



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Francisco Emilio de Carvalho Posada

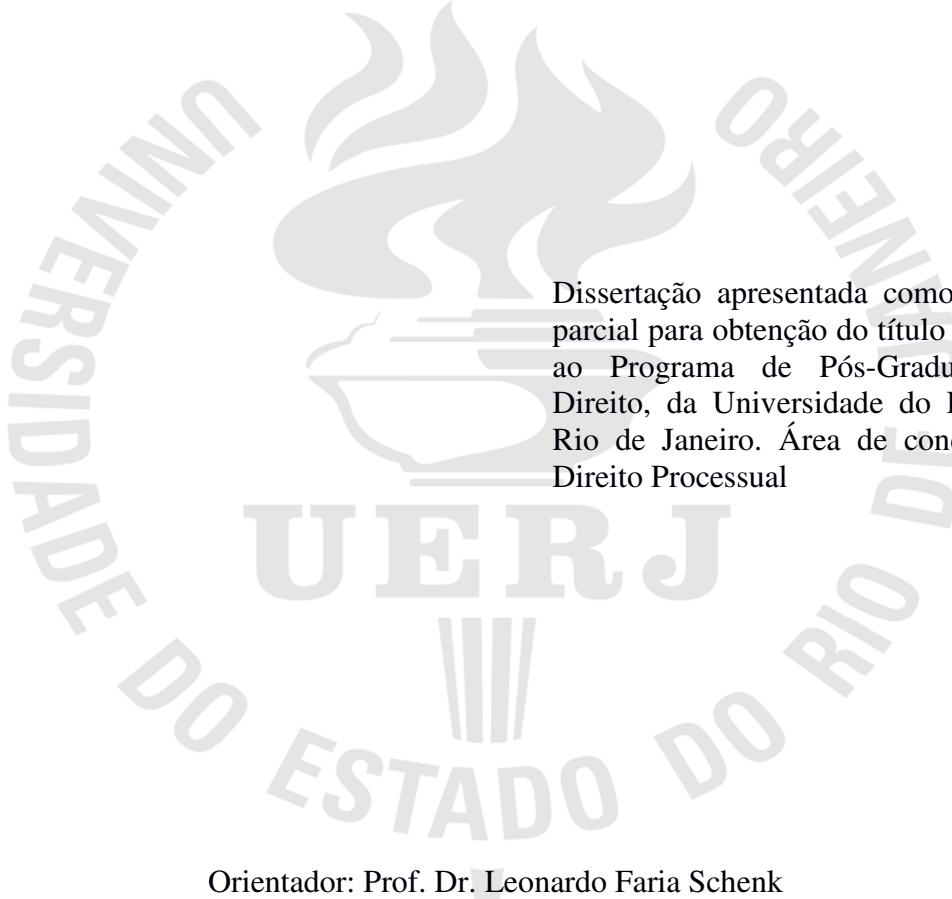
A iniciativa probatória do juiz à luz do processo cooperativo

Rio de Janeiro

2020

Francisco Emilio de Carvalho Posada

A iniciativa probatória do juiz à luz do processo cooperativo



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P855 Posada, Francisco Emilio de Carvalho.
A iniciativa probatória do juiz à luz do processo cooperativa /
Francisco Emilio de Carvalho Posada - 2020.

173 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Processo Civil - Teses. 2. Processos - Teses. 3. Prova (Direito)
- Teses. I. Schenk, Leonardo Faria. II. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Ana Clara Brandão / 6346

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Francisco Emilio de Carvalho Posada

A iniciativa probatória do juiz à luz do processo cooperativo

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 18 de dezembro de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Vasconcelos Roque

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

Para Dina Moscovici, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Juan e Claudia, por terem despertado em mim o interesse pela Academia, que, desde cedo, fez-se tão presente em casa.

Agradeço à minha irmã, Gabriela Rosa, pelo estímulo e carinho a mim dispensados.

Agradeço à Ana Clara pela companhia presente e incentivadora nas noites em claro.

Agradeço ao Professor Leonardo Schenk pela orientação extremamente cuidadosa e contributiva.

Agradeço aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antônio do Passo Cabral, Diogo Malan, Humberto Dalla, Luiz Fux e Marco Antônio Rodrigues pelos valorosos ensinamentos e por proporcionarem discussões acadêmicas de altíssimo nível em suas aulas, que, em demasia e de forma determinante, influenciaram esse trabalho.

Agradeço a meu amigo e colega de magistratura, Anderson de Paiva Gabriel, pelo incentivo à inscrição no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ e pelos desafiadores debates sempre travados.

RESUMO

POSADA, Francisco Emilio de Carvalho. *A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ À LUZ DO PROCESSO COOPERATIVO*. 2020. 173 f. Dissertação de Mestrado em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Esse trabalho aborda a problemática atinente à iniciativa probatória do juiz sob as lentes do novo modelo estrutural de processo cooperativo trazido pelo Código de Processo Civil de 2015. De início, são abordados conceitos e premissas fundamentais para o desenvolvimento da proposta ao final formulada, tais como a relação entre processo, prova e verdade. O trabalho analisa os modelos clássicos de estruturação ocidental dos sistemas processuais, com suas idas e vindas históricas de maior e menor influência na legislação, além de apresentar os principais pontos de divergência entre ambos. A seguir, o modelo de processo cooperativo é tratado a partir de seus fundamentos e de sua irradiação para a criação de deveres para o órgão julgador e para as partes. São trazidas notas acerca do processo cooperativo no direito estrangeiro. Por fim, o trabalho apresenta uma releitura dos poderes instrutórios do juiz à luz do novo modelo estrutural de processo cooperativo. Propõe-se a substituição da atividade probatória oficiosa do juiz pelo exercício, por parte do órgão julgador, dos deveres de consulta, esclarecimento e prevenção, decorrentes do advento do processo cooperativo no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Processo Civil. Processo Cooperativo. Cooperação. Poderes instrutórios do juiz. Iniciativa probatória. Deveres do julgador no processo cooperativo.

ABSTRACT

POSADA, Francisco Emilio de Carvalho. *THE COURT'S OWN EVIDENCE INITIATIVE IN LIGHT OF THE COOPERATIVE PROCESS*. 2020. 173 f. Dissertação de Mestrado em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This dissertation addresses the issue of the judge's probatory initiative under the lenses of the new structural model of cooperative process brought by the 2015 Code of Civil Procedure. At first, fundamental concepts and premises are addressed for the development of the proposal formulated at the end, such as the relation between process, proof and truth. The work analyzes the classic models of western structuring of the procedural systems, with their historical comings and goings of greater and lesser influence in the legislation, besides presenting the main points of divergence between them. Then, the cooperative process model is treated from its foundations and its irradiation for the creation of duties for the Court and for the parties. The cooperative procedure in foreign law is mentioned. Finally, the dissertation presents an overview of the judge's powers of instruction according to the new structural model of cooperative procedure. At the end, it is proposed a replace of the ex officio probative activity of the judge with the exercise, by the Court, of the duties of consultation, clarification and prevention arising from the advent of the cooperative procedure in the legal order.

Keywords: Civil Procedure. Cooperative process. Cooperation. Judge's powers of instruction. Probational initiative. The judge's duties in the cooperative process.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
1.1	Processo e Verdade	11
1.2	Prova e Verdade	20
1.2.1	<u>Conceito de prova</u>	20
1.2.2	<u>Função da prova</u>	22
1.3	Destinatário da Prova	27
1.4	Prova como Direito Fundamental	30
2	A INICIATIVA PROBATÓRIA DO ÓRGÃO JUDICIAL NOS MODELOS ADVERSARIAL E INQUISITORIAL	34
2.1	Nota introdutória	34
2.2	Os modelos tradicionais ocidentais de estruturação do processo	35
2.3	Privatismo, publicismo, neoprivatismo, garantismo	39
2.3.1	<u>Breve histórico das idas e vindas</u>	39
2.3.2	<u>Principais pontos de divergências entres publicistas e privatistas</u>	44
2.4	O panorama atual brasileiro	54
2.4.1	<u>A legislação</u>	54
2.4.2	<u>A doutrina</u>	58
2.4.3	<u>A jurisprudência</u>	60
3	O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	66
3.1	O modelo de processo cooperativo	66
3.2	Princípios estruturantes do modelo cooperativo de processo	69
3.2.1	<u>Princípio do Devido Processo Legal</u>	71
3.2.2	<u>Princípio do Contraditório</u>	73
3.2.3	<u>Princípio da Boa-Fé Processual</u>	79
3.2.4	<u>Princípio do respeito ao autorregramento da vontade</u>	81
3.2.5	<u>Princípio da Solidariedade</u>	83
3.2.6	<u>Princípio da Cooperação</u>	84
3.3	Deveres decorrentes da cooperação processual	86
3.3.1	<u>Deveres do órgão julgador</u>	86
3.3.2	<u>Deveres das partes</u>	94
3.4	Breves notas sobre o processo cooperativo no mundo	96
3.4.1	<u>Alemanha</u>	96
3.4.2	<u>Estados Unidos da América</u>	100
3.4.3	<u>Portugal</u>	102
4	A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ À LUZ DO PROCESSO COOPERATIVO	106
4.1	Necessária releitura da produção oficiosa de provas pelo órgão julgador	106
4.2	Da identificação dos deveres decorrentes da cooperação que devem ser	

	exercidos pelo órgão julgador em substituição à determinação oficiosa de produção de provas	109
4.2.1	<u>Do caráter subsidiário do exercício dos deveres decorrentes da cooperação em substituição à determinação oficiosa de produção de provas</u>	111
4.3	Maior legitimação decorrente do exercício dos deveres da cooperação	113
4.4	Maior possibilidade de controle dos poderes instrutórios do órgão julgador	117
4.5	Respeito à vontade das partes	121
4.5.1	<u>Da possibilidade de convenção processual sobre matéria probatória</u>	123
4.6	Valorização da garantia do contraditório	129
4.7	O real destinatário da prova. A ausência de vinculação do juiz para a prolação de sentença	131
4.8	Maior celeridade e efetividade processuais	133
4.9	Conformação dos argumentos publicistas e privatistas favoráveis e contrários à determinação oficiosa da produção de provas	135
4.9.1	<u>Invasão do campo de atuação das partes</u>	136
4.9.2	<u>Imparcialidade</u>	137
4.9.3	<u>Compensação do hipossuficiente</u>	138
4.10	Exceções à vedação da determinação de produção oficiosa de prova contra a vontade dos litigantes	142
4.10.1	<u>Direitos titularizados por incapazes</u>	146
4.10.2	<u>Direitos indisponíveis que não admitem autocomposição</u>	147
4.10.3	<u>Simulação</u>	148
4.11	Momento processual adequado para o exercício dos deveres cooperativos do julgador	149
	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	159

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a legislação brasileira recebeu forte influxo de normas jurídicas que pautaram uma nova forma de organização e atuação dos atores processuais no âmbito da complexa relação jurídica entre eles travada. Com uma visão e forma cooperativas, a legislação diluiu as funções entre aqueles que participam do processo e atenuou eventual proeminência – vista nos modelos tradicionais de organização do processo – do juiz diante das partes ou dessas diante do julgador.

Posta uma nova forma de relação jurídico-processual, traz-se a reboque a discussão sobre os reflexos que ela causa nos ônus, deveres e poderes que a legislação atribui ou atribuía tanto ao juiz como às partes. Subtraiu-se, por exemplo, a possibilidade de que, em regra, seja proferida decisão contra uma das partes sem que a ela tenha sido dado o direito de se manifestar sobre o fundamento utilizado. Por outro lado, foi criada a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais e muito já se debate sobre seus reais contornos, bem como sobre as limitações da apreciação judicial de seu conteúdo, em respeito à autonomia da vontade dos litigantes.

O objeto deste trabalho é a análise de um dos tantos reflexos do modelo cooperativo de processo reforçado pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, a sua implicação no âmbito da iniciativa probatória do órgão julgador.

Em razão da forma cooperativa de processo, é forçoso reconhecer que se faz necessária uma releitura da iniciativa probatória do juiz no âmbito da processualística civil. Não há mais lugar para uma sobreposição da vontade do Estado-Juiz à das partes no que diz respeito à produção da prova da ocorrência do fato que se alega em juízo. A fim de apresentar e explicitar tal ideia, o presente trabalho se divide em quatro capítulos.

No primeiro capítulo são traçadas premissas que permearão o desenvolvimento do trabalho, tais como o objetivo do processo e, em especial, a temática atinente à descoberta da verdade em juízo.

No capítulo seguinte, expõe-se de forma sucinta os modelos clássicos de organização da estrutura processual, com explicitação dos argumentos até hoje lançados pelas visões privatistas e publicistas no processo civil acerca da iniciativa probatória do órgão julgador.

O capítulo três se destina à análise da forma cooperativa de estrutura e organização do processo no Brasil com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Os fundamentos

do modelo, bem como os deveres que dele se originam constam dessa parte do trabalho, que também traz notas acerca da cooperação em outros países.

Por fim, a quarta parte traz o necessário enfrentamento da releitura da iniciativa probatória do juiz à luz da forma cooperativa de processo. A partir das premissas fixadas no primeiro capítulo, do histórico traçado no segundo e da evolução constatada no terceiro, apresenta-se, na última parte do trabalho, proposta de substituição da atuação oficiosa do órgão julgador pelo cumprimento dos deveres a ele impostos decorrentes do modelo cooperativo de processo.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. Processo e Verdade

A definição de *processo* é, ao mesmo tempo, equívoca e concorde na doutrina. Equívoca porque diferentes conceitos há de *processo* no mundo acadêmico, cada qual com uma redação própria; concorde porque, ainda que haja redações com vocábulos distintos, mais ou menos expansivos, ao fim e ao cabo, a maioria delas tem presente um núcleo duro comum da definição, do qual se pode extrair ainda o objetivo do *processo*.

Fredie Didier Jr. aponta que se pode entender *processo* como método de criação de normas jurídicas, como ato jurídico complexo (procedimento) ou como relação jurídica¹. Adstrito ao âmbito jurisdicional, o autor conceitua *processo* como um método para o exercício da jurisdição. Seria, assim, um conjunto encadeado de atos jurídicos, relacionados entre si, com o escopo de atingir a prestação jurisdicional².

De modo similar, Alexandre Câmara o define como instrumento de realização da jurisdição³. Para Eduardo Cambi, processo é a atividade com a qual se desenvolve em concreto a função jurisdicional, tratando-se de um método institucional pelo qual a jurisdição se exerce, solucionando conflitos ou resolvendo controvérsias⁴. Luiz R. Wambier, assentando a evolução do tema, conclui que o conceito de processo passou a ser cunhado a partir de seus fins, de modo que seria então “instrumento estatal de pacificação dos conflitos no Estado de Direito”⁵.

¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 36.

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 37.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 37.

⁴ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

⁵ WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 240.

Luiz Guilherme Marinoni tem por premissa que processo é um instrumento para o exercício do poder e o define, sob o ângulo externo, como instrumento que permite à jurisdição a consecução de seus objetivos e, sob o ângulo interno, como procedimento decorrente da relação jurídica processual, mediante a participação efetiva e adequada em contraditório⁶.

Já para Humberto Dalla, o processo é um conjunto de atos realizados sob o contraditório que cria uma relação jurídica entre as partes que dele participam da qual surgem posições jurídicas de deveres, poderes, ônus, sujeições e faculdades⁷.

É possível extrair dos conceitos de processo apresentados que o objetivo do processo judicial é a prestação jurisdicional e a pacificação social com a resolução dos conflitos postos em juízo⁸ ou, em outras palavras, o provimento final a respeito da pretensão de direito material que as partes submetem à apreciação judicial⁹, ou, ainda, a realização plena da eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica¹⁰.

O autor alemão Reinhard Greger sustenta que o propósito processual é a afirmação e a execução do direito privado e a restauração da paz jurídica perturbada¹¹, enquanto José Roberto dos Santos Bedaque afirma que o objetivo do Estado no processo é o de alcançar a paz social, mediante a correta atuação da lei¹².

Para Antônio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a pacificação social é o “escopo magno da jurisdição” e de todo o sistema processual, o que,

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 143-145.

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 59.

⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹⁰ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹¹ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 124.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.69.

inclusive, é fator distintivo da função jurisdicional do Estado em relação às suas outras duas (legislar e administrar)¹³.

Humberto Dalla afirma que o processo tem por finalidade principal “permitir o exercício do poder jurisdicional para a aplicação dos preceitos constitucionais e a eliminação dos conflitos, com o objetivo de realizar a justiça possível naquele caso”¹⁴.

Adiciona-se, porém, um dado. Não basta que se chegue à prestação jurisdicional almejada após a prática dos atos jurídicos processuais colimados para tal fim. A decisão judicial proferida, para além de resolver a questão posta em juízo após seguir as regras procedimentais previstas, deve ser correta, justa. Ou seja, não é suficiente uma visão de justiça procedimental, de legitimação da decisão pelo puro procedimento. A qualidade da decisão é determinante¹⁵.

A observância ao procedimento previsto surge, assim, como uma das condições para a justiça da decisão, não se revelando suficiente e exauriente para que seja ela – a justiça – alcançada. Segundo Michele Taruffo, outras duas condições se fazem presentes para que seja verificada a justiça da decisão proferida: a correta interpretação e aplicação da norma jurídica e a confirmação dos fatos pelo juiz de forma verdadeira. Todas as três condições seriam, assim, cumulativamente necessárias para a justiça da decisão judicial, não se revelando suficientes se apresentadas de forma isolada¹⁶.

No mesmo sentido, Diana María Ramírez Carvajal afirma que o processo está intimamente ligado aos valores que estruturam o próprio Estado, de modo que são ingredientes determinantes a qualquer processo judicial – e, portanto, responsabilidades do juiz – “la búsqueda de la verdad en la confirmación de los hechos, la igualdad material de las partes y la elaboración de sentencias racionales basadas em parámetros de justicia”¹⁷.

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 368.

¹⁵ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 47.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 48.

¹⁷ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso*. II Congreso Internacional de Derecho Procesal, Cartagena de Indias, Universidad de Medellín. Septiembre 17, 18 y 19 de 2009.

É dizer, em que pese o procedimento seja legitimador na medida em que racionaliza e democratiza o exercício do poder do Estado-Juiz, permitindo a participação dialética das partes e a influência efetiva no resultado¹⁸, o objetivo do processo não é pura e simplesmente a prestação jurisdicional, mas a superveniência de pronunciamento judicial favorável a quem tenha razão¹⁹.

Afinal, sendo o processo um método de investigação de conflitos, que conta com a efetiva participação das partes e com a cooperação dos atores processuais, nada mais lógico que tal cooperação tenha por escopo atingir a verdade dos fatos alegados, que se torna, também, premissa da justiça da decisão²⁰.

O processo não é, assim, um jogo de espertezas, mas um procedimento em que se deve tentar alcançar tanto quanto possível a revelação da verdade, uma vez que a eficácia dos direitos dos cidadãos somente se concretizará se, com segurança, a verdade dos fatos exsurgir²¹.

Conforme registra Leonardo Greco, “se os direitos resultam dos fatos, a busca da verdade do processo não torna o processo necessariamente autoritário”²², afinal a efetivação da ordem jurídica por meio do processo apenas se torna possível mediante a análise dos fatos levados ao conhecimento do juiz²³. Na mesma linha, Sérgio Cruz Arenhart aponta que o objetivo fundamental da jurisdição – que, para o autor, é a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta do direito – é atingido por meio da “descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda”²⁴.

¹⁸ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 48.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 59.

²¹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

²² GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

²³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processo Civil Brasileiro*. v. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 15 de fev. de 2020, p. 3.

Eventuais barreiras e limitações do conhecimento humano podem impedir o juiz e qualquer outro ser humano de alcançar a verdade dos fatos, o que não significa, por outro lado, que a verdade não deva ser perseguida, que as decisões tomadas com base em fatos distanciados da realidade sejam justas ou que ao Direito sirva qualquer reconstrução da realidade²⁵. Afinal, apenas atinge-se a justiça substancial por meio da prolação de decisões justas, cujo pressuposto é a verdade fática²⁶.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, o conhecimento humano da verdade é sempre imperfeito e incompleto, mas nem por isso os ordenamentos jurídicos desprezam sua descoberta, afastando-a de sua cogitação ou renunciado a utilizá-la o quanto dela fora possível apreender-se²⁷. Dessa forma, não é porque há impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta que a busca da verdade não deve estar dentre os objetivos do processo²⁸.

Para Eduardo Cambi, “a certeza é o resultado atingido em face da verdade (relativa), que é a finalidade a ser buscada pelo processo” e, afirmada pela decisão judicial motivada, legitima o exercício do poder e torna a decisão justa²⁹.

Assim, se o objetivo do processo é a prestação jurisdicional e se ela apenas se torna justa se o juiz apreender os fatos alegados pelas partes de acordo com a verdade, se estabelece estreita relação entre verdade e Direito e, *a fortiori*, entre verdade e processo. A verdade é relevante para o processo³⁰.

Pontuando a intrínseca relação entre verdade e Direito, Michele Taruffo afirma que há uma conexão inevitável entre a verdade dos fatos alegados e a existência de uma situação jurídica, que só existirá se os fatos que a suportarem forem verdadeiros. Afinal, “un sujeito

²⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

²⁶ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 14.

²⁸ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

²⁹ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

³⁰ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

puede tener o no un derecho previsto por la ley, siempre y cuando sea verdadero que ese sujeto está en las condiciones de hecho que la ley considera válidas para ese derecho”³¹.

Essa verdade de que trata Michele Taruffo – que é, ao mesmo tempo, pressuposto para a justiça da decisão e um dos fins buscados pelo processo – é a verdade por correspondência, o que importa dizer que “un enunciado o la descripción de un hecho, será verdadero si únicamente corresponde a la realidad empírica, histórica y material del hecho narrado”³².

No entanto, admite Michele Taruffo a impossibilidade de se alcançar tal verdade absoluta e objetiva no bojo do processo, de modo que o seu mister já conformado com tal limitação seria que “el juez obtenga cierta idea de los hechos sobre la base de las pruebas aportadas, de tal suerte que lo que el juez podrá hacer es llegar a la mejor aproximación posible en relación a la realidad histórica de los hechos (...)”³³.

No mesmo caminho, Moacyr Amaral Santos, citando Malatesta, define verdade como “a conformidade da noção ideológica com a realidade” e expõe que tal conceito se refere à verdade relativa, pois a absoluta é inalcançável. Afinal, se a noção ideológica de verdade é alcançada mediante os sentidos e a inteligência humana, admitindo-se a precariedade daqueles e a limitação desta, exsurge a inarredável conclusão de que a noção ideológica de verdade a que se chega é sempre relativa³⁴.

A verdade, portanto, não será absoluta, dada a impossibilidade de se chegar a ela atrelada à referida qualidade. Apenas se admite a verdade absoluta em temas afetos a discussões religiosas e metafísicas, de modo que, apesar de desejada no processo, a verdade nele buscada será a possível³⁵. Não será, assim, nem a real nem a formal³⁶.

³¹ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 44

³² TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 40. Lenio Luiz Streck critica a ideia de verdade por correspondência em STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 115.

³³ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 48.

³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 13.

³⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 474.

Vicente Greco Filho também aponta que no processo não se buscam certezas absolutas – inviáveis de se alcançar –, mas sim relativas que sejam suficientes para a convicção do julgador³⁷. Afinal, a certeza é a manifestação de alguém acerca de um dado da realidade, certeza essa que pode exprimir a verdade para quem a expõe, mas não para terceiros. Assim, jamais será absoluta a certeza externada pelo juiz, até porque, dado que a subjetividade do próprio julgador pode mudar, a certeza não será absoluta sequer em relação a ele que um dia a afirmou³⁸.

Para além disso, para Araken de Assis, o juiz naturalmente aspira o conhecimento da verdade, sendo certo que seu alcance é uma meta, um norte havido no processo que orienta a instrução probatória. Contudo, é necessário se ter presente que a verdade do processo tem caráter accidental e circunstancial da atividade probatória, não se revelando nele a verdade objetiva³⁹; “a verdade no processo é resultado casual e contingente”⁴⁰.

Tem-se presente, então, que a pesquisa da verdade não é uma finalidade em si. O Estado não tem por objetivo tutelar verdades por meio do processo, mas sim resolver litígios e concretizar direitos⁴¹, ou seja, “o processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas instrumento para a produção de uma decisão jurídica”⁴², de modo que, apesar da verdade ser acidentalmente buscada no processo, seu escopo não é esse. O processo se pauta, tanto quanto possível, pela busca da verdade⁴³.

Desse modo, em que pese admitir-se que o processo deva buscar a verdade, tal objetivo deve ser perseguido dentro de limites razoáveis, expurgando-se toda a sorte de

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59.

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 72.

³⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

⁴⁰ DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 239.

⁴¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁴² TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 65.

