como instituto de interesse público, e da própria compreensão da jurisdição, essa corrente peca ao enxergar nas partes um “mal necessário”, conferindo a elas apenas o papel de iniciar e custear o processo. Robson Renault Godinho⁸³ observa que embora essa doutrina admita que “o modelo compatível com a atual quadra histórica vincula-se a garantias constitucionais, reserva-se exclusivamente à jurisdição estatal a função de tutora.”

Essa forma de ver o processo mostra-se incompatível com um sistema processual que deve ser compreendido à luz do princípio da cooperação. Nessa toada, a corrente privatista tem fundamental importância para a retomada da autonomia das partes no processo. Essa autonomia, todavia, deve ser vista sob uma perspectiva constitucional e sob a ótica do “regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais”⁸⁴.

Não cabe em um processo cooperativo a figura de um juiz inerte que se reserva apenas a função de decidir. De igual forma, “não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser coisa das partes e praticamente passa a ser uma coisa sem partes.”⁸⁵. Assim, autonomia das partes e poder judicial precisam encontrar um meio de coexistirem, principalmente na fase probatória, visto que esta possui importante papel na persecução de um processo justo. É preciso alcançar um ponto de equilíbrio, que ocorre por meio do fortalecimento dos poderes das partes, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais atual no tocante à divisão do trabalho entre órgão judicial, autor e réu.

⁸² Nas palavras do processualista: “A perspectiva aqui perfilhada é a do garantismo moderado. Nesta linha, define-se o *garantismo processual* como o modelo normativo (dever ser) imposto à função judicante do Estado para assegurar os direitos processuais dos cidadãos, como o devido processo legal e a paridade de armas, exigindo-se, ao mesmo tempo, dos juristas o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis vigentes quando confrontadas com as garantias processuais inscritas na Constituição”. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do Direito Material sobre a Técnica Processual no Contencioso Judicial Administrativo, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. IV, p. 121-154. Disponível em: http://www.e-publicacoes_ teste.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21613/15638, acesso em 01/06/2017 às 19h.

⁸³ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”, in *Revista de Processo*, vol. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2014.

⁸⁴ Expressão utilizada por Daniel Mitidiero em: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo (...)*, ob. cit., p. 47.

⁸⁵ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo e o publicismo do processo civil brasileiro. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true, acesso em 25/05/2017 às 18h.

3.3.1 A prova de ofício e o juízo imparcial

Conforme mencionado no item 2.2.1, a grande polêmica que envolve a atividade probatória do juiz diz respeito ao comprometimento de sua imparcialidade. Essa questão, a princípio, encontra-se bem equacionada pela doutrina de viés publicista, que vislumbra na fundamentação da decisão e no contraditório participativo um caminho para a preservação da imparcialidade. Além disso, não parece ser possível defender que um juiz que decide manter uma dúvida no processo capaz de prejudicar uma das partes, não estaria sendo parcial. Dessa forma, a omissão em matéria probatória também possui potencial de favorecer um dos sujeitos do processo.

Entretanto, é preciso manter uma postura crítica quanto a essa imunização da imparcialidade, razão pela qual a determinação de produção de algum meio de prova por parte do juiz deve ocorrer com cautela. Isto pois os poderes instrutórios judicial podem sim levar a uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada de provas no intuito de preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões e violando limitações probatórias.⁸⁶ Nesse sentido, Leonardo Greco⁸⁷ entende que esse ativismo pode tornar-se nocivo, se o juiz passar a se comportar como um inquisidor, investigando de maneira sistemática, comprometendo sua imparcialidade e a liberdade das partes. Assim, conclui que “o princípio dispositivo deve prevalecer, mas a iniciativa oficial subsidiária precisa sobreviver, especialmente nos litígios sobre interesses indisponíveis e nos litígios entre desiguais.”⁸⁸

Em um artigo destinado ao tema, Robson Renault Godinho⁸⁹ faz referência ao mito do Leito de Procusto⁹⁰ para demonstrar que os poderes instrutórios podem fazer com que o juiz amolde o processo na intenção de que este se encaixe em uma decisão aprioristicamente engendrada por ele, “(...) como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado.”⁹¹

⁸⁶ GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz (...)*, ob. cit., p. 7.

⁸⁷ GRECO, Leonardo. *A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro (...)*, ob. cit. 306.

⁸⁸ GRECO, Leonardo. *A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro (...)*, ob. cit. 306.

⁸⁹ GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz (...)*, ob. cit., p. 9.

⁹⁰ Procusto, figura da mitologia grega, era um bandido que vivia no monte Eleusis. De acordo com a lenda, Procusto tinha uma cama de ferro do seu tamanho exato. Todos que se hospedavam em sua casa, eram obrigados a deitar-se em sua cama. Se o hóspede fosse demasiado alto, ele amputava o excesso de comprimento para ajustá-lo à cama, e os que tinham pequena estatura eram esticados até atingirem o comprimento suficiente. As vítimas nunca se ajustavam ao tamanho da cama, porque Procusto, secretamente, tinha duas camas de tamanhos diferentes. Disponível em: <http://mitologica.blogs.sapo.pt/o-leito-de-procusto-304>, acesso em 03/06/2017 às 21h.