⁴³ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012.

radicalismos do sistema processual. Qualquer excesso nocivo impregnado do fim de atingir a verdade absoluta deve ser evitado, pois os mecanismos humanos usados para a reconstrução histórica dos fatos são falíveis, motivo pelo qual não dariam conta de chegar à verdade pura⁴⁴. Ademais, fosse a busca pela verdade um fim em si mesma no processo, comportamentos obsessivos seriam incentivados e a burocracia e o formalismo seriam alimentados⁴⁵.

Robson Renault Godinho, após também pontuar que a verdade absoluta apenas se dá nos campos religiosos e metafísicos, registra que o perigo de sua busca – e de seu suposto atingimento – por parte do juiz pode atrair o julgador a uma espécie de “narcisismo epistemológico”, confundindo-se com a própria justiça e gerando, no processo, um indesejado absolutismo judicial⁴⁶.

De acordo com Antônio do Passo Cabral, pautar o processo pela busca da verdade real, substancial, dos fatos ou da vida, fazendo com que o juiz tenha de transportar para a sentença exatamente o que ocorreu no mundo dos fatos, é atribuir ao juiz uma visão heroica “como um oráculo divino que revelaria a verdade e expressaria a ‘vontade da lei’”⁴⁷. A mesma ideia da figura divina, mítica ou heroica do julgador trazida por Antônio do Passo Cabral é criticada por Sérgio Cruz Arenhart, para quem é necessário que se afirme a natureza humana do juiz, que, assim, não será mais capaz de descobrir a verdade do que os outros⁴⁸.

Não apenas a doutrina refuta o alcance da verdade real como um fim em si no processo. A legislação processual não rumou caminho distinto. A um só turno, abraça a verdade como um objetivo do processo (CPC, art. 378⁴⁹), mas reconhece que ela é

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

⁴⁶ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 73.

⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 152.

⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 15 de fev. de 2020, p. 8.

inalcançável, pois prevê que não faz coisa julgada *a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença* (CPC, art. 504, II⁵⁰)⁵¹. A coisa julgada, portanto, estabiliza as relações jurídicas, mas não imuniza a verdade dos fatos⁵².

Para além disso, a legislação processual civil traz dispositivos que veiculam presunções legais absolutas e ficções jurídicas, que, para José Carlos Barbosa Moreira, têm resultados práticos semelhantes e cuja distinção é dotada apenas de valor teórico. De acordo com o autor, as presunções legais absolutas têm lugar no plano do direito material e tornam irrelevante a produção de prova em contrário à presunção estabelecida, já que o próprio fato é dispensado para a verificação dos efeitos previstos em lei (v.g. presunção de violência na antiga redação do art. 224 do Código Penal). O uso de seu expediente seria explicado pela “grande verossimilhança do fato presumido”⁵³.

Já em relação às ficções jurídicas, admite-se até a não ocorrência do fato, de modo que o legislador, ao prevê-las, está cômico de que “a verdade é o oposto”, para, ainda assim, determinar idêntica produção dos efeitos que se verificariam “se o fato fosse verdadeiro”⁵⁴. Um exemplo de ficção jurídica se dá na hipótese em que o legislador estipula que o não comparecimento da parte ou sua recusa a depor produz os mesmos efeitos da confissão (art. 385, §1º, do CPC⁵⁵). Implementados os efeitos da pena de confesso, os fatos por ela abrangidos não dependerão de mais provas (art. 374, III, do CPC⁵⁶), havendo previsão

⁴⁹ Prevê a lei: “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁵¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

⁵² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova *in* Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 64.

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova *in* Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 65.

⁵⁵ §1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

⁵⁶ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...) III - admitidos no processo como incontroversos;

expressa de dispensa de produção de prova testemunhal (art. 443, I, do CPC⁵⁷), o que poderá ocorrer, ainda, com a prova pericial (art. 464, §1º, II, do CPC⁵⁸).

Há também as presunções legais relativas, que, em razão de políticas legislativas, atuam na distribuição do ônus da prova, ao presumirem como verdadeiros determinados fatos, que, por consequência, não dependem de prova (art. 374, III, do CPC)⁵⁹.

Extrai-se, assim, que a legislação processual, a par de ter alçado a verdade como objetivo do processo, veicula dispositivos legais que exortam os julgadores a passarem ao largo da verificação da verdade dos fatos.

Ficam estabelecidas, assim, as premissas de que (i) a verdade dos fatos é um pressuposto para a prolação de uma decisão judicial justa; (ii) a verdade a que se chegará no processo jamais será a absoluta, mas sim a possível; e (iii) a busca da verdade possível é um dos objetivos do processo, mas não se revela um fim em si mesma.

1.2. Prova e Verdade

1.2.1. Conceito de prova

Admitida a assertiva de que a verdade dos fatos tem íntima relação com o processo, cumpre analisarmos o tema atinente à prova, cujo vocábulo, no sentido jurídico, é plurissignificante⁶⁰, possuindo diversas acepções⁶¹.

⁵⁷ Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) I - já provados por documento ou confissão da parte;

⁵⁸ § 1º O juiz indeferirá a perícia quando: (...) II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova *in* Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 60.

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 48.

Para Michele Taruffo, *prova* é o meio do qual se valem as partes para demonstrar que as alegações por elas feitas são verdadeiras – ou que as alegações formuladas pela parte adversa são falsas –; meio esse que pode ser qualquer “instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre”. Para Taruffo, o meio de que se vale a parte pode ou não estar previsto no ordenamento jurídico, de modo que, típico ou atípico, deve ser aceito, desde que relevante e não considerado inadmissível⁶².

Moacyr Amaral Santos declina três acepções para o vocábulo. Inicialmente, registra que *prova* pode ser entendida como a ação de provar, de fazer a prova, ou seja, como “a produção dos atos ou meios de prova com os quais as partes ou juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*)”. Para o autor, *prova* pode ser ainda o *meio* de prova (testemunhal, documental) e, por fim, o *resultado* dos atos ou meios de prova na apuração da verdade⁶³. Tal classificação tripartite é reverberada na doutrina⁶⁴.

Amaral Santos, Didier e Cambi destacam a decorrente divisão da noção de prova em aspectos objetivo e subjetivo a partir da tripartição já explicitada. A noção de prova num sentido objetivo diz respeito à atividade probatória e aos meios de prova utilizados, enquanto que o aspecto subjetivo estaria presente na acepção do resultado que os meios probatórios e a atividade probatória proporcionaram ao convencimento do juiz⁶⁵⁻⁶⁶. Na crença da certeza

⁶² TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, pp. 59-60.

⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, pp. 11-12.

⁶⁴ Fredie Didier Jr. também aponta três principais acepções do vocábulo prova. Pode ser ele usado como sinônimo de atividade probatória, designando o ato de provar (àquele que alega um fato cabe fazer prova dele). Prova pode designar, ainda, o meio de prova, ou seja, a técnica usada para se extrair a comprovação do fato alegado (v.g. prova testemunhal, prova pericial). Por fim, prova pode referir-se ao resultado dos atos ou meios de prova produzidos no curso do processo (o autor fez prova dos fatos alegados) (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 48). Eduardo Cambi, do mesmo modo, alude à concepção tripartida de prova, que a conceitua como atividade, meio e resultado. Para ele, prova como atividade é “sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão”. Já a prova como meio se consubstancia no instrumento que aporta ao processo as informações sobre os fatos, visando o convencimento do juiz. A noção de prova como resultado diz com o êxito ou a valoração por parte do juiz, o que traduz sua convicção (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48).

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 49.

dos fatos está a prova em sentido subjetivo; nos meios admitidos ou impostos pelo ordenamento está a prova em sentido objetivo⁶⁷.

Na realidade, o *fato* não é verdadeiro nem falso; ou bem ele ocorreu ou não ocorreu. A proposição que se faz sobre ele é que se revela verdadeira ou falsa a depender da existência ou não do fato que serve de substrato à proposição⁶⁸.

Jeremías Bentham leciona que toda prova compreende ao menos dois fatos distintos: o fato principal e o fato probatório. O fato probatório é o próprio meio de prova de que se vale o interessado (v.g. um testemunho), enquanto que o fato principal é aquele cuja existência se pretende demonstrar por meio do fato probatório. Em suma, o fato denominado de principal é aquele “cuya existencia o inexistencia se trata de probar otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal”⁶⁹.

O ato de provar, por sua vez, pode ser entendido, em suma, como a demonstração da verdade de uma proposição⁷⁰⁻⁷¹ afirmada⁷² ou como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”⁷³.

1.2.2. Função da prova

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 48-49.

⁶⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 17.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 57.

⁶⁹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. v. I. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buena Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1956, p. 21.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 48

⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Scarpa. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

⁷² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 12.

A prova, para Eduardo Cambi, tem duas funções no processo, uma interna e outra externa. A função interna diz respeito à cognição, ou seja, à reconstrução dos fatos alegados no processo de modo a influenciar a convicção do julgador. Já a função externa tem lugar na legitimação social do exercício do poder jurisdicional⁷⁴. Para que tais funções sejam atingidas pelo sistema probatório, é preciso que ele esteja voltado à busca da verdade e à justiça da decisão judicial⁷⁵, pois, apesar de a verdade não ser um fim em si mesma, é instrumento para a realização da justiça⁷⁶.

Vicente Greco Filho sustenta que a finalidade da prova – que é “todo o elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém” – no processo não é moral ou filosófica e não é um fim em si mesma; a finalidade é prática: convencer o juiz⁷⁷. Em outras palavras, a prova tem por escopo inculcar no julgador a convicção da existência do fato alegado pelo interessado sobre os quais a prova versa⁷⁸, ou, ainda, esclarecer o julgador acerca dos fatos relevantes⁷⁹.

Admitida a ideia de verdade possível – afastando-se os conceitos de verdade real e verdade formal – a prova não serviria à demonstração da verdade objetiva, mas sim para formar o convencimento do juiz quanto à ocorrência das alegações de fato, mediante a demonstração, mais próxima possível da realidade, de uma verdade subjetiva⁸⁰.

⁷⁴ Leonardo Greco corrobora a ideia de função externa da prova de Eduardo Cambi ao pontuar que a prova, como direito fundamental, surge como pressuposto de uma jurisdição efetiva, o que também qualifica sua função legitimadora do exercício da jurisdição. (GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015).

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

⁷⁶ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 15.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova *in* Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56.

⁸⁰ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

A ideia de verdade possível é corroborada pelo apontamento de Robson Godinho no sentido de que a atividade probatória é essencialmente limitada, como, por exemplo, por questões procedimentais, vedações aos meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica. Para além disso, há as limitações decorrentes de ato de vontade do próprio órgão julgador, que, como apontado pelo autor, no cotidiano forense, constrange as partes ao afirmar que dispensa a prova X ou Y por já estar convencido ou satisfeito⁸¹.

É certo ainda que tal verdade possível deve ser alcançada pelas provas constitucionalmente admissíveis e relevantes, sendo certo que quanto mais abrangente for a investigação dos fatos, mais justa será a decisão proferida, pois, em que pese não se atingir a verdade absoluta, a aproximação da verdade varia de acordo com os meios de prova usados no processo e as eventuais limitações a eles impostas⁸²⁻⁸³⁻⁸⁴.

⁸¹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. v. 1. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 413-414.

⁸² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

⁸³ Nesse contexto de associação entre as ideias de verdade possível como conteúdo integrante da decisão justa e de limitações probatórias decorrentes de questões procedimentais, vale pontuar a questão atinente ao rito sumaríssimo, dada a expressividade do percentual de processos em trâmite perante órgãos judiciais integrantes do Sistema dos Juizados Especiais (Leis nºs 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009). De acordo com os dados estatísticos do Poder Judiciário divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório Justiça em Números 2020 (ano base 2019), no âmbito da Justiça Estadual foram registrados 18.103.261 casos não criminais novos, dentre os quais 5.795.310 tramitaram em Juizados Especiais Cíveis e Fazendários e suas respectivas Turmas Recursais, o que representa 32%. O percentual é ainda maior caso sejam retirados do total de casos novos aqueles computados como em trâmite nos Tribunais de Justiça e nas Turmas Recursais, pois representam, em sua quase totalidade, classes recursais. Nesse cenário, o total de casos novos não criminais na Justiça Estadual em primeiro grau de jurisdição seria de 15.403.064 e o percentual de casos novos propostos em Juizados Especiais Cíveis e Fazendários seria de 32,3%. Aplicando-se os mesmos parâmetros à Justiça Federal, tem-se, respectivamente, os números de 5.089.501 casos novos não criminais na Justiça Federal Comum, dos quais 3.541.800 dizem respeito aos Juizados Especiais, ou seja, 69,5%. Retirando-se os processos tombados nas Turmas Recursais, na Turma Regional de Uniformização e nos Tribunais Regionais Federais, tem-se um total de casos novos não criminais na Justiça Federal Comum de 4.118.969, dos quais 3.001.358 foram propostos perante Juizados Especiais, ou seja, 72,8%. (disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> – pp. 52 e 60).

⁸⁴ Para Leonardo Schenk, em que pese o rito sumaríssimo resguardar as garantias mínimas do contraditório, é necessário que o legislador assegure ao vencido a possibilidade de socorrer-se de um novo julgamento da causa em procedimento que lhe assegure a cognição plena, dadas as severas restrições probatórias do rito abreviado. Tal via deve ser aberta ao vencido sempre que a adoção do rito não for facultativa, ou que, em sendo eletivo o procedimento, não tenham ambas as partes a oportunidade anuir validamente com sua escolha. (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 303-304).

Para Vítor Paula Ramos, a prova tem por fim último a busca da verdade lastreada em um *standard* externo, retomando ideia análoga a de Taruffo em relação à verdade por correspondência⁸⁵.

Leonardo Schenk esclarece que a prova, no âmbito de um processo justo, deve perseguir – sem descurar das garantias constitucionais do contraditório, da paridade de armas e da imparcialidade – a eliminação de “fontes de incertezas” referentes à reconstrução dos fatos⁸⁶.

Pois bem, tornando ao rumo, não se nega, portanto, que o objetivo primário da iniciativa probatória das partes é atingir o convencimento do juiz quanto à existência dos fatos alegados e, por consequência, da veracidade das afirmações lançadas pelas partes no processo⁸⁷. Aliás, o art. 369 do CPC/2015 deixa estreme de dúvidas que os litigantes têm o direito de empregar meios de prova para provar a verdade dos fatos por eles alegados, bem como para “influir eficazmente na convicção do juiz”⁸⁸.

Contudo, a ponderação de Fredie Didier Jr. no sentido de que se deve ir além de tal assertiva parece plenamente acertada. Como afirma o autor, a finalidade da prova não está apenas adstrita ao convencimento do julgador, mas também ao convencimento das próprias partes, que, em especial, devem certificar-se: (i) de que são de fato titulares das posições jurídicas que afirmam ser; e (ii) da viabilidade de comprovar em juízo a existência dos fatos que dão substrato a tais posições jurídicas titularizadas⁸⁹.

Assim, a prova, para além de propiciar que o juiz forme seu convencimento acerca da existência ou não dos fatos, serve para revelar à própria parte quais são as suas reais chances de êxito, pautando, por conseguinte, seu comportamento processual ou pré-

⁸⁵ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 126.

⁸⁶ SCHENK, Leonardo Faria. Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 474.

⁸⁸ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 61.

processual⁹⁰. Afinal, no plano prático, de nada adianta o direito ser, em tese, favorável a alguém se não lhe for possível comprovar que se encontra em situação de incidência da norma⁹¹.

Veja-se, por exemplo, que nas hipóteses de produção antecipada de provas, previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015⁹² as partes são notoriamente as únicas destinatárias do material probatório que dali exsurgir, já que buscam conhecer fatos relevantes e avaliar suas chances de êxito ou a conveniência de ir a juízo. Mesmo na hipótese do inciso I do art. 381 do CPC/2015⁹³, não haverá, assim como nas demais situações, manifestação pelo juiz acerca da ocorrência de fatos ou de suas consequências jurídicas, nos termos do art. 382, §2º⁹⁴, do CPC/2015⁹⁵.

É que a ação autônoma de produção antecipada de prova se esgota, como se propõe, na produção da prova. Apenas se busca o reconhecimento judicial de que a prova foi regularmente produzida. Talvez, se houver demanda futura, a depender do convencimento extraído pelo requerente do resultado obtido na ação autônoma e de sua estratégia ou objetivo processual, pode se chegar à etapa de valoração judicial da prova produzida⁹⁶.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 62.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processo Civil Brasileiro*. v. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

⁹² “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁹³ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁹⁴ “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.
(...)
§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 251.

⁹⁶ DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 722.

Fica estabelecida, portanto, mais uma premissa: a prova não tem apenas por função influir na convicção dos julgadores, mas também formar o convencimento de todos aqueles que se veem envolvidos no processo.

1.3. Destinatário da Prova

A ideia de que o juiz seria o único ou o principal destinatário da prova está umbilicalmente ligada à noção que se tem da finalidade da atividade probatória. Não há dúvidas de que o juiz é um dos destinatários da prova. No entanto, recolocada a finalidade da prova nos termos acima explicitados, é necessário inserir as partes no rol de destinatários da prova⁹⁷.

As partes, assim como o juiz, também realizam atividade valorativa da prova, em contexto naturalmente distinto e com resultado prático diverso. Enquanto o juiz julga a questão posta atento ao resultado da prova, as partes deliberam e assumem posturas pré-processuais ou processuais diversas a depender da valoração por elas realizada (v.g. não ajuizamento de demanda; não resistência à pretensão; realização de autocomposição, não interposição de recurso)⁹⁸.

Dessa forma, tão relevante quanto convencer o julgador é convencer a parte da existência ou inexistência do fato que dá substrato à proposição por ela formulada, ou, ainda, da possibilidade ou impossibilidade de demonstração, em juízo, da sua alegação, uma vez que tal comprovação é condição para a percepção das consequências jurídicas almejadas. As partes são então destinatárias diretas da prova, tal como o julgador⁹⁹⁻¹⁰⁰.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 62.

⁹⁸ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69.

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 63.

¹⁰⁰ Nesse sentido o enunciado nº 50 do FPPC: “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função incluir eficazmente na convicção do juiz”.

Ou seja, a destinação e a finalidade da prova não se esgotam na atividade jurisdicional, pois, assim como o processo não é coisa das partes, também o processo e, especialmente, a prova tampouco são coisas do juiz¹⁰¹. Há que se pontuar: “*o destinatário das provas não pode mais ser apenas o juiz*”¹⁰², “também o são os tribunais superiores e as próprias partes, porque o direito de produzir provas das suas alegações se inclui no seu direito de defesa”¹⁰³.

Vale anotar, inclusive, que, a nosso sentir, o juiz é um destinatário passageiro da prova, ao passo que as partes dela fazem uso ao longo de todo o processo judicial, perpassando os âmbitos de competência da atividade judicante de cada julgador. Veja-se que, uma vez publicada a sentença (CPC/2015, art. 203, §1^o¹⁰⁴) prolatada pelo juiz de primeira instância, é vedado ao julgador alterá-la, senão nas estritas hipóteses do art. 494 do Código de Processo Civil¹⁰⁵, bem como naquelas em que há previsão expressa de efeito regressivo do recurso de apelação¹⁰⁶.

¹⁰¹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. v. 1. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 412-413.

¹⁰² GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

¹⁰³ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 308.

¹⁰⁴ “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

¹⁰⁵ “Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

¹⁰⁶ “Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se.”
 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...)§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”
 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

Ou seja, em regra, uma vez realizada pelo julgador a atividade intelectual de apreciação das provas produzidas nos autos de processo judicial, a ele é defeso revisitar, ainda que em outra instância (CPC/2015, art. 144, II¹⁰⁷), a mesma matéria. As partes, contudo, continuarão a carregar o resultado da atividade probatória por toda a marcha processual, levando-a, ao menos, à apreciação do órgão julgador de segunda instância – consideradas presentes e incidentes as limitações cognitivas dos recursos excepcionais.

E as notórias limitações legais e jurisprudenciais quanto à reapreciação de fatos e provas em sede de recursos excepcionais tornam ainda mais relevante o correto acerto da matéria de fato pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, o que pressupõe uma completa análise das provas pelo órgão julgador de segundo grau, qualificando-o como relevantíssimo destinatário do material produzido nos autos.

Dessa forma, é possível até afirmar que as partes são destinatárias, senão “*mais*” diretas que o julgador, ao menos mais impactadas pelo resultado da atividade probatória, afinal, o resultado de tal atividade não apenas atinge a comprovação da existência das posições jurídicas de que são elas titulares – ou afirmam sê-lo – como as acompanha até o final da marcha processual, enquanto que, para cada julgador, o resultado da atividade probatória se exaure quando da sua livre apreciação motivada¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: (...) II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;” BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

¹⁰⁸ Lênio Streck e Dierle Nunes, dentre outros, apontam que o CPC/2015 não prevê mais o sistema de livre convencimento motivado ou de livre apreciação da prova pelo julgador, em razão da redação do art. 371 do CPC/2015, que suprimiu o vocábulo “livremente” que constava do art. 131 do CPC/73 e do art. 118 do CPC/39. Para Streck, o juiz “não está ‘livre’ como na Modernidade e nem ‘preso’ como no Medieval, ele está num espaço fronteiro que lhe é condição de possibilidade. Imerso neste contexto a apreciação das provas ocorre, sendo realizada, portanto, desde o início, circunscrito nos limites que a justificação pública impõe”. Acresce o autor que “a jurisdição “efetua ‘a’ interpretação, uma vez que decide – e não escolhe – quais os critérios de ajuste e substância (moralidade) que estão subjacentes ao caso concreto analisado. Portanto, decidir é um ato de responsabilidade política que se dá mediante critérios de justificação pública e não por livres apreciações e/ou convencimentos”. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, - livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle (Org. et al). *O fim do convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 15 e 26. Já para Fernando Gajardoni, o sistema de livre convencimento motivado continua vigente com o advento do CPC/2015, já que, para o autor, “o que houve, portanto, foi apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho o juiz, não a extinção da autonomia de julgamento, que continua existindo e controlada pela fundamentação (que deve demonstrar o sentido lógico da valoração das provas e aplicação do direito) e pela ampla gama de recursos prevista no ordenamento jurídico pátrio (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 233).

1.4. Prova como Direito Fundamental

O direito à prova integra o conteúdo do direito fundamental ao contraditório, garantido por sua dimensão substancial, de modo que se revela, em si mesmo, um direito fundamental¹⁰⁹. Contraditório que, para Leonardo Greco, é a expressão processual da democracia participativa¹¹⁰ e, para Elio Fazzalari, é condição estrutural e legitimante da própria atividade desenvolvida em meio ao processo e que, ademais, constituiria, ainda, mecanismo preventivo contra eventuais abusos¹¹¹. A prova é, assim, aspecto essencial do princípio do contraditório¹¹².

Litigar provando representa manifestação essencial da garantia constitucional do direito de ação e de defesa, pois tanto o agir como o ato de se defender provando são condições para a concreção da garantia constitucional. Ou seja, as garantias constitucionais de ação e de defesa careceriam de conteúdo substancial sem o respeito ao direito à prova, de modo que ele acaba por se constituir verdadeira decorrência do devido processo legal, ocupando posição de extraordinária grandeza no direito processual¹¹³.

Afirma-se que esse direito fundamental decorre da existência de questões de fato havidas no processo e integra, além da garantia do contraditório, também a garantia de acesso à justiça¹¹⁴. A parte possui, então, o direito fundamental a produzir prova acerca das

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 50.

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 305.

¹¹¹ FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti dela Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré, n. 3, p 867, 1958 in NUNES, Dierle José Coelho. *Da Teoria Fazzalariana de Processo – O processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão de módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal*. Belo Horizonte: RDCPC, n.43, set-out. 2006 – Estudos Jurídicos, pp. 213-214.

¹¹² LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariiedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 57.

¹¹³ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

¹¹⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 472.

alegações de fato que fizer, a fim de que se verifique, no processo, se ele existiu ou não, valendo-se de todos os meios legais, ainda que não especificados na legislação¹¹⁵.

Para Fredie Didier Jr., a parte exerce o direito fundamental à produção da prova com um objetivo, com uma finalidade, qual seja, a de convencer o julgador, com a certeza necessária e diante da verdade possível, da existência dos fatos que dão suporte às suas proposições e, por consequência, da veracidade de suas proposições, para que, então, daí decorram os efeitos jurídicos almejados. Isso sem olvidar-se da função de convencimento da própria parte¹¹⁶.

Para Leonardo Greco, a prova é elemento essencial do direito de defesa e do contraditório participativo, o que é pressuposto do acesso a uma efetiva tutela jurisdicional. A busca da verdade por meio da produção probatória em juízo ganha contornos garantístico e político, motivo pelo qual a prova não pode ser vista como algo sob o domínio do juiz¹¹⁷. O autor, em sua apresentação do anteprojeto de reforma do direito probatório elaborado com grupo de pesquisa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), enfatizou a necessidade de se frear a “racionalização redutora da investigação dos fatos” promovida pelo julgador, que acaba por admitir apenas as provas que, anteriormente, em casos análogos, trouxeram-lhe elemento útil para o julgamento¹¹⁸.

Desse modo, em reforço à ideia de que a produção probatória é um direito da parte, qualquer prova cujo resultado possa potencialmente ter utilidade – e, aqui, acrescemos: para qualquer dos destinatários – deve ser admitida no processo¹¹⁹, pois, uma vez subtraída da parte a possibilidade de comprovar os fatos que dão suporte às alegações formuladas, prejudicada estará a tutela jurisdicional¹²⁰.

¹¹⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 472.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 60.

¹¹⁷ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

¹¹⁸ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – segunda parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, 2015, p. 111-201. mar-2015.

¹¹⁹ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – segunda parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, 2015, p. 111-201. mar-2015.

¹²⁰ ROQUE, André Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v.279, p. 24, mai-2018.

Pelas mesmas razões, as limitações probatórias legais não podem mais ser tomadas por absolutamente intangíveis e insuperáveis. Ensina Leonardo Greco que, em grande parte, as limitações probatórias devem ser vistas com um “caráter meramente indicativo”, enquanto que outras podem ser afastadas por motivos relevantes ou após ponderação em eventual conflito de direitos fundamentais postos em rota de colisão. Apenas residualmente, pequena parcela das limitações probatórias deve ser tomada por insuperável “em razão da necessidade de proteção de um núcleo duro e impenetrável de direitos da personalidade”¹²¹.

A iniciativa probatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, não pode, como direito fundamental que é, ser vulnerada por óbices judiciais com os corriqueiros fundamentos lastreados “na reduzida probabilidade de êxito da prova, na celeridade ou na economia processual”¹²².

E o direito fundamental de defender-se provando, para além de decorrer do efetivo contraditório e do fato de que a parte também é destinatária da prova produzida, se completa pela previsão do art. 373, §1º, do CPC/2015, que trouxe a possibilidade de redistribuição da regra do ônus da prova prevista no *caput* do mesmo dispositivo legal. Afinal, a aplicação da redistribuição do ônus da prova “só é legítima se possibilita efetivamente que a parte se desincumba do ônus que lhe é atribuído e se não lhe impõe encargo excessivamente oneroso ou impossível”¹²³.

Não se pode ignorar, ainda, a alteração de redação promovida pelo legislador em relação ao art. 369 do CPC/2015, que tem o seguinte teor: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

¹²¹ GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n.4, 2009, jul-dez. 2009.

¹²² GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – primeira parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 67. fev-2015.

¹²³ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 308.

Analisando-se as redações de dispositivos anteriores (art. 208 do CPC/1939¹²⁴; art. 332 do CPC/1973¹²⁵), infere-se que o legislador inovou ao incluir a expressão “*as partes*” no dispositivo, além de exprimir de forma categórica que a produção da prova é um *direito* do litigante, bem como fortalecer o princípio do contraditório na parte final do dispositivo.

Assim, há verdadeira simbiose ao refutar-se a ideia de que o juiz é o único destinatário do material probatório produzido nos autos e ao proteger-se e valorizar-se o direito à prova como direito fundamental da parte¹²⁶.

Alinhavando-se as ideias: se a função da prova não é apenas convencer o juiz e se ele não é o único destinatário do material probatório, não há mais espaço para inadmissões de meios de prova por ter o julgador “se satisfeito” ou já se “convencido” com aquilo que consta dos autos¹²⁷.

¹²⁴ Art. 208. São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civís e comerciais.

¹²⁵ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹²⁶ LANES, Júlio Cesar Goulart, POZATTI, Fabrício Costa. O Juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 107.

¹²⁷ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. v. 1. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 413-414.

2. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO ÓRGÃO JUDICIAL NOS MODELOS ADVERSARIAL E INQUISITORIAL

2.1. Nota introdutória

Estabelecidas as relações entre verdade e Direito, verdade e processo e prova e verdade, revisitadas as funções da prova e seus destinatários e estabelecido que o ato de provar é direito fundamental da parte, parte-se para a análise da iniciativa probatória conferida ao órgão julgador.

De início, cumpre ressaltar que ao órgão julgador é conferida pela legislação processual uma gama de poderes a serem exercidos no curso do processo, poderes esses que podem ser de índole administrativa ou jurisdicional. Como exemplos da primeira espécie de poderes, tem-se as previsões de que o juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe requisitar, quando necessário, força policial (art. 139, VII, CPC/2015) ou determinar que se retirem da audiência os que, de forma inconveniente, se portarem (art. 360, II, CPC/2015)¹²⁸.

Dentre os poderes jurisdicionais se encontram o “poder-fim” (atividade decisória) e os “poderes-meio”, dos quais se extraem os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção. A depender da primazia conferida pela legislação, ao juiz ou às partes, na direção do processo e na iniciativa da coleta de provas, é que, habitualmente, se identificam dois modelos ou sistemas de estruturação do processo¹²⁹.

Para Michele Taruffo, a concessão, em maior ou menor amplitude, de poderes instrutórios ao juiz pela legislação tem relação direta com a ideologia que permeia a busca da verdade no âmbito do processo. Se o legislador confere maiores poderes instrutórios ao juiz, tem em mira que a descoberta da verdade é uma bússola do processo; por outro lado, se não são atribuídos ao juiz poderes instrutórios autônomos de investigação, a apuração da verdade não interessa¹³⁰.

¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54-55.

¹²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55-56.

¹³⁰ Na redação original: “In sostanza: se l'accertamento della verità dei fatti non interessa, allora non vi è bisogno di munire il giudice di poteri istruttori autonomi per consentirgli di accertarla quando a questo scopo le

Essa dicotomia identificada nos modelos tradicionais ocidentais de estruturação do processo é o ponto de partida deste capítulo.

2.2. Os modelos tradicionais ocidentais de estruturação do processo

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, “uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo”¹³¹. A discussão travada acerca da iniciativa probatória do juiz tem intrínseca relação, portanto, com os modelos de estruturação de processo na civilização ocidental, geralmente identificados como dois: *adversarial* e *inquisitorial*¹³².

No modelo adversarial, predomina o princípio dispositivo, enquanto que no sistema inquisitorial prepondera o princípio inquisitivo¹³³⁻¹³⁴. José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier Jr. registram o modo equívoco como as expressões “princípio dispositivo” e

iniziative delle parti risultano insufficienti; reciprocamente, se si condividono le ragioni ideologiche per le quali si ritiene che il giudice non debba essere dotato di questi poteri, allora è coerente ritenere che il processo non possa, e comunque non debba, essere orientato verso l'accertamento della verità dei fatti”. (TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2006, p. 472).

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

¹³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 151.

¹³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm. 2018., p. 152. No mesmo sentido, GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan-apr, 2013. p. 63.

¹³⁴ Michele Taruffo critica a falta de precisão da designação do modelo denominado de inquisitorial, pois, de acordo com o jurista italiano, um modelo puramente inquisitorial – iniciado de ofício, processado em segredo, sem respeito a garantias processuais e com provas obtidas exclusivamente pelo juiz – teria se dado apenas na Prússia, na segunda metade do século XVIII. (TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 74). A crítica é refletida por Robson Godinho (GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 62). Ainda sobre o tema, oportuno pontuar que no processo realmente inquisitivo, não havia igualdade ou liberdade processuais e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se numa só pessoa; no âmbito processual penal, o réu era tido por objeto do processo, admitindo-se a tortura para obtenção da rainha das provas, a confissão. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64).

“princípio inquisitivo” são empregadas, inclusive pela doutrina, de modo que tais designações, no contexto do tema referente aos modelos de organização do processo, passaram a informar uma maior ou menor carga de poderes ao julgador¹³⁵. O emprego do vocábulo *princípio*, portanto, em tais contextos não traduz “sentido de ‘espécie normativa’, mas, sim, de ‘fundamento’, ‘orientação preponderante’”¹³⁶.

A iniciativa probatória do órgão julgador – assim como todo tema atinente à extensão de qualquer de seus poderes – é matéria que toca umbilicalmente à organização política do Estado e que está afeta à distribuição das funções, no âmbito do processo, entre as partes e o juiz¹³⁷, ou, em outras palavras, à “divisão do trabalho” entre o juiz e as partes – mais precisamente seus advogados – na instrução probatória¹³⁸. Não por outro motivo, os critérios distintivos entre os sistemas tradicionais têm lugar notadamente na repartição dos âmbitos de atuação do juiz e das partes¹³⁹.

O sistema *adversarial* tem por característica a passividade do julgador – cujo principal papel é decidir o caso posto – que assiste desenvolver-se ao longo do processo uma disputa, um duelo entre as partes. Já o sistema *inquisitorial* tem por característica a ocorrência de uma investigação oficial dos fatos pelo órgão julgador. Assim, no sistema *adversarial*, as partes assumem proeminência na divisão das atividades processuais, enquanto que no sistema *inquisitorial*, o órgão julgador detém o protagonismo na repartição do trabalho¹⁴⁰.

¹³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 214, ago. 2011.

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes instrutórios do juiz na direção e na instrução do processo. In *Temas de direito processual civil* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46. No mesmo sentido são as lições de Daniel Mitidiero (MITIDIÉRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo*. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UFRGS, 2007, p. 45).

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual civil – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

¹³⁹ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 62.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, pp. 208-210, ago. 2011.

Nas palavras de Mirjan Damaska, “under the first system [adversarial], the two adversaries take charge of most procedural action; under the second [inquisitorial] officials perform most activities”¹⁴¹.

No entanto, nenhum modelo de estruturação de processo é, por natureza, completamente adversarial ou completamente inquisitorial, podendo-se afirmar que há modelos predominantemente adversariais e modelos predominantemente inquisitoriais, que, em geral, estão presentes em países que, respectivamente, pertencem às famílias jurídicas da *common law* e da *civil law*¹⁴²⁻¹⁴³.

Michele Taruffo também registra a impropriedade na manutenção da distinção de sistemas processuais por meio das nomenclaturas *adversarial* e *inquisitivo*, pois, de acordo com o autor, não existem mais sistemas *puros*. Para Taruffo, os sistemas processuais devem ser distinguidos em razão de outras características, tais como o objetivo e a função do processo civil, os pressupostos epistemológicos acerca da verdade, no geral e no processo, e a ideia que se tem de *prova*¹⁴⁴.

Assim, dada a inexistência de pureza em qualquer dos modelos estruturantes de processo¹⁴⁵, a dispositividade e a inquisitividade se fazem presentes em diversas searas tratadas pelo legislador, não havendo como se concluir por um sistema absolutamente dispositivo ou inquisitivo, pois cada sistema é formado por simbioses de elementos oriundos de ambos os modelos, admitindo-se a predominância de um ou outro modelo a depender do tema versado¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

¹⁴¹ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. Yale: Yale University Press, 1986, p. 3.

¹⁴² JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 175-176.

¹⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, pp. 75-78.

¹⁴⁵ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 61.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 153.

¹⁴⁷ JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 176.

Isso porque “os vaivéns da História deram (e continuam a dar) ensejo a infiltrações e contaminações recíprocas entre ordenamentos de origens diversas” e “se quiséssemos assinalar cada família por uma cor típica, teríamos de reconhecer a existência de um sem-número de matizes e entretons”¹⁴⁸. Noutras palavras, não existiu e não existirá ordenamento jurídico processual que se possa classificar como “quimicamente puro”, de sorte que todos combinam elementos de ambos os tipos¹⁴⁹.

A nota de *adversarialidade* ou de *inquisitorialidade* pode ser pensada, portanto, tema a tema, ponto a ponto da legislação processual. Sempre que for atribuído poder ao juiz de sobrepor-se à vontade das partes, haverá um influxo de *inquisitorialidade*; quando for prestigiada a opção dos litigantes, presente estará certo grau de *adversarialidade*¹⁵⁰.

Veja-se que no âmbito do direito processual civil brasileiro, o princípio dispositivo incide, por exemplo, na instauração do processo, na fixação do objeto litigioso¹⁵¹⁻¹⁵² e na possibilidade de desistência de recurso interposto, que não tenha sido afetado com repercussão geral reconhecida ou para julgamento como recurso excepcional repetitivo (CPC, art. 998)¹⁵³.

Quanto à distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz no âmbito do sistema probatório, infere-se que nos países que se filiam à família jurídica da denominada *civil law* há preponderância de adoção pelo legislador de um modelo com influxo maior de notas de inquisitorialidade, atribuindo-se ao órgão julgador uma postura ativa na instrução, inclusive na proposição, *ex officio*, de provas¹⁵⁴.

¹⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 97.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 153.

¹⁵² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹⁵³ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

¹⁵⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

Por sua vez, em relação aos países que adotaram a tradição da *common law*, verifica-se maior predomínio do sistema adversarial, relegando-se às partes – na verdade, a seus procuradores – a iniciativa probatória, coleta e apresentação em juízo das provas¹⁵⁵.

De acordo com Robson Godinho, é nessa divisão das funções do juiz e das partes no processo – e na busca por um ponto de equilíbrio – em que se situa o moderno debate entre o publicismo e o privatismo¹⁵⁶.

2.3. Privatismo, publicismo, neoprivatismo, garantismo...

2.3.1. Breve histórico das idas e vindas

A fim de expor o debate havido, faz-se necessária a realização de apertado histórico de idas e vindas da preponderância de notas de um ou outro sistema ou modelo processual – em especial na Europa continental e, por consequência, no Brasil¹⁵⁷ – e, bem assim, da mesma preponderância de influência de concepções privatistas ou publicistas no processo civil.

O processo jurisdicional, que se desenvolve em contato direto com um órgão de soberania estatal – o Tribunal – não é imune a ideologias políticas e nele se refletem concepções existentes acerca das relações estabelecidas entre os indivíduos e o Estado¹⁵⁸. Para além disso, as ideias dominantes sobre o papel do Estado traçam os escopos da justiça,

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 98.

¹⁵⁶ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 63.

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual civil* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

¹⁵⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 58-59.

que culminam por pautar os caminhos do direito processual¹⁵⁹, de sorte que é ingênuo negar que a índole do regime político se reflita no campo do processo¹⁶⁰.

Para Juan Montero Aroca, na concepção liberal que vigia no século XIX, a tutela jurisdicional era tida como uma maneira pacífica de solucionar conflitos e garantir com plenitude os direitos subjetivos do cidadão. As partes eram donas do processo em todos os sentidos; não apenas quanto ao que era debatido no processo, mas também em relação a ele mesmo. De acordo com o princípio dispositivo, a elas incumbia acionar o Judiciário, delimitar o pedido e a causa de pedir da demanda. O juiz não podia tratar de fatos não alegados pelos litigantes ou determinar a produção oficiosa de provas. Era vedado, ainda, ao julgador, pronunciar de ofício a falta de pressupostos processuais ou a preclusão, o que dependia de requerimento expreso das partes¹⁶¹.

Leonardo Greco, em crítica a Juan Montero Aroca, sustenta que eventual concepção liberal que se tenha do modelo processual existente no século XIX devia-se menos à propalada finalidade do processo tal como posta pelo autor espanhol e mais à “absoluta indiferença do julgador quanto à delimitação fática e jurídica do objeto litigioso, à prova dos fatos, ao drama humano, ao impacto das suas decisões sobre os interesses das partes”¹⁶².

Barbosa Moreira pontua que a ciência processual moderna nasceu em âmbito político e social imbuído de uma atmosfera dominada pela filosofia liberal individualista¹⁶³, de modo que o processo era visto como coisa das partes, concepção que teria perdurado até meados do século XX em alguns países da Europa continental¹⁶⁴.

¹⁵⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

¹⁶¹ AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la ‘buena fe procesal’. In: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 302-306.

¹⁶² GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual civil* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

¹⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo. In: *Temas de direito processual civil* (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14.

Tal fase denominada de liberal do processo impedia, assim, que o juiz assumisse postura ativa na marcha processual. Chegou-se a vedar a possibilidade de que o juiz interpretasse a lei nos países em que o pensamento de Montesquieu se tornou mais presente¹⁶⁵. Em razão do cenário político-social que vigia à época da Revolução Francesa, os juízes franceses eram vistos pelos revolucionários como defensores do *status quo* e mantenedores de relações espúrias com a aristocracia sustentada pelo Antigo Regime,¹⁶⁶ e a imposição de limites ao Poder Judiciário era verdadeira *conditio sine qua non* para o sucesso dos ideais daquele movimento revolucionário¹⁶⁷. Por via de consequência, o juiz foi impedido de interpretar a legislação, limitando-se sua atividade a aplicá-la, a fim de que não houvesse espaço para subverter a vontade do Parlamento; o julgador converteu-se em verdadeira *bouche de la loi*¹⁶⁸.

O abandono do *laissez-faire* do liberalismo, que deixava ao léu a parte mais fraca e tornava o processo um instrumento de opressão em benefício da parte mais forte, era defendido por ideólogos do socialismo no final do século XIX. O jurista austríaco Anton Menger, que propalava tais ideais, influenciou a elaboração do Código austríaco de 1895 e a pregação reformista de Chiovenda, no início do século XX. Em meio à ideologia do Estado-Providência, que pregava a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e que, no período entre guerras, influenciou o processo civil, foram publicados o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 e o Código Italiano de 1940. Ambos os diplomas caracterizaram o processo civil – assim como outras atividades estatais – como um instrumento de realização do bem comum, dirigido por um juiz oficialista, com iniciativa probatória para além da vontade das partes¹⁶⁹.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

¹⁶⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

A visão social do processo por meio de Klein e a doutrina europeia do final do século XIX – que se imbuíu de preocupações publicistas – influenciaram, assim, com bastante vigor, a produção legislativa na Europa no início do século XX, enquanto que no Brasil se buscou uma simbiose entre o processo liberal e uma postura autoritária. Apesar disso, Robson Godinho pontua um reforço da autoridade estatal com o advento do CPC/1939, evidenciada por sua exposição de motivos¹⁷⁰.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira afirma que, após o advento do Código austríaco de 1895, por ele denominado de “*monumento legislativo inspirado numa concepção social*”, reformas processuais passaram a ser influenciadas, tais como a alemã e a italiana, espalhando-se, posteriormente, a outros países de origem latina. Assim, tal influência de ruptura com um modelo privatista aportou no Brasil – ambiente mais favorável à sua propalação do que os ordenamentos processuais civis europeus, que apenas disciplinavam litígios de natureza privada – e influenciou, por exemplo, a elaboração do CPC/1939, que aumentou sobremaneira o papel do juiz¹⁷¹.

Suplantados os regimes autoritários e vencidas as atrocidades da II Guerra, fez-se necessária uma nova conformação político-jurídico-social para pautar as relações entre o Estado e o indivíduo, o que, no Brasil, se deu com a promulgação da Constituição de 1988. O novo Estado de Direito não mais se funda na supremacia do interesse público, mas no primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. O processo civil também se reconstrói e se firma como instrumento de tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares; serve o processo diretamente aos destinatários da prestação jurisdicional¹⁷². A democracia social que se instalou intensificou a participação do Estado na sociedade e, por consequência, do juiz no processo, que não mais o abandonaria à sorte das partes como na fase liberal¹⁷³.

Com a re colocação das relações entre Estado e indivíduo após o término da II Guerra, dos regimes autoritários e do advento de novas Cartas Políticas na Europa ocidental, vozes

¹⁷⁰ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

¹⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In *Temas de direito processual civil* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34-35.

¹⁷² GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66.

privatistas levantaram-se a fim de sustentar a necessidade de reconstrução de um sistema processual sob a perspectiva do cidadão, respeitando-se os princípios dispositivos e a autonomia privada¹⁷⁴.

Franco Cipriani, em 1995, publicou estudo afirmando que o Código austríaco de 1895 superdimensionou o caráter publicista do processo civil¹⁷⁵. Em 2000, logo após a publicação da Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) espanhola, Juan Montero Aroca realizou conferência nas XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) em que defendeu que a LEC, então recém aprovada, não assumira a ideia de publicização do processo civil, que estava passando por um esvaziamento de seu conteúdo publicístico¹⁷⁶.

A reação ao predomínio de ideias publicistas que dominaram o processo no século XX, deu ensejo ao surgimento do denominado garantismo processual, visão ideológica que busca mitigar ao máximo os poderes do juiz, prestigiando sua imparcialidade e o sistema acusatório, além de assegurar às partes uma participação ampla na atividade jurisdicional para a defesa de seus interesses¹⁷⁷.

Em outras palavras, a concepção denominada de garantismo processual – inspirada nas bases dogmáticas do garantismo de Luigi Ferrajoli – sustenta que o resultado do processo depende do efetivo debate entre as partes, bem assim da diligência de cada uma delas em administrar e manejar suas respectivas atividades processuais¹⁷⁸.

Seguiu-se, então, intenso debate entre autores com vieses privatistas e publicistas, sendo célebre o texto de José Carlos Barbosa Moreira em que atribui àqueles que tornaram

¹⁷⁴ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

¹⁷⁵ CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1995, p. 983.

¹⁷⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. In: DIDIER JR., Fredie et al (coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 277-282.

¹⁷⁷ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie et al (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 639.

¹⁷⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie et al (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 260-261.

a propugnar ideais mais liberais no processo – com menor intervenção do Estado-Juiz e maior autonomia das partes na condução do processo – a nomenclatura de neoprivatistas¹⁷⁹.

O saudoso doutrinador afirmou que não há dúvidas de que o século XX revelou o quão grave é o perigo de regimes totalitários, em que há uma hipertrofia estatal, o que reforça o pêndulo ideológico para uma “versão renovada do liberalismo político”, de modo a reduzir o peso do Estado sobre o cidadão, o que, no âmbito do processo judicial, ensejaria uma retração dos poderes do juiz e uma dilatação das faculdades das partes. Mas, a seu sentir, a reação poderia ultrapassar os limites do razoável¹⁸⁰.

Para este trabalho, interessa-nos os argumentos de ambas as correntes no que tange à divisão de trabalho entre as partes e o órgão julgador em matéria afeta ao sistema probatório, notadamente no momento em que o juiz determina, de forma oficiosa, a produção de determinada prova.

2.3.2. Principais pontos de divergência entre publicistas e privatistas

2.3.2.1. Invasão do campo de atuação das partes

Ponto de divergência comum entre privatistas e publicistas diz respeito a definir se o juiz, ao determinar a produção de prova *ex officio*, invade ou não o campo de atuação das partes.

Para Juan Montero Aroca, o obstáculo no aumento dos poderes processuais do órgão julgador não está em, por exemplo, substituir-se o impulso tradicional das partes pelo impulso oficial. O problema reside na possibilidade de que o juiz possa iniciar oficiosamente um processo, trazer aos autos fatos não alegados pelas partes ou, ainda, determinar a

¹⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, pp; 14-17.

¹⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual civil* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39-40.

produção de provas não requeridas, pois, nessas hipóteses, são afetados direitos subjetivos reconhecidos na norma material¹⁸¹.

Por sua vez, Joan Picó I Junoy afirma que podem ser conferidos poderes probatórios que deem iniciativa probatória ao juiz sem que isso importe em invasão no campo de atuação das partes. Para o autor espanhol, desde que (i) tal iniciativa probatória se limite aos fatos alegados pelas partes; (ii) as fontes de prova já constem da causa; e (iii) as partes possam ampliar as provas inicialmente propostas, não há qualquer mácula na atuação do julgador¹⁸².

Para os privatistas ou garantistas, a iniciativa probatória oficial não seria legitimada sob a perspectiva da garantia constitucional do devido processo legal, pois viola a liberdade individual de participação no processo e a faculdade de disposição do litigante, impondo-lhe uma providência jurisdicional não requerida¹⁸³.

Já a corrente publicista nega a ocorrência de invasão do juiz no campo de atuação das partes. O órgão judicial necessita de duas espécies de materiais para realizar o julgamento, o direito e os fatos, motivo pelo qual a apuração desses últimos, nos limites tais como postos pelas partes, é de competência do juiz. Tal aferição seria pressuposto do regular desempenho da atividade judicante, pois se a lei determina ao juiz que realize o julgamento, ele deve fazê-lo bem informado, não sendo tolhido na apuração fática¹⁸⁴.

Para Joan Picó I Junoy há distinção entre conceder-se à parte interessada a faculdade de ingressar ou não em juízo – o que seria expressão do princípio dispositivo – e podar-se por completo os poderes instrutórios do juiz com a demanda já posta sob sua análise. Após proposta a demanda, não vigeriam mais os interesses exclusivamente privados dos litigantes, ideia que estaria ligada à concepção de que o processo seria um negócio entre as partes, superada por uma visão publicista do processo, que nele enxerga também a presença de interesse estatal no exercício da função jurisdicional¹⁸⁵.

¹⁸¹ AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blach, 2001, p. 72.

¹⁸² PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 120.

¹⁸³ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 643.

¹⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 13.

2.3.2.2. Perda da imparcialidade

Outra celeuma havida entre as duas correntes adstringe-se à perda da imparcialidade do julgador que, *ex officio*, determina a produção de uma prova.