⁹¹ GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz (...)*, ob. cit., p. 9.

3.3.2 A prova de ofício no Código de Processo Civil de 2015

Ante ao exposto, já se pode concluir que o juiz não deve adotar uma postura totalmente inerte na fase de instrução, seja porque essa conduta o afastaria da ideia de cooperação, seja porque ele tem o compromisso de zelar pelos valores do processo (a justiça, a igualdade, a participação, a efetividade e a segurança). Nesse sentido, o art. 370 do CPC/15 prevê a possibilidade de que as provas sejam determinadas de ofício.

Uma interpretação literal desse dispositivo leva a crer que o mesmo confere amplos poderes instrutórios ao magistrado. Porém, diante de todas as premissas aqui trabalhadas, não é possível defender que essa seja a melhor maneira de interpretá-lo. Não se pode perder de vista que autonomia das partes e os poderes do juiz precisam coexistir. Assim, o reconhecimento dos poderes instrutórios do magistrado não pode implicar na outorga de poderes amplos, sem qualquer limitação, posto que isto fulminaria a liberdade das partes.

Entende-se, dessa forma, que, a princípio, a atividade de produzir provas deve ser conferida às partes, conforme a teoria de distribuição do ônus da prova (art. 373 do CPC/15), em observância ao princípio dispositivo e à autonomia de vontade. O juiz, entretanto, assume um papel suplementar nessa atividade. A necessidade de nivelar as desigualdades processuais e a natureza do direito perseguido costumam ser apontados pela doutrina como balizadores da atividade instrutória judicial⁹². Sobre o tema, Leonardo Greco⁹³ destaca que:

A distribuição da iniciativa probatória entre as partes e o juiz deve continuar a ser tratada com flexibilidade, consideradas as desigualdades, das mais variadas espécies, entre os sujeitos parciais do processo, que impulsionam o juiz a adotar uma postura ativa, e não simplesmente reativa, na apuração da verdade.

De fato, não se pode desconsiderar as diversas desigualdades presentes no processo civil brasileiro. Este é protagonizado por litigantes habituais⁹⁴ e é fruto de uma

⁹² Nesse sentido, Arruda Alvim apresenta quatro critérios que autorizam a iniciativa probatória do juiz: 1. A prova já produzida, que poderá trazer alusões a outras fontes e meios de prova; 2. A condição paritária ou não das partes; 3. A natureza dos direitos versados em juízo; 4. Eventual possibilidade de os fatos subjacentes à causa serem objeto de confissão. ALVIM, Arruda. *Questões Controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*, in *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 105.

⁹³ GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, p. 301-551, especialmente p. 306. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923>, acesso em 03/06/2017 às 19h.

⁹⁴ Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou o relatório “100 maiores litigantes”, a fim de suscitar o debate a respeito da excessiva litigância no Brasil. Cerca de 95% do total de processos são protagonizados pelo setor público, bancos e empresas de telefonia. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

sociedade carente de recursos e informações, que muitas das vezes não goza sequer de assistência judiciária⁹⁵. A atuação subsidiária do magistrado, portanto, mostra-se de grande relevância para a promoção de um processo justo. Não é sustentável a tese que vislumbra, na atuação do legislador, proteção suficiente para todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade⁹⁶. Dessa forma, embora existam leis que visam à proteção de vulneráveis (consumidor, pessoas com deficiência, trabalhadores *etc.*), “é uma ilusão pensar que a generalidade e a abstração da lei asseguram, por si só, a certeza jurídica”⁹⁷.

Assim, embora a discussão levantada pelos privatistas tenha levado ao desenvolvimento da ciência processual, torna-se impossível uma aplicação prática da teoria que desconsidera essa realidade. Não significa dizer, todavia, que se deva adotar uma postura conformista quanto às condições sociais apresentadas.

É importante ressaltar que a prova de ofício pode se fazer necessária, ainda que não estejam presentes condições de clara desigualdade. Isso porque, o fato de existirem matérias controvertidas não significa, necessariamente, que as partes não foram diligentes e que atuaram com desídia na instrução do feito. Ocasionalmente, em razão da complexidade do caso concreto, é possível que, mesmo após o saneamento do processo e a produção das provas consideradas devidas pelas partes, o juiz não se sinta com segurança para julgar o mérito da causa. Nessa hipótese, o art. 370 deve ser utilizado na intenção de que o Estado dê uma resposta satisfatória às pretensões dos litigantes.

100 maiores litigantes. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf, acesso em 30/05/2017 às 19:42.

⁹⁵ Em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgaram uma pesquisa que concluiu pela falta de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras, ou seja, a Defensoria Pública só está presente em 754 das 2.680 comarcas distribuídas em todo o país. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>, acesso em 30/05/2014 às 20h.

⁹⁶ PEREIRA, Mateus Costa. *A paridade de armas sob a óptica...*, ob. cit., p. 251-253.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, ob. cit., p. 177.