Sustentam os publicistas que não há perda da imparcialidade decorrente de tal atuar do julgador. Para tanto, registram que o juiz não sabe, de antemão, qual será o resultado da diligência probatória determinada, de modo que não é possível afirmar que ele tenha beneficiado uma ou outra parte, pois desconhecida a conclusão da prova¹⁸⁶.

Ademais, se o julgador se mantém inerte, também culmina por beneficiar a parte a quem eventual resultado da prova prejudicaria, caso fosse realizada. Dessa forma, estaria o juiz em ambas as hipóteses – mantendo-se inerte ou apresentando-se ativo – fadado à pecha da parcialidade¹⁸⁷.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

o interesse público exige prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do juiz, assentada esta o mais possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria de seu ofício, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação, disciplinando do mesmo passo os poderes instrutórios do juiz.¹⁸⁸

Nessa senda, não haveria comprometimento da parcialidade do julgador com o exercício dos poderes probatórios atribuídos pelo legislador, havendo como meios de controle o contraditório, o dever de motivação e a cadeia recursal.

¹⁸⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 122.

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 13.

¹⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 13.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 15.

Robson Renault Godinho também trilha no mesmo sentido, ao pontuar que tanto a ação como a omissão judicial em matéria probatória possuem potencial para favorecer alguma das partes, de modo que, *a priori*, a determinação de produção de provas de ofício não ensejaria malferimento à imparcialidade do juiz. Ressalva o processualista que, no entanto,¹⁸⁹

(...) há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana” de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões e violando limitações probatórias.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a imparcialidade do juiz também não é arranhada pela determinação de ofício de produção de determinada prova. Para o autor, seria parcial o juiz que, sabendo necessitar de certa prova para a elucidação da matéria fática, prostra-se inerte ante tal circunstância¹⁹⁰.

Contudo, há quem sustente, sob o viés do garantismo processual, a perda da imparcialidade do julgador que determina, de forma oficiosa, a produção de provas não requeridas.

Tal imparcialidade não se daria em relação às partes, pois o órgão julgador não sabe a quem a prova beneficiará. A imparcialidade apontada por vezes do garantismo processual diz respeito ao objeto da lide, pois o julgador, psicológica e inconscientemente estará viciado por convicções sentimentais ou ideológicas em relação aos argumentos e interesses das partes. No fundo, ele determinará, por meio da investigação oficiosa, a produção de provas para chegar a um resultado já anteriormente projetado, supostamente convergente com a sua perspectiva de verdade dos fatos, deixando de dar crédito às alegações das partes¹⁹¹.

Para Glauco Gumerato Ramos, o juiz que determina a produção de provas de ofício tem sua imparcialidade abalada. Segundo o autor, se o julgador determina a produção de

¹⁸⁹ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 69-70.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 69.

¹⁹¹ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 644-645.

determinado meio probatório, é porque, por exemplo, tem dúvidas acerca da ocorrência do fato constitutivo do direito do autor, do que se extrai que ele teria certeza de que o pedido formulado não poderia ser concedido. Assim, de acordo com a regra do *non liquet*, deveria o juiz julgar o caso de acordo com a regra de julgamento prevista no art. 373 do CPC/2015 e não determinar a produção de prova de ofício. Ao fazê-lo, o julgador expõe sua convicção acerca do fato de que a parte não se desincumbiu de seu ônus processual e age, portanto, parcialmente, suprimindo tal deficiência¹⁹².

Joan Picó I Junoy sustenta que, uma vez que a iniciativa probatória do juiz fique adstrita às fontes de prova que já constem dos autos¹⁹³, não há falar em quebra da imparcialidade do julgador. Assim, os meios de prova cuja produção for determinada pelo juiz devem retirar substrato de fontes aportadas livremente pelas próprias partes, o que impediria, na visão do autor, uma atitude inquisitiva do órgão julgador. A seu ver, o art. 429.1.II da LEC positivou tal posição ao prever que a iniciativa probatória do juiz cinge-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos¹⁹⁴.

2.3.2.3. Preservação das garantias processuais das partes

Ponto de discórdia entre privatistas e publicistas é eventual supressão das garantias processuais das partes pela atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Para os privatistas ou garantistas o órgão julgador deve ser comedido e discreto na seara probatória, vedando-se sua iniciativa probatória, por incompatibilidade com o princípio dispositivo e com o devido processo legal. Isso porque, se a parte tem discricionariedade para movimentar a máquina jurisdicional estatal, tem a mesma soberania

¹⁹² RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 262.

¹⁹³ Para Joan Picó I Junoy, a fonte da prova cuja produção eventualmente seja determinada de forma oficiosa pelo juiz deve constar dos autos, ou seja, deve ter sido trazida pela parte em suas alegações ou decorrer de outro meio de prova já produzido. O autor cita como exemplo que a parte já tenha referido a identidade de eventual testemunha cuja oitiva seja determinada pelo julgador (PICÓ I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, jul-set, 2001, p. 61).

¹⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 125.

para decidir acerca do meio de prova que pretende produzir ou não para demonstrar os fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos do direito invocado em juízo¹⁹⁵.

Já para José Carlos Barbosa Moreira, o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz não afeta ou comprime os direitos e garantias conferidos às partes. Determinar, *ex officio*, a oitiva de uma testemunha não importa dizer que a parte não arrolará as testemunhas que desejar. Havendo intimação das partes acerca da diligência probatória determinada pelo juiz conferindo-lhes a possibilidade de dela participar, impugná-la e manifestar-se sobre seus resultados, não há garantia que se possa ter por tolhida¹⁹⁶.

Para os publicistas, também não prospera o argumento de que os litigantes devem conservar o poder de dispor de seus direitos. Uma vez invocado em juízo um direito e alegado determinado fato, não pode a parte impedir que o juiz verifique se realmente ele ocorreu. O litigante poderia renunciar ao direito em que se funda a ação para impedir a cognição judicial, mas não pretendê-la e, ao mesmo tempo, desejar impedir que o juiz tome conhecimento do que ocorrera para saber se deve ou não entregar o provimento jurisdicional tal como pleiteado¹⁹⁷.

2.3.2.4. Desigualdade entre os advogados das partes

Tema também sempre posto entre publicistas e privatistas tem relação com a desigualdade técnica existente entre os advogados atuantes no cenário jurídico. Tendo em vista que, salvo raríssimas exceções, as partes não se põem diretamente em juízo, a atividade do advogado é determinante, de modo que suas ações e omissões refletem diretamente no resultado do pleito. Dessa forma, a diferença qualitativa entre os causídicos pode ensejar

¹⁹⁵ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 641-642.

¹⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 14.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 14. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 15.

clara distorção de perspectiva no âmbito do processo, que nem sempre reflete a realidade do direito material, de sorte que aquele que dispõe de mais recursos financeiros desequilibra desde logo o jogo¹⁹⁸.

Nessa toada, a atividade probatória do juiz buscaria compensar a distinção qualitativa de advogados, não deixando ao seu exclusivo alvedrio o sucesso ou insucesso ao final do processo¹⁹⁹.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pontua que a liberdade conferida ao juiz na aplicação do direito decorrente dos fatos alegados e havidos por comprovados em juízo já importaria em certo equilíbrio entre as partes e paridade de armas, pois eventual ignorância quanto ao direito ou equívoco na interpretação não podem frustrar a tutela jurisdicional²⁰⁰.

Leonardo Greco corrobora a visão de que uma atuação oficiosa do juiz no campo probatório – ainda que subsidiária – tem por efeito suprir as deficiências das partes, equalizando-se as desigualdades processuais decorrentes da hipossuficiência de uma delas ou da própria qualidade de seus procuradores. Para o autor, a má escolha do causídico não deve ser vista pelo juiz como questão meramente privada e contratual, já que o Estado foi que conferiu ao advogado o direito de atuar e exercer sua profissão, qualificando-o por meio de ensino jurídico prestado pelo poder público ou por ele reconhecido²⁰¹.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a participação ativa do juiz na instrução da causa decorre da postura instrumentalista da ciência processual e favorece a mitigação ou eliminação de abismos de oportunidades decorrentes da situação econômica de cada uma das partes, o que influencia lógica e diretamente nas possibilidades de escolha dos causídicos, que detêm, notadamente, qualidades de trabalho distintas.

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 15-16.

¹⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 16.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 16.

²⁰¹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, pp. 29-56.

Já para Adolfo Alvarado Velloso, a desigualdade entre as partes não deve ser remediada pela atuação paternalista do juiz, mas pela intervenção de outros sujeitos²⁰².

2.3.2.5. Viés autoritário ou democrático do regime político vigente à época da elaboração legislativa

Parte da doutrina costuma associar o modelo de estruturação do processo a regimes políticos vigentes à época da edição das leis processuais. Assim, costuma-se associar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários e politicamente mais liberais e o modelo inquisitivo a regimes mais autoritários e intervencionistas²⁰³.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico – e, aí, inclui-se a lei processual – sofre influência das características do regime político sob o qual é editado²⁰⁴. No entanto, não há como estabelecer relação direta, ligação imediata entre um sistema processual autoritário e a maior atribuição de poderes instrutórios ao juiz e um sistema democrático e uma ausência desses poderes²⁰⁵.

De acordo com Fredie Didier Jr.:

“(…) se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos”²⁰⁶.

José Carlos Barbosa Moreira esclarece que não há como se considerar que determinada legislação, por ter sido editada sob a égide de um governo autoritário, a torna,

²⁰² VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 230.

²⁰³ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

²⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 9.

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 40.

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

sic et simpliciter, incompatível com o respeito a garantias democráticas²⁰⁷. Ou seja, nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário²⁰⁸.

Do mesmo modo, Robson Renault Godinho assevera que “inexiste relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos”, de modo que não há necessária vinculação ou relação de pensamentos publicistas que foram contemporâneos a regimes antidemocráticos com tais governos²⁰⁹.

Ademais, cumpre lembrar que, na realidade brasileira, legislações insuspeitas de autoritarismo foram editadas ou preparadas em meio aos governos militares, tais como a Lei nº 4.717/1965, a Lei nº 7.347/1985 e o próprio Código de Processo Civil de 1939²¹⁰. Da mesma forma, tanto a Lei nº 9.099/1995 quanto o atual Código de Processo Civil foram editados em pleno regime democrático e, como já visto, conferem ao juiz o poder de determinar a produção de provas de modo oficioso²¹¹.

Não foi diferente na Alemanha, país em que uma das reformas que reforçou os poderes do juiz na condução do processo se deu em 1933, sendo certo, contudo, que as raízes da reforma foram traçadas – e depois não alteradas – sob a vigência da Constituição de Weimar²¹².

José Carlos Barbosa Moreira também cita os exemplos da Itália e da Áustria. Em relação ao ordenamento italiano, assinala o jurista que, ao contrário das críticas, o *Codice di Procedura Civile*, aprovado em 1940 não ostentava feição fascista, em especial porque seu art. 115, 1ª alínea²¹³, não estimularia qualquer iniciativa probatória *ex officio* do órgão

²⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 9.

²⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

²⁰⁹ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 47-48.

²¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 10.

²¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 10.

²¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 10.

jugador. Em relação à legislação austríaca, aponta o autor que o Código austríaco – que foi um marco histórico da evolução para um processo civil social – até hoje vige na Áustria, de cujo regime democrático não se suspeita atualmente²¹⁴.

Na Suíça e na Alemanha, o juiz tem amplos poderes instrutórios e não se nega que são Estados de Direito em que vigem regimes democráticos²¹⁵. De igual modo, ocorre com a França e Inglaterra, cujas reformas processuais atribuíram ao órgão julgador maior controle na condução do processo, sem que haja dúvidas dos regimes democráticos vigentes em ambos os países quando do advento das legislações²¹⁶.

Michele Taruffo, no mesmo sentido, registra que é necessário evitar confusões conceituais e ideológicas quanto ao tema. Adverte o jurista italiano que “non esiste alcuna connessione tra l'attribuzione al giudice di più o meno ampli poteri di iniziativa istruttoria e la presenza di regime politici autoritari ed antidemocratici”. Isso porque um sistema processual pode não se inspirar piamente na ideologia liberal oitocentista e atribuir um papel ativo ao juiz na produção da prova sem que, em razão disso, se caracterize como antidemocrático, autoritário ou totalitário²¹⁷.

Joan Picó I Junoy adverte que a análise qualitativa técnica ou de validade de uma norma depende de seu próprio conteúdo e alcance e não da ideologia de seu autor, de modo que podem existir códigos e leis de variados graus de rigor técnico independentemente do caráter mais ou menos liberal ou do regime político vigente à época de sua elaboração²¹⁸.

Assim, não se nega que há exemplos de Estados autoritários cujas legislações processuais investiam o juiz de poderes amplos, na disciplina da prova. Contudo, isso não revela que regimes políticos autoritários tenham exclusividade absoluta nesse âmbito, pois

²¹³ Dizia a lei italiana: “Salvi i casi previsti dalla legge (...) il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero”.

²¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 10.

²¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 38.

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11.

²¹⁷ TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2006, p. 468.

²¹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 117.

“o reforço dos poderes do órgão judicial é suscetível de conviver com estruturas políticas de cores variáveis, situadas em posições diferentes, quiçá opostas, no espectro político”, de sorte que não se pode extrair uma relação de causa e efeito direta entre ambos os fatores²¹⁹.

2.4. O panorama atual brasileiro

Robson Godinho adverte que a tendência atual é no sentido do reconhecimento legislativo de poderes instrutórios ao juiz²²⁰, tal como feito no Brasil. Fredie Didier também ressalta a tendência de conferir ao Estado-Juiz os mais amplos poderes instrutórios, fruto de uma visão que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista²²¹.

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira advertia que as reformas processuais levadas a efeito em vários países por meio das quais se reforçaram os poderes do juiz na direção do processo e na atividade de instrução decorrem da ideia subjacente de que “o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias”²²².

Do mesmo modo, a doutrina nacional é quase unânime – ressalvadas as vozes do garantismo processual – quanto à possibilidade de iniciativa instrutória conferida do órgão julgador, ainda que em caráter subsidiário. A jurisprudência dos Tribunais também caminha no mesmo sentido, de modo a reconhecer amplos poderes instrutórios ao juiz.

2.4.1. A legislação

²¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 12.

²²⁰ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

²²¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. Salvador: JusPodium, 2007, p. 52.

²²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 9.

No que tange à opção legislativa, veja-se que o CPC/2015 adotou, *prima facie*, o sistema inquisitorial em relação à repartição das funções probatórias do juiz e das partes, conferindo, por meio de seu art. 370, *caput*, amplos poderes instrutórios ao órgão julgador²²³⁻²²⁴, como ocorre, por exemplo, na França²²⁵ e na Suíça²²⁶.

Sem prejuízo da previsão geral e genérica de atribuição ao órgão julgador de poderes instrutórios amplos, a legislação brasileira reforça, em diversas passagens, o poder conferido ao juiz para a determinação oficiosa de provas, ao contrário do que se dá no ordenamento processual espanhol²²⁷ e no italiano²²⁸.

²²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 99-100.

²²⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

²²⁵ Segundo Alexandre Câmara, o ordenamento processual francês abandonou, já em 1975, a figura passiva do julgador, e conta com previsão análoga à brasileira em seus art. 10 (Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles) e 143 (Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible) (CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 37).

²²⁶ A lei suíça confere ao juiz amplos poderes probatórios, exercitáveis, *ex officio*, consoante previsão expressa do art. 37 da legislação que fora editada em 04.12.1947, cuja redação, explícita e bem explicativa, é a seguinte: “Le juge n'est pas lié par les offres de preuve des parties; il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n'ont pas offertes” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11.).

²²⁷ Isso porque, o direito espanhol tem tradição liberalista e atribui à jurisdição o papel de tutelar o direito privado, decorrente de uma lesão. A maior parte da doutrina espanhola tem resistência à iniciativa probatória do julgador, sendo poucos os que extraem da Ley de Enjuiciamiento Civil (nº1 de 2000) a possibilidade de atuação oficiosa do julgador em matéria de prova (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 83). Como exemplo dos que extraem da legislação processual espanhola a possibilidade de iniciativa probatória do juiz, está Joan Picó I Junoy, para quem o art. 429.1.II e III da LEC permite a iniciativa probatória ao órgão julgador, não servindo o dispositivo apenas como mera sugestão às partes. Segundo o autor espanhol, o dispositivo legal é consentâneo com as limitações por ele defendidas na iniciativa probatória do juiz, quais sejam: (i) limitação aos fatos alegados pelas partes; (ii) limitação às fontes de prova que já constem da causa; e (iii) possibilidade de que as partes possam ampliar as provas inicialmente propostas (PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 120).

²²⁸ Na realidade italiana, há sinais contrários à participação ampla do órgão julgador em matéria probatória, limitando-se os poderes instrutórios do juiz, a fim de evitar o caráter inquisitorial do processo civil. A legislação estabelece hipóteses taxativas para a iniciativa probatória de caráter oficiosa, a exemplo do que ocorre com a oitiva de pessoa identificada na exposição fática de uma das partes como alguém que conhece a verdade, de acordo com o art. 281-ter, do *Codice di Procedura Civile* (CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 38).

Especificamente no que tange ao depoimento pessoal de qualquer das partes, o art. 385, *caput*, do CPC/2015 prevê, expressamente, a possibilidade de o julgador determiná-lo de ofício²²⁹.

De igual modo, nos termos do art. 421 do CPC/2015, o juiz pode, de ofício, determinar às partes a exibição parcial de livros e documentos²³⁰, deles podendo extrair o que interessar ao litígio, bem como realizar reproduções²³¹.

Nos termos do art. 461 do CPC/2015, o juiz pode determinar, *ex officio*, a inquirição de testemunhas referidas²³², bem como a acareação entre duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte²³³.

O §2º do art. 464 do CPC/2015 dispõe que o juiz, de ofício, poderá substituir a produção de prova pericial por uma prova técnica simplificada, que consiste “apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico”. Na hipótese de produção da prova pericial, ao

²²⁹ Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

²³⁰ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, no ordenamento processual alemão, houve incremento dos poderes do juiz após a reforma de 2001, por meio da qual passou-se a conferir ao juiz o poder de ordenar à parte a apresentação de documento a que a parte adversa fizer referência, bem como de ordenar a terceiro que o faça, conforme previsão do §142, 1ª e 2ª alíneas (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11). Ainda de acordo com o autor, no ordenamento alemão já havia, desde antes da reforma de 2001, a possibilidade de o juiz determinar à parte que exhibisse documento por ela referido (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 47-48). Veja-se a redação da legislação alemã em língua inglesa: “Section 142 Order to produce records or documents (1) The court may direct one of the parties or a third party to produce records or documents, as well as any other material, that are in its possession and to which one of the parties has made reference. The court may set a deadline in this regard and may direct that the material so produced remain with the court registry for a period to be determined by the court. (2) Third parties shall not be under obligation to produce such material unless this can be reasonably expected of them, or to the extent they are entitled to refuse to testify pursuant to sections 383 to 385. Sections 386 to 390 shall apply *mutatis mutandis*”.

²³¹ Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a soma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.

²³² Michele Taruffo aponta que a única exceção feita pelo ordenamento jurídico tedesco é quanto à prova testemunhal, cuja produção não pode ser determinada oficiosamente pelo julgador (TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, 2015). Já o ordenamento italiano, tem previsão igual à brasileira, no art. 195, alínea 2, de seu Código de Processo Civil, que prevê: *Art. 195. Testimonianza indiretta 1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. 2. Il giudice puo' disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1.*

²³³ Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

juiz incumbe formular quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa (CPC/2015, art. 470, II)²³⁴ e, por fim, determinará o julgador, de ofício ou a requerimento, a realização de nova perícia quando a primeira não esclarecer suficientemente a matéria (CPC/2015, art. 480, *caput*)²³⁵.

Também ao juiz é dado, de ofício ou a requerimento, inspecionar pessoas ou coisas para se esclarecer sobre fatos que interessem à decisão da causa (CPC/2015, art. 481)²³⁶.

Havendo necessidade de restauração dos autos decorrente de extravio, o juiz, se a perda houver ocorrido após a produção de provas em audiência, poderá substituir as testemunhas, de ofício ou a requerimento, caso seja impossível reinquirir as mesmas já ouvidas (CPC/2015, art. 715, §1º)²³⁷.

No mesmo sentido, a Lei nº 9.099/1995 em seu art. 5º, prevê que: “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”²³⁸.

Nos termos do art. 35 da Lei nº 9.099/1995²³⁹, o juiz poderá inquirir em audiência técnicos de sua confiança, se a prova do fato exigir, sem prejuízo de que, de ofício ou a requerimento, realize a inspeção em pessoas ou coisas ou determine que alguém de sua confiança o faça (Lei nº 9.099/1995, art. 35, parágrafo único)²⁴⁰.

²³⁴ Art. 470. Incumbe ao juiz: (...)II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.

²³⁵ Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

²³⁶ 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.

²³⁷ Art. 715. Se a perda dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência, o juiz, se necessário, mandará repeti-las.

§ 1º Serão reinquiridas as mesmas testemunhas, que, em caso de impossibilidade, poderão ser substituídas de ofício ou a requerimento

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11.

²³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11.

²⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 11.

2.4.2. A doutrina

Cândido Rangel Dinamarco registra que restou superada a visão privatista de que a atuação das partes tinha por mola propulsora o interesse processual, de modo que cada uma delas, de acordo com seus desejos, fazia prevalecer suas razões e alegados direitos, enquanto o juiz, diante da omissão dos litigantes, permanecia puramente passivo. Cabe, atualmente, um comportamento dinâmico, ativo, do juiz no processo, sem mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, o que fundamenta as disposições legais de iniciativa probatória do juiz, aí incluída a genérica previsão de determinação oficiosa de produção de provas²⁴¹.

José Carlos Barbosa Moreira – comentando a redação do art. 130 do CPC de 1973, de redação idêntica ao atual art. 370 – registra que não há qualquer limitação no texto legal, de modo que a iniciativa probatória do juiz não está adstrita, por exemplo, a hipóteses de direitos indisponíveis ou de relevante interesse público²⁴². O mesmo caminho também já trilhava Alexandre Câmara sob a vigência do art. 130 do CPC/1973, que, para ele, também concretizou a afirmação legislativa de que o juiz possui amplos poderes de iniciativa probatória²⁴³.

Para José Carlos Barbosa Moreira, como o objetivo de cada parte é sagrar-se vencedora, tendo ou não razão, pouco lhe importa se o resultado advindo do processo é ou não justo, desde que lhe aproveite. Tal panorama justifica a existência de um terceiro imparcial que atue no processo de modo a imprimir-lhe regular tramitação, bem como a garantir que venha aos autos todo e qualquer elemento indispensável a que a decisão proferida se aproxime da verdade. Dessa forma, faz-se necessário prover o órgão julgador de meios inerentes a essa função que lhe cabe²⁴⁴.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 52-53.

²⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

²⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, p. 33-46.

²⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 9.

José Roberto dos Santos Bedaque também afirma que o dispositivo legal que confere ao juiz a iniciativa probatória deve ser interpretado do modo mais amplo possível, facultando-lhe a determinação oficiosa de produção de provas em quaisquer casos²⁴⁵.

Sérgio Mattos delimita um primeiro momento de liberdade das partes, em que se insere o poder de acionar o Judiciário, de pedir a tutela jurisdicional e aponta que num segundo plano tanto partes como órgão julgador, já no bojo do processo instaurado, podem tomar iniciativas endoprocessuais no que tange à prova. Para o autor, tal poder do juiz decorre do deslocamento do poder de direção formal do processo (*formalle Prozessleitung*) das partes para o juiz, não sendo mais considerado, como ocorria na sua fase liberal, como *Sache der Parteien*²⁴⁶.

Leonardo Greco sustenta que a iniciativa probatória do juiz deve se dar de forma subsidiária, a fim de suprir as fraquezas dos indivíduos, as deficiências probatórias e o exercício do direito de defesa²⁴⁷.

Na mesma linha, Moacyr Amaral Santos aponta que a iniciativa judicial no terreno probatório deve se dar de modo supletivo à atuação das partes, tornando-se presente apenas quando o juiz sentir necessidade de melhor esclarecer a verdade, sem o que não poderia julgar o caso de modo tranquilo. A regra seria então a iniciativa das partes, e a exceção a determinação oficiosa de provas pelo órgão julgador²⁴⁸.

De acordo com Vicente Greco Filho, o órgão julgador que vier a substituir as partes no que diz respeito à iniciativa probatória põe em xeque sua imparcialidade, já que auxiliará uma delas, violando a igualdade de tratamento que deve permear a atuação judicante. Dessa forma, o autor sustenta que a iniciativa probatória do juiz deve se concretizar não em forma de substituição a qualquer das partes, mas, apenas, de modo excepcional²⁴⁹.

²⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 159.

²⁴⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21-22.

²⁴⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

²⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 351.

²⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227.

A atuação excepcional se daria, por exemplo, nos procedimentos de interesse público e, nos demais, apenas a título complementar, caso alguma prova anterior já requerida pela parte tenha resultado insatisfatório. Assim, para Vicente Greco Filho, nas hipóteses de jurisdição voluntária ou de resultado inconclusivo de perícia realizada a requerimento da parte, poderia sobrevir iniciativa probatória do órgão julgador²⁵⁰.

A nota de subsidiariedade da atividade probatória oficiosa já é, portanto, ponto praticamente uníssono na doutrina e reafirmado por esse trabalho como pressuposto para a atuação do julgador (item 4.2.1 infra). A inovação que será proposta refere-se à substituição da determinação oficiosa e subsidiária dos meios de prova pelo cumprimento dos deveres decorrentes do processo cooperativo.

2.4.3. A jurisprudência

No âmbito da jurisprudência, é amplamente difundida a posição quanto à possibilidade de determinação oficiosa de provas pelo juiz, o que, de acordo com os julgados, decorre dos poderes instrutórios conferidos ao julgador expressamente pela legislação.

Sob a vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que

no sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção²⁵¹.

²⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

²⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1804826/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 18/05/2020. Em que pese o julgamento ter se dado em 2020, o julgado citado deixa expresso que a análise se dá à luz do CPC/1973.

O advento do CPC/2015 em nada o alterou. Tal entendimento – aliás, tal exato excerto acima colacionado – continua sendo replicado em série em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça²⁵².

Não se pode negar que o pensamento é dotado de lógica interna, afinal, se a lei processual adota *um sistema de persuasão racional*, de acordo com o qual *o juiz é o destinatário final da prova*, é claro que, apenas e tão somente a ele, caberá *a análise da conveniência e necessidade* de sua produção, não havendo motivo plausível para *compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos*.

Depreende-se que o trecho ora analisado representa a síntese do pensamento que, repetidamente, subtrai completamente das partes a possibilidade de exercer influência sobre os meios de prova que serão produzidos na instrução processual.

A visão dominante de que é o juiz o destinatário da prova desenrola-se de modo a fixar outros entendimentos em matéria instrutória que enfatizam os poderes instrutórios do juiz. Ao que parece, portanto, consoante crítica doutrinária, para o Superior Tribunal de Justiça, não apenas o juiz é principal destinatário da prova produzida no processo, mas também o exclusivo receptor do material probatório, motivo pelo qual pode não apenas valorar como admitir ou não a produção de prova de acordo com seu livre convencimento motivado²⁵³.

Veja-se, por exemplo, que se firmou o entendimento de que o exercício do poder instrutório com a determinação de produção de provas é ato inserido na esfera de discricionariedade do órgão julgador, que deve analisar as diligências requeridas e “indeferi-las, motivadamente, quando as julgar protelatórias ou impertinentes, ou determiná-las, quando necessárias e convenientes à instrução do processo”²⁵⁴.

²⁵² Em consulta à jurisprudência da Corte, realizada em maio de 2020, fixado como parâmetro de pesquisa o excerto transcrito, foram encontrados quarenta e três resultados com a repetição do referido trecho desde 21/05/2009, data em que foi julgado o Recurso Especial nº 330.036/SP. Por curiosidade, o resultado do julgamento foi contrário à própria ideia contida no trecho analisado, já que anulou-se o julgamento sob o fundamento de que deveriam ter sido deferidas as oitivas da perita e das testemunhas, conforme requerimento formulado pela parte após a realização da perícia.

²⁵³ LANES, Júlio Cesar Goulart, POZATTI, Fabrício Costa. O Juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 99.

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp 1495618/GO, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018.

Também por tais motivos, não há falar em preclusão *pro judicato* ²⁵⁵ no âmbito instrutório, podendo o juiz tornar insubsistente meio de prova por ele determinado anteriormente, já que é “o magistrado o destinatário final das provas, podendo, com base em seu livre convencimento, indeferir ou deferir aquelas que considere dispensável ou não à solução da lide”²⁵⁶, e “esta prerrogativa pode ser utilizada em qualquer fase do processo”²⁵⁷.

Quando a questão de fato ou de direito controvertida pressupõe, para seu deslinde, a intervenção de profissional que tenha expertise sobre outra área do conhecimento humano, aí, para o Superior Tribunal de Justiça, “cabe franquear à parte a produção da prova necessária à demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado, sob pena de ilegítima invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é afeito”²⁵⁸.

No caso tratado pelo STJ e que ora se refere, a autora da demanda postulou que a operadora de plano de saúde fosse condenada a custear os gastos com fornecimento de medicamentos prescritos por seu médico assistente, mas que não constavam do rol de medicamentos com cobertura obrigatória elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A sentença e o acórdão acolheram os pedidos formulados pela autora, sob o fundamento de que, havendo indicação médica, a negativa para custeio do tratamento revela-se abusiva, ainda que de caráter experimental e que não integre o rol elaborado pela ANS, em especial quando há cobertura contratualmente prevista para a enfermidade subjacente. Sobreveio recurso especial interposto pela operadora de plano de saúde que apenas formulou pedido de anulação do acórdão por violação ao art. 1.022 do CPC. O STJ,

²⁵⁵ A doutrina atribui dupla acepção à expressão “preclusão *pro judicato*”. Uma delas – usada pela jurisprudência para negar sua ocorrência – traduz ideia de preclusão lógica ou consumativa para o juiz, que não poderia, nos termos do art. 505 do CPC, decidir novamente as questões acerca das quais houve pronunciamento judicial anterior, salvo as de ordem pública. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. (NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1.258). Outro emprego trazido pela doutrina aponta que a expressão tem o objetivo de fazer incidir a preclusão não em relação ao juiz, mas sim às alegações das partes pertinentes à causa. Nesse contexto, o art. 508 do CPC é que exprimiria seu real alcance, ao dispor que “*Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”. Seria, portanto, um “juízo implícito” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de Processo – REPRO*, v. 168, fev 2009, p. 334).

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1402168/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 11/12/2015.

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1818766/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 18/10/2019.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 1430905/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/03/2020, DJe 02/04/2020.

no entanto, anulou o acórdão e a sentença proferidos para determinar que o Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de Justiça de São Paulo emitisse nota técnica a respeito da necessidade ou não de fornecimento do medicamento pleiteado pela autora.

Ou seja, o julgado mitigou o poder quase absoluto do juiz para definir os meios de prova que serão admitidos e empregados em juízo para o *seu convencimento*, quando o meio de prova requerido for pericial. Nesse caso, por faltar-lhe capacidade de apreensão e conhecimento acerca dos métodos científicos que concluam pela comprovação ou não de determinado fato, o juiz não pode indeferir a produção de prova. Mas e se ele a reputar “dispensável” ou “protelatória”? Também há julgado que acolhe tal possibilidade, já que a “afirmação da necessidade de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório encartado nos autos, o que é defeso ao STJ, ante o óbice erigido pelo verbete nº 7 da sua Súmula”²⁵⁹.

Dessa forma, a espécie de meio de prova requerido e indeferido não é um parâmetro seguro para análise da extensão dos poderes do juiz pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo-se atribuir a discrepância das conclusões em julgamentos distintos à conhecida loteria jurisprudencial.

A nosso sentir, quando há erros de premissa, impede-se um raciocínio sistêmico completo e correto: ou bem o juiz é o destinatário da prova para buscar a verdade e, assim, pode indeferir os meios requeridos e determinar oficiosamente a produção de outros, ou todos – juiz, Tribunal e partes – são destinatários e, portanto, os meios requeridos devem ser deferidos como princípio e por princípio.

Nesse sentido, encontrou-se um – tímido – julgado que admitiu que o CPC/2015 “buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente, as partes envolvidas no litígio”²⁶⁰. Com isso, reconheceu-se a existência de um direito material à prova, autônomo em si”, bem como a possibilidade de manejo de ação autônoma de exibição de documentos pelo rito do procedimento comum. Talvez, com a revisão da premissa, os entendimentos se alterem nas conclusões...

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1718967/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 16/11/2018.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1803251/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 08/11/2019.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os entendimentos não são distintos. Para a Corte de Justiça fluminense, os “princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado” afastam a preclusão *pro judicato* em termos probatórios e, aliados à “busca da verdade real” autorizam ampla atividade probatória do juiz²⁶¹. Além da verdade real, “o interesse público de efetividade da Justiça” também justifica a amplíssima “iniciativa probatória do juiz, com realização de provas de ofício”²⁶².

Além disso, “pode o juiz indeferir a produção de prova que reputa desnecessária ao deslinde da demanda”, já que, sendo o juiz “destinatário da prova está plenamente autorizado a dispensar as desnecessárias ou desinfluentes para o deslinde da causa, assim como determinar a produção daquelas que se afigurem indispensáveis à formação de seu convencimento”. Disso se extrai que não há cerceamento de defesa decorrente “do indeferimento da produção de qualquer prova, mormente aquelas que o julgador reputa desnecessárias ou impertinentes, que nada acrescentariam à formação do juízo de convencimento do julgador, provocando apenas a procrastinação da entrega da tutela jurisdicional”²⁶³.

Já outro acórdão do Tribunal fluminense valeu-se do “princípio da colaboração processual”, que, de acordo com o aresto, “afastou a visão clássica de que o juiz está impossibilitado de tomar iniciativa no campo probatório para não comprometer sua imparcialidade”, para consignar que o “moderno direito processual não se contenta mais apenas com a busca da verdade formal, devendo ministrar decisão justa através da busca da verdade real”. O comprometimento da imparcialidade foi afastado com lastro no argumento de que não se pode conhecer o resultado do meio de prova determinado de ofício²⁶⁴.

Após tal introito, o acórdão, de ofício, anulou a sentença para determinar a produção de prova pericial. De acordo com o relatório do acórdão, a apelante não requereu a anulação da sentença e expressamente afirmou não ser necessária a produção de prova pericial, requerendo, apenas, a reforma da sentença pelos argumentos e diante das provas já

²⁶¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0015302-26.2017.8.19.0210, Rel. Des(a). Helda Lima Meireles - Julgamento: 25/05/2020 - Terceira Câmara Cível.

²⁶² Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0012489-32.2017.8.19.0014, Rel. Des(a). Mônica Maria Costa Di Piero - Julgamento: 27/04/2020 - Oitava Câmara Cível.

²⁶³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0024626-61.2017.8.19.0203, Rel. Des(a). Renata Machado Cotta - Julgamento: 11/05/2020 - Terceira Câmara Cível.

²⁶⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0050389-20.2019.8.19.0001, Rel. Des(a). Juarez Fernandes Folhes - Julgamento: 28/05/2020 - Décima Câmara Cível.

constantes dos autos. Contudo, ignorando a manifestação expressa da parte, em atenção à busca da verdade real, foi essa a conclusão – monocrática – do caso.

Oportuno pontuar que, em que pese prevento para recursos posteriormente interpostos (art. 8º-A do RI-TJRJ), caso o relator, por qualquer motivo (v.g. férias, licença a qualquer título, posse como 1º, 2º ou 3º Vice-Presidentes do Tribunal, eleição para o cargo de Presidente do Tribunal ou Corregedor-Geral da Justiça) não componha a Câmara no dia em que o recurso subsequente for distribuído, não será ele o relator da nova insurgência recursal. A Câmara, no entanto, continuará preventa, e, a depender do novo relator, é possível que o antigo sequer tenha voto.

Pode-se afirmar, portanto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro confere aos poderes instrutórios nota marcante do sistema processual inquisitivo, sendo certo que em nada foram alteradas com o advento do CPC/2015. Em suma, os julgados evidenciam que (i) o juiz é o principal destinatário da prova; (ii) em razão disso e do princípio da persuasão racional, ao juiz incumbe deferir ou indeferir toda e qualquer modalidade probatória requerida quando ele já estiver satisfeito com outros meios probatórios para formar o seu convencimento; (iii) eventual indeferimento não configura cerceamento de defesa; (iv) por isso o juiz deve indeferir as provas inúteis e protelatórias que não influam na sua conclusão; (v) mas, ao mesmo tempo, o juiz também é guiado pela busca da verdade real e pela efetividade da justiça, motivo pelo qual deve exercer seus amplíssimos poderes instrutórios conferidos pela legislação.

3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1. O modelo de processo cooperativo

Expostos os modelos tradicionais ocidentais de organização do processo, bem assim os principais pontos de tensão entre ambos no que diz respeito à atividade instrutória do órgão julgador, cumpre apresentar modelo distinto que ganhou reforço no cenário nacional com o advento da nova legislação processual em 2015.

O CPC/2015 trouxe, em seu art. 6º, a previsão de uma cláusula geral de cooperação²⁶⁵, afastando-se dos modelos tradicionais de organização do processo em busca de um meio termo na estruturação da relação jurídica processual entre o Estado-Juiz e as partes e das partes entre si. Verifica-se, assim, que o diploma legislativo não aderiu nem à absoluta indiferença estatal, com prestígio exacerbado ao princípio dispositivo, nem ao monopólio e apropriação pelo Estado da vontade e liberdade das partes no âmbito processual²⁶⁶.

A recente legislação processual reforçou a ideia de um novo modelo processual civil no país, denominado de cooperativo, em que o processo não é coisa nem *das* partes nem *sem* as partes, mas *com* as partes²⁶⁷. A legislação atendeu às expectativas da sociedade para o processo civil, uma vez que ambos os modelos tradicionais de estruturação da relação jurídica não mais a ela se adequam²⁶⁸.

²⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 242. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 151.

²⁶⁷ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. v. 1. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 409.

²⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

Nesse sentido, Ronaldo Kochem, refletindo Rudolf Wassermann, aponta que “os princípios dispositivo processual e inquisitório já não compreendem os acontecimentos processuais como um todo e, muitas vezes, obstaculizam uma adequada condução processual”²⁶⁹.

Esse novo modelo de organização do processo encontra suas bases no princípio da cooperação, cuja conformação decorre dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório, do autorregramento da vontade e da solidariedade, que serão adiante delineados. No que tange à divisão de trabalhos no modelo cooperativo de processo, tem-se que a condução da marcha processual é compartilhada, ou seja, não é deixada ao alvedrio das partes ou ao arbítrio inquisitivo do juiz²⁷⁰.

O processo cooperativo busca, portanto, um ponto de equilíbrio entre a figura de um juiz ativo e o restabelecimento do caráter isonômico do processo, estimulando-se o diálogo entre os sujeitos processuais, cuja incapacidade decorre da conformação até então vista do processo judicial. O ponto de equilíbrio buscado está no fortalecimento dos poderes das partes, que devem atuar de forma mais ativa e leal no processo de formação da decisão judicial. Elimina-se uma concepção autoritária de condução do processo e incorpora-se uma contemporânea divisão de trabalho entre juiz e partes.²⁷¹

Trata-se de verdadeira condução cooperativa do processo, sem sobressalência de algum dos sujeitos processuais, uma vez que abandonadas a concepção liberal de condução do processo pelas partes e a figura do julgador que autoritariamente conduz a marcha processual²⁷². A cooperação e a colaboração passam a nortear a atuação dos sujeitos processuais no processo cooperativo, marcado pela ativa participação de todos na condução e na instrução do processo²⁷³.

²⁶⁹ WASSERMANN, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978, p.103, *apud* KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 89.

²⁷⁰ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 64.

²⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 8.

²⁷² DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

A simetria na divisão de trabalhos da condução do processo permanece até a prolação da sentença²⁷⁴ ou de decisões interlocutórias sobre questões materiais e processuais do feito²⁷⁵. Em tais circunstâncias, verifica-se o exercício de função eminentemente assimétrica com a prática de ato exclusivo do juiz, que, embora feito sem as partes, é fruto da condução do processo com elas compartilhada²⁷⁶.

E ao trazer o órgão judicial – que deixa de ser tanto um espectador passivo quanto um inquisidor ativo – para o diálogo entre os sujeitos processuais, o processo cooperativo enseja um redimensionamento do princípio do contraditório, não mais visto apenas como regra formal de observância para validade das decisões, mas sim como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial²⁷⁷. Essa nova feição do princípio do contraditório, a par de ser fortalecida pelo modelo cooperativo de processo, também representa um de seus fundamentos, conforme será melhor delineado adiante²⁷⁸.

Afinal, uma melhor comunicação entre o órgão judicial e as partes, bem como um equilíbrio dos poderes de todos os sujeitos processuais, legitimam o exercício da jurisdição²⁷⁹. Entre o diálogo e o monólogo, a preferência é do primeiro, pois, dialeticamente, “amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”²⁸⁰.

²⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 293. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁷⁴ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 64.

²⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 212, ago. 2011.

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

²⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 258. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 8.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 9.

A partir do diálogo explicitado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, chega-se com mais facilidade à concretização de um processo justo, com uma decisão final justa, pois a reconstrução dos fatos será diretamente proporcional à participação dos sujeitos processuais, que, exortados pelo dever geral de colaboração, envidarão esforços máximos para a obtenção da tutela jurisdicional²⁸¹. Sob esse aspecto, o modelo de processo colaborativo reforça a ideia de justiça não apenas pelo procedimento, mas pela qualidade da decisão e pela tentativa de alcance da verdade possível.

E dessa perspectiva de modelo cooperativo de processo, que redimensiona e equilibra o papel dos sujeitos processuais, assegurando a ativa participação de todos, e à luz do princípio da cooperação, exsurge de poder-dever atribuído ao juiz e às partes de colaborarem entre si na condução do processo. A condução compartilhada do processo guiada pelo poder-dever de colaboração promove a democracia, a segurança jurídica e o contraditório e gera para todos os sujeitos do processo uma gama de deveres que serão discriminados²⁸².

O modelo cooperativo de processo, por fim, valoriza a autonomia das partes dentro de uma perspectiva constitucional, que não remete ao sentido privatístico clássico, pois a manifestação de vontade encontra limites²⁸³. Como bem pontua Robson Renault Godinho, “há maturidade cultural suficiente para receber a autonomia das partes do processo, sem que isso signifique qualquer privatização, mas tão-somente o almejado encontro do processo com a Constituição”²⁸⁴.

3.2. Princípios estruturantes do modelo cooperativo de processo

²⁸¹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 293. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁸²PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 302. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁸³GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 39.

²⁸⁴GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 51.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório²⁸⁵, do respeito ao autorregramento da vontade²⁸⁶ e da solidariedade²⁸⁷ dão substrato ao surgimento do denominado princípio da cooperação e, por conseguinte, ao modelo cooperativo de processo.

E a proposição feita neste trabalho, no sentido de substituir-se a determinação oficiosa de provas pelo cumprimento dos deveres cooperativos atribuídos ao órgão judicial, vai ao encontro dos influxos e das influências que os princípios que estruturam e norteiam o processo cooperativo exercem sobre a referida forma de organização processual.

O devido processo legal surge como princípio estruturante do modelo cooperativo de processo na medida em que traduz as balizas para a própria participação democrática no processo, bem como serve a regular e a limitar o exercício do poder estatal na feição expressa pela jurisdição²⁸⁸⁻²⁸⁹. Tais pressupostos são essenciais e basilares para um modelo de organização de processo calcado na condução participativa e compartilhada da marcha processual pelos diversos atores que se fizerem presentes²⁹⁰.

Do mesmo modo, o princípio do contraditório também é pressuposto para o exercício democrático e legítimo do poder estatal²⁹¹, o que conduz à conclusão de que sua presença é inerente à própria existência de qualquer modelo de processo²⁹², e, em especial, daquele que

²⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 214, ago. 2011.

²⁸⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 74.

²⁸⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 259. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁸⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 296.

²⁸⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 8.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 145-146.

²⁹² FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti della Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, p. 861-890, 1958 in NUNES, Dierle José Coelho. *Da Teoria Fazzalariana de Processo – O processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão*

se pauta pela redistribuição e equalização da intensidade da participação dos atores processuais.

Não por outro motivo, o fortalecimento e a valorização da atuação e da determinação das partes preconizados pelo princípio do respeito ao autorregramento da vontade²⁹³ tornam tal postulado outro fundamento do modelo cooperativo de processo.

A boa-fé processual também é tratada como princípio basilar do modelo cooperativo de organização do processo, pois, tratando-se de forma de estruturação que pressupõe uma condução compartilhada e colaborativa do processo, espera-se dos sujeitos processuais que atuem, para com o juiz, de modo a não violar os padrões de comportamento esperados²⁹⁴. Já o princípio da solidariedade fundamenta o modelo cooperativo de processo ao nortear a atuação dos agentes públicos de modo leal que, por consequência, resguarde as garantias fundamentais das partes, efetivando a solidariedade social no âmbito do processo²⁹⁵.

Observa-se, assim, que a substituição da determinação oficiosa de provas pelo juiz pelo cumprimento de seus deveres cooperativos encontra amparo nos princípios estruturantes do modelo cooperativo de processo e evidencia e corrobora seus influxos, na medida em que (i) fortalece a participação ativa das partes na condução do processo judicial, legitimando-o; (ii) exige a manifestação prévia dos litigantes acerca de questão processual importante para o resultado do processo; (iii) prestigia a vontade das partes ao vedar a possibilidade de determinação oficiosa de meio de prova não requerido; e (iv) exorta o julgador a ter padrão de conduta cooperativa e leal com as partes no que tange à matéria instrutória.

3.2.1. Princípio do Devido Processo Legal

de módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal. Belo Horizonte: RDCPC, n.43, set-out. 2006 – Estudos Jurídicos, pp. 214-215.

²⁹³CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 74.

²⁹⁴PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291-292. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

²⁹⁵ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 306.

Assegurada como garantia fundamental pelo art. 5º, LIV, da Carta Política de 1988²⁹⁶, a noção de devido processo legal, de acordo com Eduardo Cambi, foi cunhada pelo sistema da *common law* e apareceu inicialmente no art. 39 da Magna Carta de 1215, de acordo com o qual “nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”. Após isso, constou do capítulo 3º, parágrafo 3º, do Estatuto de Eduardo III e, posteriormente, na Constituição dos Estados Unidos da América, nas Emendas V e XIV, sendo a primeira voltada ao governo nacional e a segunda aos Estados-membros²⁹⁷.

Humberto Dalla ensina que a partir da origem eminentemente processual do princípio do devido processo legal cunhou-se também aspecto de direito material. Tem-se, portanto, o aspecto do *substantive due process of law*, que informa a necessidade de que a decisão judicial seja substancialmente razoável – não bastando a sua regularidade formal – dando ensejo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Já sob o aspecto do *procedural due process of law*, o indivíduo tem garantia do pleno acesso à Justiça, ou seja, o direito de ser processado e processar de acordo com normas previamente estabelecidas²⁹⁸.

Para que o procedimento havido no bojo do processo judicial possa ser considerado socialmente legítimo, Eduardo Cambi destaca que é necessário que ele seja marcado pela certeza dos meios e pela incerteza dos resultados. A certeza dos meios decorre do exercício da jurisdição por meio de procedimento que racionaliza e democratiza a forma de exercício do poder, mediante a aplicação das garantias constitucionais, o que é reconhecido pela sociedade²⁹⁹.

²⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 295.

²⁹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

²⁹⁹ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-31.

A incerteza dos resultados a que se refere Eduardo Cambi tem por termo a prolação da sentença, cuja fundamentação, para Robson Godinho, é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal. Não há espaço para escolhas arbitrárias a serem feitas pelo julgador no bojo do processo. A fundamentação do juiz deve abarcar uma justificação racional e objetiva sobre a conclusão adotada, por meio da demonstração da veracidade aceita dos fatos a partir das provas disponíveis no processo. Necessária, portanto, a explicitação dos motivos que racionalmente sustentam a conclusão, a fim de caracterizar materialmente a motivação, escapando-se de um discurso retórico/persuasivo que respaldaria sua mera existência formal³⁰⁰.

A própria legitimidade do exercício da jurisdição e, portanto, do exercício do poder do Estado³⁰¹, é extraída do devido do processo legal, que representa um conjunto de garantias constitucionais destinadas a assegurar às partes a participação no processo. Não por outro motivo, decorrem do princípio do devido processo legal os princípios do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo³⁰².

O devido processo legal tem lugar, assim, na proteção dos cidadãos contra o exercício arbitrário e irrestrito dos poderes pelo governo³⁰³, garantindo o acesso à Justiça por meio de um processo justo e com meios adequados, traduzindo, em termos processuais, princípios inerentes à democracia participativa pós-moderna, tais como da legalidade e da supremacia da Constituição³⁰⁴.

3.2.2. Princípio do Contraditório

³⁰⁰GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 73.

³⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 145.

³⁰²PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

³⁰³CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 296.

³⁰⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

Democracia é participação, pois a participação no poder é essencial à democracia e legitima o próprio exercício do poder. No processo judicial, não é diferente, já que deve refletir o Estado Democrático de Direito e, assim, garantir participação efetiva aos interessados³⁰⁵. O princípio do contraditório é reflexo da participação democrática das partes no processo, bem como é exigência para o exercício democrático do poder³⁰⁶, além de legitimar o exercício da jurisdição pela abertura à participação³⁰⁷.