CONCLUSÃO

Dentre os diversos pontos de divergência provocados pelo debate entre publicistas e privatistas, os poderes instrutórios do juiz ganham destaque. O comprometimento da imparcialidade do julgador, a não observância do princípio dispositivo, a incompatibilidade de um processo autoritário com um Estado Democrático de Direito e a supervalorização da busca da verdade e da justiça, são alguns dos motivos levantados pelos privatistas como óbice à participação ativa do juiz na fase instrutória.

Os publicistas, em contrapartida, acusam os privatistas de desprestigiar o interesse público e não observar o próprio escopo do processo, que representa a atuação do direito substancial, com a consequente pacificação social. Compreendem que a justiça da decisão depende de um conhecimento tão completo e exato quanto possível dos fatos relevantes para o julgamento por parte do juiz.

A questão se torna complexa na medida em que a atividade instrutória do juiz, se for considerada uma faculdade, cai no terreno do arbítrio judicial. Se for considerada um dever, o processo torna-se cada vez mais inquisitivo, em claro retrocesso aos avanços conquistados. Se limitada apenas a algumas hipóteses, como em relação aos direitos indisponíveis, consequentemente se estará admitindo que a disponibilidade do direito justifica o desinteresse do Estado em uma decisão que retrate a realidade. Além disso, inexistente consenso sobre o que pode ser taxado como indisponível, o que também é um complicador.

Esses são alguns dentre vários outros questionamentos e inseguranças que podem decorrer da atividade probatória judicial. Não é possível indicar uma resposta pronta e acabada para essas questões, o que, inclusive, não é a pretensão deste estudo. Porém, diante de tantas complexidades, o que se pode concluir é que as discussões sobre o tema precisam avançar. O embate entre publicistas e privatistas trata-se de uma discussão de caráter *ad aeternum*, cujo embasamento se encontra em um discurso maniqueísta. Estes posicionamentos sectários determinam posturas petrificadas que pouco contribuem para a evolução do direito processual. Dessa forma, a fim de que o debate evolua, mostra-se necessário examinar a atuação do juiz na fase probatória sob a perspectiva do atual marco teórico do processo civil brasileiro, o formalismo-valorativo.

Diante do aperfeiçoamento de novos valores no processo, tais como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança, não se sustenta o discurso que proclama pela exclusividade privatística nos rumos do processo, assim como não basta persistir unicamente

no protagonismo jurisdicional. Além disso, a atividade do magistrado na fase probatória, bem como qualquer outra atividade jurisdicional, deve estar sempre pautada nos direitos fundamentais. Ademais, é preciso fortalecer o dever de motivação das decisões, pois só assim é possível alcançar um processo verdadeiramente justo. Defender a ideia de um processo pautado no ideal de justiça não é o mesmo que defender a figura de um juiz justiceiro, que invoca para si a grandiosa tarefa de promover a justiça e a paz social, o que o faz de forma temerária e inteiramente subjetiva. Não se trata de decidir conforme a sua consciência, mas decidir conforme a Constituição que rege o país. Esse processo de percepção da força normativa da Constituição é cultural, e ganha espaço no ordenamento na medida em que há um amadurecimento do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Questões Controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 97-110.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 111-146.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 65-78.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 30/05/2017 às 19:42.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 207-217.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. v I. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- GODINHO, Robson Renault. **A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo e o publicismo do processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true>. Acesso em 25/05/2017 às 18h.
- _____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”, *in* **Revista de Processo**, vol. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2014, p. 85-117.

GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *in* **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, p. 301-551. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923>, acesso em 03/06/2017 às 19h.

_____. **Instituições de processo civil**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil, *in* **Revista de Processo**, vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56.

Mapa da Defensoria. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em 30/05/2014 às 20h.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova, *in* **Revista de Processo**. v. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1979, p. 51-68.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do Direito Material sobre a Técnica Processual no Contencioso Judicial Administrativo, *in* **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, p. 121-154. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21613/15638>. Acesso em 01/06/2017 às 19h.

MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária**. Disponível em: <<http://ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=010f5516405f0731d79d44e9454fe298>>. Acesso em 23/05/2017 às 18h.

_____. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad**. Valencia: Tirant ló Blanc, 2001, *apud*, RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 273-286.

MONTERO AROCA, Juan (coord.). **Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos**. 1. ed. Valencia: Tirant ló Blanch, 2006, *apud*, GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, *in* **Revista de Processo**, vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56.

MONTERO AROCA, Juan (coord.). **Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos**. 1. ed. Valencia: Tirant ló Blanch, 2006, *apud*, RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 273-286.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O neoprivatismo no processo civil**. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>>. Acesso em 30/05/2017 às 15h.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *in* **Temas de direito processual: sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual, *in* **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 98. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2017, p. 247-265.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 273-286.

_____. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 255-271.

STRECK, Lênio Luiz. **Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em 24/05/2017 às 18h.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARUFFO, Michelle. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, *apud*, GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático, *in* **Revista de Processo**, v. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai 2011, p. 111-135.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense.

VELOSSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual, *in* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 13-34.