A ligação entre o princípio do contraditório e o exercício do poder é tão estreita, que o contraditório integra a própria noção de processo, de modo que sem contraditório sequer há falar em processo. Tal garantia fundamental é indissociável e inseparável da distribuição de justiça organizada³⁰⁸ e informa, em sua acepção básica, que é impossível atingir, por meio de decisão judicial, a esfera de interesses de quem não pode se manifestar³⁰⁹.

A ideia de simbiose entre processo e contraditório está presente em Elio Fazzalari, para quem, diferenciando processo de procedimento por ter aquele uma estrutura dialética, apenas existe processo quando “no iter de formação de um ato existe contraditório”. Para o autor, o processo é um esquema complexo de procedimento, que representaria “a dinâmica da formação do provimento”. Em suma, “processo é um procedimento no qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e em modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades”³¹⁰.

Para Hermes Zaneti Júnior, a própria qualificação do processo jurisdicional se extrai do procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição. O simples fato de haver

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 145-146.

³⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 105-106.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 145.

³⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

³⁰⁹ ROQUE, André Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v.279, p. 19, mai-2018.

³¹⁰ FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti dela Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré, n. 3, p 861-890, 1958 in NUNES, Dierle José Coelho. *Da Teoria Fazzalariana de Processo – O processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão de módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal*. Belo Horizonte: RDCPC, n.43, set-out. 2006 – Estudos Jurídicos, pp. 214-215.

participação dos interessados não seria suficiente sequer para caracterizar a existência de um processo, pois pode haver participação sem contraditório, que se notabiliza pela estruturação dialética³¹¹.

Segundo Leonardo Greco, o princípio do contraditório é elemento essencial do próprio direito de acesso à Justiça e poderia ser definido como “o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (audiatur et altera pars) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa”³¹².

Eduardo Cambi registra que a força motriz ou impulsionadora do processo é a incerteza dos seus resultados, sendo, ademais, seu fator de legitimação. Tal incerteza é que incentiva as partes a contribuírem com o exercício da jurisdição, participando do processo de forma dialética e democrática e influenciando substancialmente no resultado. A participação dos interessados em contraditório, ou seja, o exercício das situações jurídicas ativas e passivas é o que caracteriza o processo e legitima a decisão final, tomada após a cooperação dos participantes, tornando o procedimento aceito pela sociedade³¹³.

Para Leonardo Greco, o conteúdo do princípio do contraditório desdobra-se em quatro aspectos. O primeiro deles é a adequada e tempestiva notificação das partes do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais e a possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos do processo, de modo que nenhuma questão seja decidida sem a prévia oitiva das partes. O segundo aspecto é a possibilidade de exercício da ampla defesa, assim entendida como o conjunto de prerrogativas da parte como, por exemplo, apresentar alegações, propor e produzir provas e participar da produção de provas propostas pelo adversário. A terceira projeção se consubstancia na possibilidade de flexibilização dos prazos – muitas vezes exíguos, dadas as condições da causa ou da parte – pelo juiz. Por fim, a igualdade concreta ou substancial entre os litigantes também é apontada como desdobramento do princípio do contraditório. O juiz não deve ser passivo e indiferente

³¹¹ ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198.

³¹² GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 71.

³¹³ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-32.

às desigualdades das partes e deve equalizar eventuais deficiências defensivas de uma relação à outra, para que se ponham nas mesmas condições, o que deve ocorrer, em especial, nas relações em que houver subordinação ou dependência, como as de trabalho, de consumo e de família, sem olvidar-se do litigante pobre³¹⁴.

Humberto Dalla, por sua vez, observa que o princípio do contraditório deve ser observado ao longo do procedimento, impondo verdadeiro diálogo do julgador com as partes, consubstanciando-se nas garantias de ciência dos atos processuais praticados, bem como de manifestação para influência na decisão. Há, assim, fracionamento do princípio em duas garantias. A garantia da informação impõe a regra de informação dos atos do juiz e da parte adversa, enquanto que a possibilidade de manifestação enseja a abertura de prazo para o litigante se pronunciar acerca daquilo que lhe fora informado³¹⁵.

Na mesma linha de fracionamento bipartido das garantias decorrentes do princípio do contraditório, Fredie Didier as denomina de participação e possibilidade de influência na decisão. A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório e traduz seu conteúdo mínimo, que se concretiza com a mera determinação de oitiva da parte por parte do órgão jurisdicional. Já a dimensão substancial do princípio é expressa pelo poder de influência que a parte possui de efetivamente interferir na decisão judicial³¹⁶. Ou seja, o contraditório se efetiva com a participação da parte qualificada pela possibilidade de efetiva de influência no conteúdo da decisão; deve haver efetividade do contraditório para se falar em participação³¹⁷.

A ideia de contraditório participativo, cunhada na segunda metade do Século XX, amplia as faculdades das partes para atuação no processo e impõe ao juiz o dever de envolvimento ativo no diálogo humano e construtivo com as partes³¹⁸.

³¹⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 74-76.

³¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

³¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146.

³¹⁸ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 73.

Na visão de Humberto Dalla, na atual fase da ciência processual, o contraditório serve também para promover uma atuação participativa, cooperativa e colaborativa dos sujeitos processuais. Trata-se de uma nova concepção de contraditório participativo revalorizado para promover a participação das partes na investigação da verdade e, por consequência, na formação do juízo”³¹⁹.

Essa concepção participativa aliada à dimensão substancial do contraditório impede a prolação das denominadas decisão-surpresa, pois toda questão posta sob julgamento deve antes ser submetida ao contraditório, o que reforça o princípio democrático. De acordo com Leonardo Faria Schenk, decorre do direito de manifestação e influência na formação da decisão o dever do juiz “de dialogar com as partes e de não surpreendê-las”³²⁰. O art. 10 do CPC/2015³²¹ impede as decisões-surpresa e concretiza o princípio do contraditório.

Dessa forma, não se pode mais admitir que as partes sejam pegas desprevenidas por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica por elas não apercebida, podendo o órgão julgador apenas aproveitar os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição³²². A simetria de posição das partes decorrente do caráter dialético do contraditório no processo se aplica também ao juiz no que tange à impossibilidade de surpreender as partes no curso do processo com matérias não submetidas a debate, em outras palavras, com “*juízos de terceira via*”³²³.

³¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 301. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³²⁰ SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e Cognição Sumária. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, n. 13, 2014, p. 554. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 15 abr. 2020

³²¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. No mesmo sentido é a previsão do art. 3º.3 do Código Português, cuja redação é “*o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem*”.

³²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 35.

³²³ ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

Referido dispositivo legal é corroborado pelo art. 493, parágrafo único, do CPC/2015³²⁴, que deixa estreme de dúvidas que a necessidade de oitiva das partes se dá até mesmo em matéria fática cognoscível *ex officio*, afinal, uma coisa é agir de ofício, sem provocação, outra é decidir sem ouvir as partes³²⁵.

Do mesmo modo, em que pesem as redações e significados dos velhos brocardos *iura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius*, ainda que a matéria cognoscível de ofício seja de direito, deve se dar oportunidade às partes de serem ouvidas³²⁶. Apontava Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a liberdade do julgador de escolher a norma aplicável ao caso posto a seu exame, decorrente dos já referidos brocardos, não “dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório”. Ou seja, o diálogo, a cooperação e a democratização do processo impedem a aplicação dos velhos brocardos romanos como instrumento de opressão e autoritarismo³²⁷.

A concepção participativa do princípio do contraditório e sua roupagem substancial inseriram e passaram a integrar o juiz no contraditório, tornando-o “um método contínuo preparatório de todas as decisões adotadas no processo”, em razão do princípio político da participação democrática³²⁸.

O contraditório surge como fundamento da cooperação na medida em que, ao representar um direito da parte de “influência na construção dos provimentos jurisdicionais”, impõe ao juiz um dever de observá-lo e de assegurar a efetiva participação de todos os

³²⁴ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

³²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 106 e 109.

³²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109.

³²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019.

³²⁸ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 71.

sujeitos processuais. O contraditório garante, portanto, a possibilidade de manifestação e influência das partes na formação das decisões judiciais³²⁹.

Por fim, tem-se presente que o exercício do contraditório sob o viés substancial encontra respaldo no respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores da democracia, atuando como “anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua [do juiz] cognição”³³⁰.

Parece-nos, portanto, a legislação processual civil de 2015 converge sistemicamente ao fixar as bases de um processo cooperativo (art. 6º do CPC), bem assim ao fortalecer o contraditório participativo em diversas passagens (sustentação oral em sede de agravo de instrumento – art. 937; inclusão em pauta de agravo interno e de embargos de declaração – art. 1.021, §2º e 1.024, §1º, in fine; arguição de matéria nova em sede de cumprimento de sentença – art. 518 e 525, §11)³³¹.

3.2.3. Princípio da Boa-Fé Processual

De acordo com Joan Picó I Junoy, o princípio da boa-fé nasceu e teve sua aplicação difundida no âmbito do Direito privado; contudo, nada obsta sua aplicação a qualquer ramo do Direito público, como, por exemplo, o Direito Processual. Isso porque sua finalidade é a preservação de “una minima condotta etica in tutte le relazioni giuridiche”. A tal manifestação da boa-fé no âmbito jurisdicional dá-se a denominação de boa-fé processual³³².

O CPC/2015 positivou, em seu art. 5º, o princípio da boa-fé processual, abrangendo todo aquele que participa do processo. E a boa-fé que integra o princípio é objetiva, ou seja, a que estatui uma norma padrão de conduta esperada dos sujeitos processuais, impondo e

³²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 258. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 10.

³³¹ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, pp. 305-306.

³³² PICÓ I JUNOY, Joan. La buona fede processuale: una manifestazione dell autoritarismo giurisdizionale? *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2013, p. 172.

proibindo posturas processuais e criando situações jurídicas ativas e passivas. Assim, não cuidou o legislador no art. 5º do CPC/2015 de boa-fé subjetiva, necessária à configuração de alguns ilícitos processuais, como, por exemplo, o manifesto propósito protelatório (CPC, art. 311, I)³³³.

Para Humberto Dalla, o advento do modelo cooperativo de processo, além de ter afetado a atuação dos sujeitos processuais na condução do processo, alterou também a concepção ética acerca das relações havidas entre juiz e partes e entre as próprias partes. Afirma o autor que nos sistemas adversarial e inquisitivo, exigia-se que as condutas dos sujeitos processuais se pautassem em atenção à boa-fé subjetiva; já o processo estruturado à luz da cooperação impõe ao juiz e às partes uma atuação pautada não apenas na boa-fé subjetiva, mas também em sua vertente objetiva³³⁴.

Daniel Mitidiero também aponta que um processo que se pauta pela colaboração dos atores processuais pressupõe uma participação observadora e fiadora da boa-fé objetiva de todos aqueles que interagem por intermédio da relação jurídica processual³³⁵.

No entanto, ainda que o CPC/2015 esteja imbuído de espírito cooperativo, não se pode negar que no processo os litigantes possuem, *a priori*, interesses diametralmente opostos, de modo que a legislação acaba por fixar uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos que devem permear a postura das partes e a ampla atuação na defesa de seus interesses³³⁶.

E por não enxergar possibilidade de que tal linha distintiva seja traçada com clareza, Joan Montero Aroca sustenta a inexistência de um dever positivo de atuação conforme a boa-fé processual, que daria lugar a um dever negativo, de não atuar com má-fé. De acordo com o autor espanhol, (i) os advogados de cada parte apresentam as versões de acordo com a sua ideia de verdade, até porque não se sabe, de antemão, qual é a verdade; e (ii) a ideia de

³³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 134.

³³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291-292. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³³⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012.

³³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 208.

que as partes apresentem todos os fatos de que têm ciência, de contar toda a verdade acerca do que sabem, contraria a lógica do processo como contenda³³⁷.

3.2.4. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade

A concepção publicista de processo, em que pese ter sido necessária à independência da ciência processual em relação ao direito material³³⁸, relegou a segundo plano o próprio estudo acadêmico acerca dos limites da autonomia da vontade das partes no processo³³⁹. No entanto, decorridos 150 anos do descolamento da ciência instrumental, não há como desconsiderar por completo a existência das partes e de seus interesses privados no bojo do processo³⁴⁰.

Veja-se que o princípio dispositivo confere à parte a opção por ajuizar ou não ação judicial e buscar a decisão estatal, bem como negociar sobre direito material disponível e retirar da cognição do juiz o todo ou parte do objeto da demanda, por meio da autocomposição. Todos esses poderes de disposição devem ser respeitados pelo Estado, equilibrando-se os interesses público e privado no processo³⁴¹.

Antônio do Passo Cabral aponta a existência do “princípio do debate”, que seria o viés processual do princípio dispositivo, daí porque denominado também de “princípio dispositivo em sentido processual”, que nortearia a autonomia e liberdade das partes no que tange às situações jurídicas processuais (*v.g.* faculdade de alegar fatos e produzir provas). Esse mesmo princípio do debate seria fundamento para uma valorização das partes na

³³⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006, p. 345-348.

³³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 168.

³³⁹ GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007.

³⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 168.

³⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 155.

condução do processo, bem como a autonomia para a condução do procedimento, que, inclusive, as autorizaria a abrir mão de direitos fundamentais processuais³⁴².

De acordo com Fredie Didier Jr., o CPC/2015 consagrou o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, que tem por escopo obter um ambiente processual livre de restrições desarrazoadas ou injustificadas que tolham o direito fundamental das partes de se autorregularem, fazendo com que o processo se torne um espaço propício para o exercício da liberdade³⁴³.

Para o doutrinador, esse princípio encontra suas bases na garantia fundamental da liberdade (CRFB, art. 5º, *caput*) e a autonomia privada dele decorrente é pilar da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. Não há razão, portanto, para se limitar o papel da liberdade no processo judicial, que é um método de exercício do poder estatal, ainda mais tendo-se presente o influxo de democratização do processo³⁴⁴.

Robson Godinho, na mesma linha de Fredie Didier Jr., apesar de não defender a existência categórica do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, afirma que a redação do art. 190 do CPC/2015 é enorme passo para que se reconheça a sua existência³⁴⁵.

Naquilo que serve de fundamento ao modelo de processo cooperativo, é certo que os influxos desse novo sistema de organização do processo e do contraditório contemporâneo evidenciam a necessidade de reequilíbrio entre a liberdade dos litigantes e o interesse público no processo³⁴⁶. Desse modo, o processo colaborativo encontra fundamento no princípio do respeito ao autorregramento da vontade na medida em que há um empoderamento das partes e de seus advogados, que passam a poder exprimir o método e a forma adequados para resolver seus litígios³⁴⁷.

³⁴² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 156-158.

³⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivim, 2018, p. 166.

³⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivim, 2018, pp. 164-165.

³⁴⁵ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

³⁴⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 170.

3.2.5. Princípio da Solidariedade

Humberto Dalla aponta que o princípio constitucional da solidariedade (CRFB, art. 3º, I) também pode servir de fundamento constitucional da cooperação. O referido princípio informa que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo que “estaria instituindo um ‘dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade’³⁴⁸”.

Registra o doutrinador que, de pronto, pode não se inferir compatibilidade entre solidariedade e processo, o que se daria em razão do fato de que a comunidade jurídica tem o processo como “uma arena de batalhas, na qual vale tudo para se sagrar o vencedor”. Tal concepção é prejudicial ao processo na medida em que é refratária à compatibilidade entre solidariedade e processo. Além disso, revela-se também prejudicial à sociedade como um todo, pois parece incitar e instigar sentimento de que todo e qualquer problema havido será solucionado apenas mediante acionamento do Judiciário, por meio de decisão assimétrica e impositiva do Estado-juiz³⁴⁹.

Para Leonardo Greco, o modelo cooperativo de processo também se associa à ideia de efetivação da solidariedade social na medida em que a efetiva no âmbito processual. E tal solidariedade social, além de ser a “base ética de convivência pacífica dos cidadãos dentro do Estado de Direito”, enseja o dever de que agentes públicos que intervenham no processo, em especial o juiz, adotem “comportamento leal e previsível”, de acordo com qual, dentre

³⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 74.

³⁴⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 259. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 259. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

outras consequências, sejam respeitadas “as garantias fundamentais oferecidas às partes (contraditório, ampla defesa, paridade de armas etc.)”³⁵⁰.

3.2.6. Princípio da Cooperação

O Código de Processo Civil de 2015 veiculou exortação aos sujeitos processuais para que travem, entre si, uma relação cooperativa. O art. 6º, que integra o capítulo das normas fundamentais do processo civil, estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”³⁵¹.

De acordo com Fredie Didier Jr., tal exortação legal aliada aos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo servem como substrato fundante para se afirmar o surgimento do princípio da cooperação no direito processual, que informa “o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro”³⁵².

Ou seja, o modelo de processo cooperativo decorre da articulação de diversos princípios insculpidos no Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, o da boa-fé processual (CPC, art. 5º), do respeito ao autorregramento da vontade (CPC, art. 3º e 6º), do contraditório (CPC, art. 9º e 10) e da primazia da decisão de mérito (CPC, art. 488)³⁵³.

De acordo com Reinhard Greger, “o princípio da cooperação parte de uma compreensão fundamental da ciência processual moderna: o processo civil trata de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais – isto é, entre o juiz e as partes de um lado e as partes entre si de outro”. A explicitação de tal pensamento da relação jurídica processual, fundado por Bülow, oferece base para os deveres processuais e ônus das partes, bem como

³⁵⁰ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 306.

³⁵¹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁵² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156.

³⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 162.

do órgão julgador. A fim de atingir-se os objetivos do processo, é necessária a existência de uma interação entre os sujeitos processuais, bem assim uma condução processual cooperativa por parte do juiz, formando-se uma comunidade de trabalho³⁵⁴.

Assim, tendo em vista que o princípio da cooperação informa o *modo* de estruturação do processo, há inarredável rearranjo na condução do processo. O juiz é incluído no diálogo processual e a condução do processo passa a ser feita *com* as partes. Não será o processo tocado nem à revelia das partes, de forma inquisitorial, nem exclusivamente por elas, com um órgão julgador absolutamente passivo. Há, portanto, um equilíbrio dos sujeitos processuais na divisão do trabalho³⁵⁵.

Esse equilíbrio nas posições jurídicas é pressuposto da organização do processo de forma justa, de modo que o princípio da cooperação irradia para o modelo de processo cooperativo uma reorganização e um redimensionamento “de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual”³⁵⁶.

Importante pontuar que a simetria decorrente da incidência do princípio da cooperação se dá no bojo da condução do processo, havida com diálogo entre juiz e partes. Por certo que não há simetria de posições quando da prolação de decisão judicial, que deve ser entendida como “fruto da atividade processual em cooperação” e “resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”³⁵⁷. Como bem aponta Fredie Didier Jr., nesse momento há uma necessária e natural assimetria, pois a decisão judicial traduz manifestação do poder estatal, apenas exercido pelo juiz³⁵⁸.

O dever de cooperação, portanto, se espraia e incide sobre todas as relações jurídicas travadas no processo³⁵⁹, concretizando-se ao tornar “devidos os comportamentos necessários

³⁵⁴ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 125.

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 164.

³⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 157.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 157.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 158.

à obtenção de um processo leal e cooperativo”³⁶⁰. Os deveres, portanto, que decorrem do princípio da cooperação, podem ser dirigidos às partes ou ao órgão julgador³⁶¹ e o cumprimento de tais deveres por parte do juiz é que substituirá, nos termos ora propostos, a determinação oficiosa de produção de provas.

3.3. Deveres decorrentes da cooperação processual

3.3.1. Deveres do órgão julgador

De acordo com Daniel Mitidiero, a colaboração processual é estruturada a partir da estipulação de regras de conduta ao juiz consubstanciadas em deveres impostos ao julgador³⁶², ou seja, tais “deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo”³⁶³. A observância a tais deveres visa aperfeiçoar a prestação jurisdicional e garantir a prolação de decisões mais justas³⁶⁴.

A doutrina identifica que, em razão da cooperação processual, surgem deveres para o órgão julgador e para as partes, deveres esses que direcionam o juiz para uma atuação ativa e participativa. São eles: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta/diálogo e dever de auxílio³⁶⁵⁻³⁶⁶.

³⁶⁰ Ibid., p. 159.

³⁶¹ Ibid., p. 159.

³⁶² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011, p. 58.

³⁶³ MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 6.

³⁶⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 257. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁶⁵ GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009, p. 33.

E é justamente o cumprimento desses deveres atribuídos ao juiz em decorrência do modelo cooperativo de processo que, como sustentado, deve substituir a atuação oficiosa do julgador em matéria probatória.

3.3.1.1. Dever de esclarecimento

O dever de esclarecimento se consubstancia no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo³⁶⁷, evitando-se tomar decisões em percepções açodadas, apressadas³⁶⁸. Do mesmo modo, mitiga-se a possibilidade de que a decisão tenha por substrato a falta de informação em lugar da verdade apurada³⁶⁹, de modo a “evitar mal-entendidos na comunicação processual”³⁷⁰.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “o dever de esclarecimento impõe ao juiz o dever de indicar às partes eventuais obscuridades ou incoerências nas narrativas que evidenciam suas posições quanto às questões fático-jurídicas que compõem a causa”. Para o autor, revela-se paradoxal que o Estado tenha o dever de tutelar os direitos do indivíduo e, ao mesmo tempo, não releve defeitos formais sanáveis que o impeçam de atingir tal fim³⁷¹.

Para Laura Fernandes Parchen o dever de esclarecimento tem, ainda, a finalidade de concretizar “a igualdade de armas no processo civil, porquanto o magistrado, diante de fatos

³⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 86, abr-jun. 1997, p. 175.

³⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudo sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

³⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 159.

³⁶⁹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 373.

³⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

ainda não esclarecidos, não pode adotar o cômodo entendimento de aplicação do ônus da prova”³⁷².

O dever de esclarecimento, para além de estabelecer a necessidade de que o juiz busque informações junto às partes, também conta com viés inverso, no sentido de “ele mesmo prestar esclarecimentos a respeito de suas decisões no curso do processo”³⁷³.

O julgador apenas deve valer-se da regra de julgamento do ônus da prova quanto a fatos não provados – decorrência direta do *non liquet* – após ter tentado efetivamente esclarecer os fatos obscuros ou não explicados pelas partes. Noutras palavras, o juiz antes de proferir decisão – conduta obviamente assimétrica no âmbito do processo – submete sua concepção acerca de determinado ponto às partes, garantindo-lhes a efetiva participação na formação da decisão³⁷⁴.

Observa-se, aqui, que o julgador, ao deixar de determinar a produção oficiosa de meio de prova e determinar que as partes acerca disso se manifestem, cumprirá com seu dever cooperativo de esclarecimento.

Segundo Lucio Grassi de Gouvea, o Código de Processo Civil contempla o dever de esclarecimento ao, por exemplo, conferir ao juiz o poder de determinar o comparecimento da parte em juízo para interrogá-la (CPC, art. 139, VIII e 772, I), bem como o dever dela correlato de comparecer em juízo para prestar esclarecimentos (CPC, art. 77, IV)³⁷⁵.

De acordo com a doutrina, são também expressões do dever de esclarecimento o dever de fundamentação das decisões (art. 489, §§1º e 2º, CPC/2015), a determinação de

³⁷² PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEN%20-%20VERS%C3%83O20FINAL.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³⁷³ FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 335.

³⁷⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 295. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁷⁵ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 374.

audiência para saneamento compartilhado (art. 357, §3º, CPC/2015)³⁷⁶ e a nova previsão atinente à emenda à inicial, que determina ao juiz que indique com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321, CPC/2015)³⁷⁷.

3.3.1.2. Dever de prevenção

O dever de prevenção, por sua vez, vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo³⁷⁸.

Ou seja, consiste no dever do juiz de indicar as deficiências e insuficiências das alegações e postulações das partes, garantindo a possibilidade de que elas sejam supridas, não bastando, inclusive, a indicação genérica do defeito ou vício a ser sanado, impondo-se que o julgador, numa perspectiva colaborativa, aponte especificamente a falha por ele verificada³⁷⁹.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni registra que “o dever de prevenção incumbe o juiz de indicar às partes que eventuais escolhas equivocadas do ponto de vista do processo podem acarretar na frustração do exame do direito material”³⁸⁰.

Do dever de prevenção podem ser extraídas quatro áreas concretas de atuação: a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação

³⁷⁶ FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 335.

³⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7.

³⁷⁸ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 374. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011, p. 63.

³⁷⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 295. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

pela parte³⁸¹, sendo certo que este último aspecto é raramente empregado na prática, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na condução do processo na Alemanha³⁸².

O viés atinente à sugestão de certa atuação pela parte pode ser inferido, ainda que de forma atenuada, na conduta que ora se propõe ao órgão julgador de, em substituição à determinação oficiosa de meio de prova, instar as partes a se manifestarem acerca de tal questão processual. Isso porque as partes se verão provocadas a refletir sobre a necessidade ou não de produção de meio de prova até então não requerido, mas que, *a priori*, para o juiz, se faz necessária para o correto desate da causa.

É possível extrair-se, ainda, do Código de Processo Civil de 2015 diversas outras previsões de aplicação concreta do dever de prevenção, tais como: (i) a designação de prazo razoável pelo juiz para que seja sanado o vício de representação da parte (CPC, art. 76, *caput*); (ii) a determinação de emenda da petição inicial com explicitação do que deve ser emendado (CPC, art. 321); (iii) a concessão de prazo pelo relator ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada documentação exigível em sede recursal (CPC, art. 932, parágrafo único e art. 1.017, §3º); e (iv) a possibilidade de que tribunais superiores desconsiderem vícios formais e não reputados graves de recursos tempestivos ou determinem sua correção, ensejando a análise do mérito recursal (CPC, art. 1.029, §3º). Para além disso, o dever de prevenção concretiza o princípio da primazia da decisão de mérito³⁸³.

Daniel Mitidiero – para que quem a emenda à inicial decorre do exercício do dever de esclarecimento – aponta, ainda, que a previsão do art. 317 do CPC/2015 consubstancia exercício do dever de prevenção, que o autor sintetiza como aquele que informa que “o juiz [tem] de alertar a parte que o uso equivocado do processo – ou o equívoco na forma processual – pode obstar ao exame do mérito”³⁸⁴.

³⁸¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudo sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66.

³⁸² GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 375.

³⁸³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 162.

³⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In Enciclopédia Jurídica da PUCSP. coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7.

O dever de prevenção destina-se, assim, a alertar as partes sobre pontos que serão objeto de decisão, oportunizando a elas a chance de sobre eles se manifestar, bem assim de corrigi-los³⁸⁵.

3.3.1.3. Dever de consulta

O dever de consulta é o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa³⁸⁶. Assim, evitam-se as ‘decisões surpresa’, isto é, as decisões proferidas sobre a matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes³⁸⁷, prestigiando-se o caráter dialético do processo civil moderno³⁸⁸.

A observância a tal dever decorrente da cooperação fortalece a ideia de contraditório participativo, tendo como contrapartida o direito de participação das partes e a possibilidade de efetiva influência no conteúdo da decisão³⁸⁹. Também denominado de dever de diálogo, tal dever do juiz é conformado pela organização do sistema processual à luz da Constituição, com acentuação do contraditório (art. 7º, 9º, 10, 11, 489, §§1º e 2º, do CPC)³⁹⁰.

Ou seja, o órgão jurisdicional não pode decidir com fundamento em questão de fato ou de direito, ainda que cognoscível *ex officio*, que não tenha sido aventada no processo e

³⁸⁵ FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 340.

³⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011, p. 63.

³⁸⁷ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 375.

³⁸⁸ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, 2010, p. 380.

³⁸⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 12, p. 296. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

em relação a qual as partes não foram intimadas para sobre ela manifestar-se, pois, em suma, a questão não foi submetida ao contraditório³⁹¹.

À luz da cooperação processual e em razão do dever decorrente de consulta, há quem defenda uma necessária releitura do brocardo *iura novit curia*, que confere ao juiz a liberdade de, à luz dos fatos narrados e comprovados pelas partes, escolher a norma jurídica aplicável ao caso, ainda que outros tenham sido os fundamentos legais invocados e debatidos pelos litigantes³⁹². Tal conduta violaria o dever de consulta, uma vez que o reenquadramento da regra jurídica aplicável ao caso tem o condão de alterar sobremaneira as esferas jurídicas dos litigantes.

Igor Raatz registra que, diante da ideia de colaboração no processo civil, que pressupõe o desenvolvimento do processo mediante o exercício do diálogo entre os sujeitos processuais, “deve ser afastada qualquer forma de solipsismo processual do magistrado mesmo naquilo que lhe é dado conhecer de ofício”³⁹³.

Não há dúvidas, a nosso sentir, que o dever cooperativo de consulta do juiz é exercido quando ele, em substituição à atuação oficiosa no campo probatório, abre espaço ao estabelecimento do diálogo com as partes.

A legislação processual civil brasileira positivou expressamente o dever de consulta no art. 10 do Código de Processo Civil de 2015³⁹⁴, cuja redação é “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”.

³⁹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-161.

³⁹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 296. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁹³ RAATZ, Igor. exceções substanciais e (de)limitação dos poderes do juiz no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago 2017, p. 319. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

³⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 255. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

Há quem aponte ainda que o dever encontra substrato também na boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), na lealdade processual e na segurança jurídica, corroborando vedação à proliferação de decisões surpresa ainda que a matéria seja cognoscível de ofício³⁹⁵.

3.3.1.4. Dever de auxílio

O dever de auxílio se consubstancia no auxílio às partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de seus direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais³⁹⁶, ou, noutras palavras, trata-se do dever cooperativo que “determina ao juiz que colabore com as partes no desempenho de seus ônus e no cumprimento de seus deveres no processo”³⁹⁷. Pode ser entendido, ainda, como uma determinação ao julgador para que, diante de situações de desigualdade processual, atue de modo a reequilibrar as posições assimétricas³⁹⁸.

Lúcio Grassi de Gouvea aponta que o Código de Processo Civil prevê o dever de auxílio quando atribui ao juiz o poder de determinar a exibição de documento ou coisa que esteja em poder da parte ou de terceiros (CPC, art. 396 e 403), bem como o poder de inspecionar pessoas ou coisa para esclarecer fato que interesse à decisão da causa (CPC, art. 481)³⁹⁹.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz configura exercício do dever cooperativo de auxílio, de modo a possibilitar um efetivo acesso à justiça. Para o autor, tendo por pressuposto a organização do processo civil a partir do

³⁹⁵ FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 335.

³⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011, p. 63.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

³⁹⁸ GABRIEL, Anderson de Paiva, VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. A contribuição das convenções processuais para a transformação da cultura do litígio e as diretrizes gerais de interpretação e controle. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 12, v. 19, n. 3, set a dez 2018, p.77 .

³⁹⁹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 381.

modelo cooperativo, deve o “juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo”⁴⁰⁰.

É possível enxergar, assim, que a conduta do juiz de escrutinar a necessidade de produção de meio de prova não requerido pelas partes, dada a existência, a seu sentir, de lacuna probatória quanto a determinado tema, pode ser tomada como o exercício de seu dever de auxílio, tanto por ajudar as partes no cumprimento dos ônus que lhes são atribuídos pela legislação processual, como pelo consequente reequilíbrio de posições assimétricas, já que apresentará provocação não imaginada pelos procuradores.

Daniel Mitidiero enxerga nas previsões dos art. 139, IV e 772, III, do CPC/2015 hipóteses de exercício do dever de auxílio por parte do julgador⁴⁰¹.

Oportuno pontuar que, para Fredie Didier Jr., não se pode defender a existência de um dever de auxílio no direito processual brasileiro, pois a tarefa de auxiliar a parte seria de seu representante legal. Para o autor, sequer seria recomendável a existência de um dever de auxílio do órgão julgador para com as partes, por ser imprevisível o que poderia decorrer da atribuição de um poder de auxílio atípico ao juiz, admitindo-se, contudo, de forma excepcional, que haja deveres de auxílio típicos em razão de expressa previsão legal⁴⁰².

3.3.2. Deveres das partes

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 484.

⁴⁰¹ MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8.

⁴⁰² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 163.

O implemento do modelo cooperativo também tem por consequência o surgimento de deveres às partes, que decorrem tanto da esperada atuação com lealdade, como dos princípios da boa-fé objetiva e da própria cooperação.⁴⁰³

De acordo com Robson Renault Godinho, a colaboração ou a cooperação processual atribuem deveres aos litigantes, que podem ser classificados em dever de esclarecimento, de lealdade e de proteção⁴⁰⁴, havendo ainda quem sustente a existência de um dever de veracidade dos litigantes⁴⁰⁵.

O cumprimento pelas partes dos deveres decorrentes da cooperação tem como objetivo incentivar uma atuação mais ética e esmerada, e, com isso, colaborar para a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e com menor custo. Não há como promover celeridade processual sem a cooperação das partes, em razão dos inúmeros instrumentos e recursos postos à disposição pelo ordenamento jurídico processual para assegurar os direitos e garantias constitucionais processuais.

Desse modo, faz-se necessária uma atuação cooperativa das partes e de seus procuradores que promova o uso racional e adequado dos instrumentos processuais existentes, atentando-se, ainda, para as limitações do Poder Judiciário, já assoberbado de processos⁴⁰⁶.

No que tange ao dever de *esclarecimento* dirigido às partes, ele é entendido como um mandamento a que elas exponham com clareza e coerência a demanda formulada, sob pena de configuração de inépcia (CPC, art. 330, §1º)⁴⁰⁷.

⁴⁰³PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291-292. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴⁰⁴GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 65.

⁴⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*: artigo por artigo. 6. ed ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

⁴⁰⁶PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 257. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴⁰⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 159.

O dever de *lealdade* importa em que as partes não podem praticar ato de litigância de má-fé, bem como devem respeitar e atentar-se ao princípio da boa-fé processual⁴⁰⁸.

A boa-fé a que se refere o princípio ora aplicável ao campo processual é aquela de caráter objetivo, que informa um padrão, um *standard* de conduta socialmente adequado e que deve ser respeitado pelos litigantes. Não importa dizer que a parte apenas deve atuar em juízo quando dotada de razão, mas sim que ela não deve veicular hipótese absurda, grosseira. Ou seja, é necessário que o litigante tenha a mínima expectativa de um provimento favorável às suas aspirações⁴⁰⁹.

Em razão do dever de *proteção*, uma parte não poder causar à outra danos processuais, havendo previsões legais de punição à prática de tais atos (CPC, 77, VI, 520, I e 776 e tutela).⁴¹⁰

Já o dever de *veracidade* imposto à parte em decorrência do modelo cooperativo de processo não enseja a necessidade de que ela exponha fatos em juízo de forma tão genuína a ponto de levar à improcedência de seus pedidos ou de dar azo à reconvenção. O dever de veracidade – que abrange o dever de completude – informa que as partes devem expor os fatos em juízo de acordo com a verdade (CPC, art. 77, I), não os alterando intencionalmente. As partes podem escolher os fatos que levarão a juízo, mas, em aportando determinado fato, deve fazê-lo de forma completa e veraz⁴¹¹.

3.4. Breves notas sobre o processo cooperativo no mundo

3.4.1. Alemanha

⁴⁰⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 159.

⁴⁰⁹MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*: artigo por artigo. 6. ed ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 113/114.

⁴¹⁰DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 159.

⁴¹¹MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*: artigo por artigo. 6. ed ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

No Direito alemão – que a doutrina costuma apontar como o berço da cooperação⁴¹² – atribui-se a Karl August Bettermann a autoria do termo *Kooperationsmaxime*, cunhado no bojo de artigo escrito, em 1972, a respeito da concepção social de processo e intitulado “*Fundamentos e princípios constitucionais do processo*” ao ensejo de aludir ao termo do ordenamento jurídico austríaco *Sammelmaxime*. Na oportunidade, Bettermann tratou do *Kooperationsmaxime* como um meio termo entre os princípios processuais dispositivo e inquisitório⁴¹³.

Para Bettermann, “a colaboração do tribunal significa que ele dá início, dirige e, caso necessário, corrige a discussão das partes sobre o material processual, sua alegação e comprovação”⁴¹⁴.

Peter Gilles também tratou do tema da cooperação no direito alemão e sustentou, a pretexto de defender uma flexibilização do objeto dos recursos interpostos ao Tribunal, que a cooperação processual, consubstanciada, na Alemanha, no termo *Kooperationsmaxime*, consubstanciou uma fusão entre o princípio dispositivo processual, a verdade material e os deveres do juiz, que substituíram a visão individualista e liberal sobre o processo civil⁴¹⁵.

É justamente esse ponto médio cunhado pela doutrina alemã que dialoga com a ideia defendida no presente trabalho. O modelo cooperativo de processo, nos termos que ora se apresentam, serve à conformação da atuação oficial no campo probatório com as garantias processuais das partes e com a valorização da sua posição na condução do processo efetivada pela nova forma de estruturação processual.

Para Reinhard Greger, o modelo cooperativo está largamente desenvolvido no Código de Processo Civil alemão, a ZPO. Segundo o autor, o §139, I, e §278, III, ambos da ZPO, expressam o dever de indicação, que exorta o juiz a provocar o exercício adequado da

⁴¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 253. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴¹³KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 83.

⁴¹⁴KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 84.

⁴¹⁵KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 85.

liberdade das partes⁴¹⁶, para discutirem as questões de fato e de direito, de modo a deixar claras as suas linhas de argumentação⁴¹⁷.

Já Bettermann aponta que com o decurso do tempo de vigência da ZPO, passou-se a compreender o dever decorrente do §139, I, da ZPO como dever de esclarecimento do substrato fático, em substituição ao que se entendia por dever de questionamento (*Fragepflicht*) constante do §130 da antiga CPO, diploma que já permitia, para fins de esclarecimento dos fatos, que o juiz determinasse o comparecimento pessoal de uma das partes, a apresentação de documentos e arquivos, bem como, *ex officio*, a realização de inspeção judicial e prova pericial⁴¹⁸.

Conforme será apresentado mais à frente, o estabelecimento do diálogo entre o juiz e as partes por meio do cumprimento de deveres processuais impostos ao julgador em decorrência da cooperação processual é o ponto crucial defendido no trabalho. Tal exercício de dialética é preferível à imposição vertical de decisão que, contra a vontade expressa das partes, determina a produção de meio de prova.

Lúcio Grassi de Gouvea, expõe que, em razão do §139 do ZPO, o juiz tem o dever de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e de incitar as partes a carrear aos autos as informações ou provas necessárias à solução do litígio⁴¹⁹.

A determinação de comparecimento pessoal das partes (§141, I, 1, ZPO) não deve ser interpretada como uma necessidade de esclarecimento ao juízo, mas sim como uma possibilidade de melhor entendimento dos argumentos das partes. A determinação de apresentação de documentos do juiz pela parte também se dá apenas em relação àqueles a que a parte se referiu (§142, ZPO). No que tange à determinação de ofício de avaliação ou apresentação (§144, ZPO), também há de se entender como a possibilidade de o juiz avaliar os argumentos da parte por meio da visão dela ou de um especialista, caso falte conhecimento

⁴¹⁶GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 126.

⁴¹⁷PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 253. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴¹⁸KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 89.

⁴¹⁹GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 373.

técnico ao juiz. Do mesmo modo, a determinação de interrogatório da parte (*förmliche Parteivernehmung* - §448 ZPO) apenas se dá a respeito de uma afirmação já feita e sobre a qual há probabilidade de exatidão, mas que outros meios de prova não estejam disponíveis, permitindo que a parte tenha a oportunidade de eliminar dúvidas remanescentes⁴²⁰.

Tornando a Bettermann, sustenta o autor que o já referido dever de esclarecimento do substrato fático possui, tanto como o dever de debate (*Erörterungspflicht*) sobre os fatos relevantes e as questões em litígio, o objetivo de provocar “*a apresentação, pelas partes, dos fatos de forma correta e completa e a realização dos pedidos e requerimentos de provas úteis para seus casos*”. Conclui o processualista alemão afirmando que o juiz, para que sua atuação seja adequada, deverá esclarecer as partes sobre o que lhes for útil e necessário, bem como sobre a opinião jurídica do órgão julgador. Dessa forma, tendo em vista que a expressão dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) diz respeito apenas ao substrato fático, Bettermann prefere referir-se a dever de informação e advertência (*Informationspflicht und Belehrungspflicht*)⁴²¹.

Rudolf Wassermann registra a colocação, no direito processual alemão, do diálogo sobre os fatos e sobre o direito no centro da experiência processual e o fato de que a *Kooperationsmaxime* conjuga a tendência comportamental de interação entre o tribunal e as partes. Nessa toada, aponta a existência do dever de debate – que sempre deverá ser promovido com as duas partes –, que deve ocorrer sobre o material não apenas fático, mas jurídico, em especial quando não for possível identificar com facilidade o direito aplicável⁴²². Desse modo, o órgão julgador deve expressar a concepção existente sobre o direito e colocá-la em discussão. Por fim, Wassermann sustenta que o §278, III, ZPO veiculou o dever de indicação, por meio do qual o órgão julgador indica algum ponto de vista jurídico ignorado pelas partes, dando-lhes a oportunidade de sobre ele se manifestar⁴²³.

⁴²⁰GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 126.

⁴²¹KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 87.

⁴²² O Código Francês também possui previsão que faculta ao juiz instar as partes a apresentar explicações de matérias de fato (art. 8º) e de direito (art. 13), que julgar necessárias à solução do litígio. Prevê a lei francesa: Article 8 – Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige; Article 13 – Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

⁴²³ KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 89-90.

3.4.2. Estados Unidos da América

No direito positivo norte-americano, as *Federal Rules of Civil Procedure* não preveem um dever geral de cooperação, embora reconheça-se que a existência de um dever implícito na estrutura e no espírito das regras processuais que evitam o uso de manobras ou dificultem a descoberta da verdade dos fatos. Dessa forma, ainda que não haja regramento positivado, há quem defenda ser possível extrair uma exortação da legislação para uma atuação dos litigantes imbuída de espírito cooperativo⁴²⁴.

Para David J. Waxse, por exemplo, mesmo a antiga redação da *Rule 1* – anterior à alteração de 2015 – já versava, mesmo que de modo implícito e intrínseco, orientação para cooperação, ao estabelecer que o objetivo do processo é a justa, célere e econômica composição da lide, pois esta só pode ser alcançada através de uma atuação cooperativa das partes e do juiz, de sorte que os sujeitos do processo devem observar as regras processuais que implicam na cooperação como resultado de sua implementação⁴²⁵⁻⁴²⁶.

Em 2015, sobreveio alteração na *Rule 1* das *Federal Rules of Civil Procedure*, a fim de explicitar, de modo claro, que as partes, assim como as Cortes, têm a responsabilidade de alcançar a justa, célere e econômica resolução de qualquer ação, o que pressupõe uma advocacia que faz uso cooperativo e proporcional do procedimento à disposição.

Prevê a redação atual da *Rule 1* das *Federal Rules of Civil Procedure* que as regras de procedimento “should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and

⁴²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 247. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴²⁵ WAXSE, David J. Cooperation—What Is It and Why Do It?, XVIII RICH. J. L. & TECH. 8 (2012), <http://jolt.richmond.edu/v18i3/article8.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁴²⁶ A reforma do Código de Processo Civil Francês, inspirada pelo relatório COULON, de 1997, também reforçou as ideias de equilíbrio e diálogo entre os sujeitos processuais, conforme aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019).

proceeding”⁴²⁷. Dessa forma, pode concluir-se que, mais do que um direito, a legislação atribuiu um verdadeiro dever às partes para com a administração responsável da Justiça, no sentido de atuar dentro de um parâmetro de conduta que permita a prolação de decisões justas, em tempo razoável e com economia de custos⁴²⁸.

A busca da legislação norte-americana por soluções justas, rápidas e econômicas no âmbito do processo judicial, assim como no Brasil, passa, portanto, pela reconhecida necessidade de que os atores processuais atuem de modo cooperativo, o que deve se dar inclusive no campo instrutório.

A proposição feita neste trabalho vai ao encontro da ideia de cooperação pela busca de um processo justo, célere e econômico. O juiz, ao substituir sua atuação oficiosa em matéria probatória e submeter ao diálogo a necessidade ou não de produção de meio de prova não requerido, acatando eventual negativa das partes, fortalece a participação dos litigantes na condução do processo e prestigia o consenso entre eles havido, deixando de adjudicar decisão acerca do tema, o que legitima a decisão e torna-a mais justa.

Além disso, imprime celeridade ao processo, pois o acertamento das partes acerca de determinado tema previne o manejo de recursos, que naturalmente sobrevém quando há uma decisão adjudicada. Por outro lado, o atuar cooperativo com o respeito ao consenso traz economia ao processo, tanto para as partes como para os cofres públicos, já que o litígio consome tempo e dinheiro dos litigantes e do serviço público.

Vale pontuar que o elevado custo e o retardamento dos julgamentos decorrentes da etapa da *discovery* – que consiste na produção de provas pelas partes – levaram juristas norte-americanos a reunirem-se num grupo de trabalho da *Sedona Conference* em 2008, oportunidade em que elaborou-se a *Cooperation Proclamation*, que buscou desenvolver mecanismos práticos que facilitassem a cooperação no processo civil, em especial na etapa da *discovery*⁴²⁹.

⁴²⁷ Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf. Acesso em 23 ago 2019.

⁴²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 250. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019

⁴²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 244. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

Nas claras palavras de David J. Waxse, “litigation is a method of resolving disputes that is too costly and time consuming for most parties involved”, o que, segundo o autor, foi um claro consenso entre os participantes da *Sedona Conference*⁴³⁰.

A *Cooperation Proclamation* buscou estabelecer uma atuação transparente e sincera não apenas com o juiz, mas entre as próprias partes e seus procuradores, de modo a identificarem verdadeira e prontamente as questões do processo que precisam ser resolvidas de forma assimétrica, por meio de decisão judicial, bem como aquelas que podem ser objeto de consenso⁴³¹.

Nota-se, assim, que, a nosso ver, tanto alguns dos diagnósticos apontados na *Sedona Conference*, como um dos objetivos encartados na *Cooperation Proclamation*, dizem diretamente com a proposição ora tratada neste trabalho, pois a substituição da determinação oficiosa de produção de provas pelo cumprimento dos deveres decorrentes da cooperação contribui para que o processo se desenvolva de forma mais célere, justa e menos dispendiosa.

3.4.3. Portugal

O direito Português foi o primeiro a positivizar o princípio da cooperação de modo expresso no ordenamento processual civil com a redação conferida em 1995 ao art. 266, item 1, do Código de Processo Civil de 1961, que estabelecia⁴³² que “[n]a condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar

⁴³⁰ WAXSE, David J. Cooperation—What Is It and Why Do It?, XVIII RICH. J. L. & TECH. 8 (2012), <http://jolt.richmond.edu/v18i3/article8.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁴³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 245. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁴³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 302. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”
433-434.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira as alterações implementadas na legislação processual portuguesa da década de 60 por meio dos Decretos-Lei 329-A de 1995 e 180 de 1996, tiveram o escopo de adotar como linha mestra do ordenamento adjetivo o princípio da cooperação⁴³⁵.

No que diz respeito ao Código de Processo Civil vigente em Portugal, aprovado pela Lei nº 41/2013, a legislação também tratou expressamente do princípio da cooperação, notadamente em seus em seu art. 7º⁴³⁶, estipulando, ainda, em seu art. 8º⁴³⁷ o dever de boa-

⁴³³ Artigo 266.º Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo. (Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=570&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo= . Acesso em 12 mar 2020).

⁴³⁴ Em relação ao sistema inglês, até hoje aprisionado ao tradicional sistema adversarial (*adversary system*), com o juiz passivamente entronado acima das partes rivais, houve grande passo no caminho à modernidade processual: na *Part 1* do novo *Civil Procedure Rules* de 1998 está estabelecido como mais alto princípio que o juiz e as partes devem colaborar para que se alcance o objetivo de um processo justo, correto e econômico. A tarefa do juiz é, agora, “active case management” – isso significa, por exemplo, ter, nos processos mais importantes, uma *case management conference*, na qual são discutidos com as partes o curso do processo, as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito, sobre as despesas e as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito. É obrigação do julgador trabalhar de modo cooperativo com as partes (GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 129).

⁴³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>. Acesso em 12 de set. de 2019.

⁴³⁶“Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) – Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

⁴³⁷“Artigo 8.º (art.º 266.º-A CPC 1961) – Dever de boa-fé processual

fé processual, cujo conteúdo abrange a observância aos deveres decorrentes da cooperação. Tem-se, assim, que o art. 7º, inciso I, do Código português se consubstancia numa cláusula geral da cooperação expressamente positivada⁴³⁸⁻⁴³⁹.

Vale pontuar que as previsões legais do Código de Processo Civil de 2013 atinentes ao princípio da cooperação (art. 7º, 8º e 417) foram cunhadas quando da reforma processual levada a efeito em 1995 e são reproduções textuais da legislação anterior⁴⁴⁰.

Para Fernando Pereira Rodrigues, “o princípio da cooperação consiste no dever imposto aos magistrados, aos mandatários, às partes e a terceiros intervenientes acidentais no processo de prestarem o seu contributo para que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. Ainda de acordo com o autor, o dever de cooperação do juiz deve ser visto como um poder-dever sob o aspecto do *dever de esclarecimento*, de modo que o julgador deve se esclarecer de toda a matéria de fato e de direito relevante para o julgamento da causa. Dirigem-se também aos juízes os deveres de auxílio, consulta e prevenção⁴⁴¹.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa – para quem o dever de cooperação ou colaboração divide-se em dever de inquisitorialidade, dever de prevenção ou advertência, dever de esclarecimento, dever de consulta e dever de auxílio – o exercício dos deveres cooperativos não é discricionário por parte do julgador e tem também, por uma de suas funções, “assegurar a igualdade de oportunidades das partes e a promover a descoberta da verdade”. Não é por outro motivo que o autor enxerga no dever de cooperação do juiz um

As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”.

⁴³⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 253. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019

⁴³⁹ Ao contrário de grande parte da doutrina portuguesa, que entende que o princípio da cooperação constante do art. 7º, inciso I, do CPC português não é dotado de eficácia normativa direta, não prescindido da edição de normas específicas para sua concretização, Fredie Didier aponta a desnecessidade de previsão normativa expressa de regras específicas para a concretização do postulado. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011).

⁴⁴⁰ RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil - Os Princípios Estruturantes*. Almedina: Coimbra, 2013, p. 104.

⁴⁴¹ RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil - Os Princípios Estruturantes*. Almedina: Coimbra, 2013, pp. 105-106.

caráter assistencial às partes, de modo que elas possam, com completude e amplitude, exercer os direitos decorrentes do princípio dispositivo⁴⁴².

⁴⁴² SOUSA, Miguel Teixeira de. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?

4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ À LUZ DO PROCESSO COOPERATIVO

4.1. Necessária releitura da produção oficiosa de provas pelo órgão julgador

Já se assentou neste trabalho que a verdade real ou absoluta é inalcançável, inatingível e que seu conhecimento não consubstancia, portanto, objetivo do processo judicial, em que pese se buscar por intermédio dele a verdade possível acerca dos fatos⁴⁴³⁻⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷. Por outro lado, estabeleceu-se que as partes – e não apenas o juiz – são destinatárias da prova⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰. A par disso, explicitou-se a saturação ou a não conformação das estruturas tradicionais dos sistemas processuais com as necessidades e anseios atuais da comunidade social e jurídica⁴⁵¹ e foram expostos os princípios basilares do modelo de processo cooperativo.

⁴⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 59

⁴⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 474.

⁴⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁴⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 225.

⁴⁴⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 2015. p. 64.

⁴⁴⁸ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69.

⁴⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 63.

⁴⁵⁰ Nesse sentido o enunciado nº 50 do FPPC: “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função incluir eficazmente na convicção do juiz”.

⁴⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

Dessa forma, firmada também a premissa de que a evolução do ordenamento jurídico processual civil revelou um novo modelo de estruturação do processo⁴⁵², impõe-se analisar, agora sob suas lentes, a iniciativa probatória conferida ao órgão julgador.

De acordo com Reinhard, o papel correto do juiz na condução do processo à luz da cooperação processual impõe-lhe nem uma atuação autoritária nem uma atitude passiva. O juiz deve interagir significativamente com as atividades das partes, de modo a atingir o propósito processual de forma mais fácil, rápida e completa possível. Já no que toca aos litigantes, a cooperação informa que eles não discutam a gestão do processo por meio do juiz, mas que dela efetivamente participem⁴⁵³.

Na Alemanha já se colocou, inclusive, questão atinente ao limite do próprio diálogo havido entre o juiz e as partes. Ou seja, o pressuposto é a existência do diálogo como centro da organização estrutural do processo cooperativo e o estabelecimento de um discurso racional na troca dialética entre o juiz e as partes, a fim de discutir-se a problemática da colocação de limites mesmo nos deveres de esclarecimento e debate, bem assim o reconhecimento de até onde o juiz poderá advertir as partes, sem que a sua imparcialidade seja violada⁴⁵⁴.

Bem pontua a questão Rudolf Wassermann, ao consignar que os deveres do juiz decorrentes do modelo cooperativo de processo pretendem possibilitar que as partes sejam capazes de realizar as suas escolhas no processo de modo adequado, mas não permite que o juiz realize as escolhas por elas. A premissa é a de que as partes somente podem exercer sua liberdade de disposição de direitos quando devidamente instruídas⁴⁵⁵, motivo pelo qual, uma vez tendo o juiz cumprido os deveres decorrentes da cooperação, não nos parece que há campo interpretativo que possibilite a sobreposição de sua vontade à das partes quanto à determinação da produção de determinado meio probatório, ressalvadas as exceções postas neste trabalho (item 4.10 infra).

⁴⁵² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 151.

⁴⁵³ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 125.

⁴⁵⁴ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 89.

⁴⁵⁵ WASSERMANN, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978, pp.118-119, *apud* KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 90.

Dessa forma, o órgão julgador, de modo subsidiário e supletivo, em vez de determinar a produção oficiosa de determinada prova, deve cumprir os deveres processuais cooperativos, identificando a matéria fática ou de direito que, a seu sentir, não restou suficientemente comprovada nos autos, e, assim, instar os litigantes a se manifestarem sobre a necessidade de complementação probatória.

A análise da iniciativa probatória do juiz sob a perspectiva da novel forma cooperativa de estruturação do processo leva, portanto, à conclusão da incompatibilidade da ordenação de ofício de provas pelo julgador, contra o desejo dos litigantes, com tal modelo de organização processual. A ordenação *ex officio* de produção de provas pelo órgão julgador deve, no âmbito do processo cooperativo, ser substituída pelo exercício de deveres impostos ao juiz que defluem justamente de tal modelo, bem assim da incidência do princípio cooperação.

Sobrevindo percepção por parte do julgador de carência probatória quanto a ponto reputado relevante para o acertamento da causa, deverá o juiz provocar as partes registrando a lacuna encontrada, que poderá ou não ser acompanhada da indicação do meio de prova que, a seu sentir, se revele melhor adequado a supri-la.

Uma vez instadas as partes, apenas em caso de requerimento formulado por uma ou ambas, o órgão julgador, então, determinará a produção do meio probatório por uma ou por ambas indicado. Não havendo, contudo, requerimento formulado por qualquer das partes mesmo após o cumprimento, pelo juiz, de seus deveres decorrentes do modelo cooperativo de processo, fecha-se a via, ao órgão julgador, para a determinação oficiosa da produção da prova.

Isso porque não havendo protagonistas ou protagonismos no processo cooperativo, mas sim um equilíbrio na condução cooperativa do feito por todos os sujeitos processuais⁴⁵⁶, não há mais como conformar a sobreposição da atuação probatória do julgador em detrimento da expressa vontade dos litigantes. Não há mais verticalidade na relação processual, mas horizontalidade⁴⁵⁷ durante a condução do processo, que apenas tem momentos de assimetria quando da prolação de decisões interlocutórias acerca de questões processuais ou materiais da causa ou da sentença.

⁴⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1676027/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, REPDJe 19/12/2017, DJe 11/10/2017.

⁴⁵⁷ WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 251.

Na hipótese ora exposta, é bem verdade que a decisão que determina a produção de meio de prova contra a vontade das partes é típica decisão interlocutória acerca de questão de direito processual, ou seja, exemplo claro de necessária assimetria na condução do processo, mesmo no âmbito do processo cooperativo.

Contudo, deve-se ter em mira que, ao sobrepor-se à vontade expressa dos litigantes em matéria instrutória, o julgador não atuará de modo a dirimir qualquer ponto controvertido entre as partes, e, conforme será demonstrado, o conteúdo de tal decisão não se sustenta, sendo certo que a substituição da determinação oficiosa de prova pelo julgador pelo cumprimento de deveres cooperativos revela-se mais consentânea com uma conformação processual simétrica na condução do processo feita pelo julgador com as partes⁴⁵⁸ e observadora dos princípios que fundamentam o processo cooperativo, pois valoriza o contraditório e o respeito ao autorregramento da vontade, conferindo, por fim, legitimidade ao procedimento e à decisão⁴⁵⁹.

Além disso, o exercício dos deveres decorrentes da cooperação por parte do juiz permite maior possibilidade de controle dos poderes instrutórios do órgão julgador e se caracteriza como ponto médio a conformar argumentos publicistas e privatistas historicamente cunhados com o escopo de defender ou criticar a iniciativa probatória do órgão julgador, contribuindo, ainda, para a efetividade e a celeridade processuais.

Por fim, uma vez revista a concepção dos destinatários das provas e não subsistindo a vinculação para prolação de sentença do julgador que instrui o feito, torna-se potencialmente estéril a determinação de produção oficiosa de prova, pois não há garantia de que o julgador que notou a carência probatória venha a apreciá-la quando do julgamento.

4.2. Da identificação dos deveres decorrentes da cooperação que devem ser exercidos pelo órgão julgador em substituição à determinação oficiosa de produção de provas

⁴⁵⁸ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 64.

⁴⁵⁹ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-32.

Dentre os quatro deveres apontados pela doutrina como dirigidos ao órgão julgador decorrentes do modelo cooperativo de processo⁴⁶⁰, cumpre definir qual é aquele ou quais são aqueles que efetivamente substituem a determinação oficiosa de provas pelo julgador para os fins ora propostos.

De início, é possível inferir que o órgão julgador exercitaria seu *dever de consultar* as partes. Isso porque, partindo do magistrado a explicitação de lacuna probatória e da necessidade de produção de outro meio probatório não requerido pelas partes, deve o juiz, à luz do art. 10 do CPC/2015, ouvi-las previamente por se tratar de matéria nova sobre a qual decidirá de forma intercorrente, sendo certo que o princípio do contraditório se espraia por todo o procedimento e, por consequência, tem lugar em todos os pronunciamentos judiciais adotados no processo e, não apenas, no que tange à decisão final de mérito⁴⁶¹.

Ademais, nos termos ora propostos, será necessária a realização da consulta às partes, já que qualquer delas deverá formular requerimento para a produção de meio de prova diante da lacuna indicada pelo julgador.

Verifica-se, ainda, a presença do cumprimento do *dever de esclarecimento*, pois, de acordo com a postura do órgão judicial que se propõe, ele acabará por dialogar com as partes acerca do material probatório já constante dos autos ao indicar que determinado fato não fora comprovado, dando azo a eventuais esclarecimentos delas oriundos.

Tal dever de esclarecimento deve ser cumprido, de acordo com o que ora se propõe, no espectro do §139 da ZPO, que prevê que o órgão julgador incitará as partes a complementar o material probatório⁴⁶². Cumpre recolocar que Greger⁴⁶³ e Wassermann⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009, p. 33.

⁴⁶¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 71.

⁴⁶² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 371.

⁴⁶³ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (Trad. Ronaldo Kochem). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 126.

⁴⁶⁴ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016, p. 89-90.

nomeiam tal dever cooperativo do órgão julgador como dever de indicação e não de esclarecimento.

Pode-se ter presente ainda, nos moldes de postura proposta para o órgão julgador, a incidência do *dever de prevenção* sob o aspecto da sugestão de certa atuação da parte⁴⁶⁵. Afinal, não se pode negar que o órgão julgador, ao efetivar o diálogo com as partes acerca da lacuna probatória que lhe parece constante dos autos, culmine por sugerir atuação delas no sentido de complementar o material probatório até então aportado ao processo, evitando eventual frustração do exame do direito material⁴⁶⁶.

Por fim, inegável que o juiz também exercitará o dever de *auxílio* ao estabelecer comunicação com as partes acerca do material probatório com a consequente indicação da lacuna probatória, já que culminará por permitir a eliminação de obstáculo que impeça uma delas de exercer a faculdade processual de se desincumbir do ônus da prova que lhe fora atribuído.

Dessa forma, o órgão julgador, em cumprimento aos deveres cooperativos de consulta, esclarecimento, prevenção e auxílio, deve, nos termos que ora se propõem, provocar as partes a se manifestarem acerca da lacuna probatória, que, a seu ver, consta dos autos, de modo que tal conduta supra e substitua a determinação oficiosa de produção de provas.

4.2.1. Do caráter subsidiário do exercício dos deveres decorrentes da cooperação em substituição à determinação oficiosa de produção de provas

Ponto comum e de consenso na doutrina se reflete na nota de subsidiariedade que há na iniciativa probatória oficial no processo civil. Leonardo Greco, em menção a José Alfredo de Oliveira Baracho, pontua que a salutar qualidade subsidiária na intervenção estatal em qualquer área é exigência da flexibilidade e de equilíbrio e “evita os excessos das ingerências

⁴⁶⁵SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudo sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66.

⁴⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

e as lacunas da não-ingerência”. A subsidiariedade serviria a suprir as fraquezas dos indivíduos, colocando-se como meio termo entre o Estado liberal e o Estado-providência⁴⁶⁷.

Para Michele Taruffo, que defende a possibilidade de atuação probatória oficiosa do órgão julgador, seus poderes instrutórios configuram-se como puramente supletivos e integrativos com papel inteiramente secundário ou marginal no campo probatório, de modo que o juiz apenas atuará “cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos”⁴⁶⁸.

Ainda para Leonardo Greco, admitida a possibilidade de iniciativa probatória do juiz, ela deve se dar de forma subsidiária, para suprir as deficiências das partes, equalizar as desigualdades processuais e, em especial, contornar o abismo de comunicação existente entre partes e juiz nos modelos tradicionais de conformação do processo⁴⁶⁹. Noutras palavras, deve-se atribuir destaque ao princípio dispositivo sem aniquilar a iniciativa oficiosa subsidiária do julgador, em especial no âmbito de processos que versem interesses indisponíveis e em litígios com partes acentuadamente desiguais⁴⁷⁰.

Implementada a substituição da iniciativa probatória oficiosa pelo exercício dos deveres processuais decorrentes da cooperação, tal postura do julgador teria o mesmo caráter subsidiário conferido à atuação substituída. É dizer, o diálogo processual esperado e estimulado no processo cooperativo e concretizado por meio do cumprimento dos deveres dele decorrentes, no que diz respeito à atuação estatal no campo probatório, terá lugar após a ampla atividade das partes. Esse diálogo humano entre os atores processuais tem o condão de, inclusive, permitir ao juiz “mais bem avaliar a necessidade da sua própria iniciativa”⁴⁷¹.

O julgador, então, em vez de, subsidiariamente, determinar a produção de provas de ofício, instará as partes, também de forma subsidiária, a manifestar-se acerca de lacuna por

⁴⁶⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 39.

⁴⁶⁸ TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 84.

⁴⁶⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 40.

⁴⁷⁰ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

⁴⁷¹ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – primeira parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 67. fev-2015.

ele apontada e a seu juízo existente e da conseqüente necessidade ou não de produção de outro meio de prova. Não requerida pelas partes a produção de outro meio de prova, tendo ambas apontado sua desnecessidade, o juiz não poderá determinar sua produção de ofício.

O exercício dos deveres decorrentes do processo cooperativo deve ser, então, subsidiário em relação à atividade probatória das partes, e seria desempenhado e desenvolvido de modo a evitar a incompletude da prova e a permanência da dúvida, antecedendo a aplicação das regras de julgamento que versam sobre o ônus da prova⁴⁷². O momento processual para explicitação da indicação subsidiária às partes pelo julgador acerca de eventual meio de prova cuja produção não fora requerida será melhor delineado à frente (tópico 4.11).

4.3. Maior legitimação decorrente do exercício dos deveres da cooperação

Como já visto, o modelo cooperativo de processo funda-se na recolocação de uma comunidade de trabalho sob uma perspectiva policêntrica e coparticipativa, que afasta o protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais⁴⁷³. Revela-se, assim, instrumento de obtenção de decisões que sejam fruto de reflexão compartilhada, após a participação, o diálogo e o debate pelos sujeitos do processo e, quando possível, de decisões que reflitam o resultado de acordos celebrados pelos litigantes, sem prejuízo de reduzir surpresas e frustrações de expectativas das partes⁴⁷⁴.

Os influxos da cooperação no modelo de processo conduzem à conclusão, portanto, de que qualquer decisão judicial se torna mais legítima quando submetida ao debate prévio das partes, bem assim quando leva em conta a vontade por elas exprimida, até porque, “é a

⁴⁷² GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102-103.

⁴⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

⁴⁷⁴ GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009, p. 50.

garantia dessa participação que confere legitimidade democrática ao poder que a lei confere aos juízes”⁴⁷⁵.

Assim, a prolação de decisão assimétrica que diga com a realização de meio probatório, no bojo da condução do processo e em confronto com a vontade dos litigantes revela-se impregnada de déficit de legitimidade. E assim o é porque o Poder Judiciário, em decorrência da concepção política da democracia participativa, deve ser institucionalmente um *locus* e um polo do debate democrático⁴⁷⁶, no bojo do qual, a nosso sentir, o protagonismo é da sociedade, representada, no processo, pelas partes.

Isso porque o processo cooperativo se desenvolve de forma simétrica entre os sujeitos processuais – partes e juiz – tornando-se assimétrico apenas quando da prolação da sentença⁴⁷⁷ e de decisões interlocutórias. E justamente o respeito a tal simetria na condução do processo, realizada em contraditório e mediante atitude cooperativa das partes e do juiz confere e, *a fortiori*, fortalece a legitimação do procedimento e da decisão judicial tomada ao final⁴⁷⁸.

Na linha da simetria dos sujeitos processuais – juiz e partes – Antônio do Passo Cabral aponta que o magistrado deve se ver como um “polo difusor dos estímulos comunicativos dos demais sujeitos processuais”. Ou seja, o juiz não seria um centro único do qual partem e para o qual se direcionam os condicionamentos, mas sim um núcleo que propaga ideias e as compartilha com os demais sujeitos processuais a fim de alcançar em conjunto uma solução para a causa⁴⁷⁹.

Assim, o juiz era tido como o vetor processual que, desde o início do século XX, fazia com que a carga argumentativa resultante da dialeticidade exclusiva das partes

⁴⁷⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, 2014, p. 587. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 15 abr. 2020.

⁴⁷⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago, 2017, p. 504.

⁴⁷⁷ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 64.

⁴⁷⁸ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-32.

⁴⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

caminhasse em sentido centrípeto. Com o advento do novo modelo de processo e com a inclusão do órgão julgador no plano do diálogo, a mesma carga agora é composta por parcela de dialeticidade também exposta pelo juiz e, de modo a favorecer o diálogo, deve ser difundida por força centrífuga, compartilhando-se as relações intersubjetivas igualmente entre todos os sujeitos processuais.

No sentido do reforço da maior legitimidade da decisão em razão da observância dos deveres cooperativos do processo, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do dever judicial de consulta, consignou que incumbe aos tribunais “assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como também de democratização do processo e de legitimação decisória”⁴⁸⁰.

Imagine-se a seguinte situação: em demanda em que se discute a atribuição de responsabilidade civil por acidente automobilístico em via pública, autor e réu arrolam, cada um, duas testemunhas absolutamente desinteressadas (pedestres que passavam no local). Ambas as testemunhas arroladas por cada um dos litigantes atribuem ao outro a prática de conduta imprudente e, portanto, a qualidade de responsável pelo acidente e pelos danos daí decorrentes. Não convencido de nenhuma das versões, dois anos após a distribuição do processo, o juiz determina ao oficial de justiça que compareça ao estabelecimento comercial na esquina do local dos fatos e tome nota dos funcionários que, dois anos antes, lá trabalhavam e, por ventura, estavam no dia e hora do acidente. Cumprido o mandado dois meses após a decisão, é designada audiência para dali a outros sessenta dias. Com o retorno frustrado dos mandados, as partes nada requerem e o juiz determina a realização de diligências a fim de localizar novos endereços dos funcionários identificados. Tudo feito, em noventa dias outra audiência é realizada. Duas das testemunhas do juízo aparecem; a terceira não foi intimada da data da audiência. Uma das testemunhas nada acrescentou, pois não se recordava dos fatos. A outra, ouvida dois anos e sete meses após o acidente, atribui ao autor a responsabilidade pelo acidente. Sobrevém sentença de improcedência dos pedidos formulados, tendo por base a prova oral colhida em juízo.

Indaga-se: é legítima a sentença sob o prisma de participação dos litigantes na condução do processo? Sob o aspecto da democratização do procedimento? Sob as lentes do modelo cooperativo de processo? Não seria melhor que o julgador tivesse iniciado o diálogo

⁴⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1676027/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, REPDJe 19/12/2017, DJe 11/10/2017.

com as partes, apontando a aludida lacuna probatória? Uma delas poderia até mencionar o estabelecimento comercial e requerer a intimação de quem lá estivesse quando da ocorrência dos fatos. Outra poderia fornecer uma sexta testemunha até então também desconhecida, ou, ainda, atentar o juiz para o fato de que houve uma referência a uma sétima pessoa num dos depoimentos colhidos. Ou, quem sabe, ambas poderiam afirmar-se satisfeitas com o material probatório e requerer o julgamento, em especial em razão do decurso do tempo. O resultado poderia até ser o mesmo – improcedência dos pedidos formulados – mas, certamente, o cumprimento dos deveres cooperativos pelo julgador legitimaria a decisão tomada.

Tomando de empréstimo a expressão de Michele Taruffo o sistema ora proposto serviria como uma “interconexão de freios e contrapesos”⁴⁸¹ na condução do processo entre o direito de participação das partes e o papel instrutório do juiz.

A cooperação no âmbito do processo encontra, assim, função legitimadora na medida em que as partes têm presença ativa no controle dos poderes do órgão julgador, de modo a favorecer o processo dialógico. A legitimação decorrente do modelo cooperativo advém, portanto, não apenas da possibilidade de efetiva influência no resultado a ser obtido, mas também no próprio desenvolvimento do processo; ou seja, influência na forma de acordo com a qual o resultado será obtido⁴⁸², que se traduz, por exemplo, nos meios probatórios empregados.

⁴⁸¹ TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 85. Necesário pontuar que Michele Taruffo se valeu de tal expressão ao defender ideias que divergem da proposta deste trabalho. Para o autor, não há discrepância entre a maximização de um papel ativo do julgador e o fortalecimento das garantias processuais das partes. Para ele, a busca da verdade, como um propósito importante do litígio civil, deveria ensejar, ao mesmo tempo, a exacerbação das garantias processuais das partes e do papel instrutório do juiz, a fim de se encontrar toda a prova relevante para o caso. No exemplo de Taruffo de sua “interconexión de frenos y contrapesos”, “un poder amplio de investigación por parte del tribunal podría ser contrapesado (no limitado) por la plena oportunidad de las partes para presentar toda su prueba, para discutir y contraargumentar acerca de la relevancia, admisibilidad y valor probatorio de la prueba reunida por el tribunal por propia iniciativa, y para presentar prueba contraria enfocada a destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba reunida por el tribunal. De esta manera, la investigación llevada a cabo de oficio por el tribunal podría ser adecuadamente combinada con una posibilidad plena para las partes de desarrollar sus propias defensas acerca de los hechos del caso, a la vista del propósito global de conseguir la más completa y fidedigna reconstrucción de los hechos” (TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 86).

⁴⁸² GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009, p. 51.

4.4. Maior possibilidade de controle dos poderes instrutórios do órgão julgador

Tanto em casos de posturas comissivas como omissivas no exercício dos poderes instrutórios por parte do órgão julgador, pode se observar eventual abuso ou descontrole do arbítrio judicial, cujo controle pelas partes é extremamente dificultoso, em especial em razão da ausência de padrões decisórios e da nota de ampla discricionariedade que se atribui ao exercício ou não de tais poderes⁴⁸³.

Consoante já exposto no item 2.4.3 supra, a nota marcante de discricionariedade do juiz no âmbito do exercício de seus poderes instrutórios legalmente conferidos é estimulada pela jurisprudência, que afirma, antes e depois do CPC/2015, 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”⁴⁸⁴.

Assim, o exercício eletivo dos poderes instrutórios pelo juiz pode ensejar atitudes diametralmente opostas em situações fático-processuais idênticas, tornando a iniciativa probatória uma “*roleta processual*”. Isso porque, dada a qualidade absolutamente discricionária do exercício dos poderes instrutórios do juiz, é impossível controlar sua postura nos diferentes casos submetidos a julgamento, ou seja, poderá o julgador aplicar a técnica de julgamento do ônus da prova em determinado feito e, em outro idêntico, exercer a faculdade que a lei lhe atribui de determinar a produção de meio probatório a fim de suprir lacuna processual⁴⁸⁵.

Robson Godinho expressa e resume as inquietações quanto ao controle dos poderes instrutórios do juiz em passagem que nos permitimos transcrever:

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial será absoluto e o arbítrio, coonestado; se for considerada um dever, ou um poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos,

⁴⁸³ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

⁴⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 332.142/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 09/12/2014.

⁴⁸⁵ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão de que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser parcialmente sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses⁴⁸⁶.

Proposta a substituição da determinação de produção de provas *ex officio* pelo exercício de deveres decorrentes da cooperação por parte do órgão julgador, nos parece que há maior espaço para controle dos poderes instrutórios do juiz pelas partes.

A nota de discricionariedade do exercício do poder instrutório seria substituída pela necessidade de exercício dos deveres decorrentes da cooperação atribuídos ao órgão julgador. Seria padronizada, portanto, não a iniciativa probatória do juiz, mas sim sua necessária postura cooperativa e colaborativa à luz da nova estruturação de processo que se colocou.

O controle da atividade judicial se tornaria assim mais palatável, diante da possibilidade de impugnação de sentença proferida sem que lhe tenha antecedido o exercício pelo juiz dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção no âmbito probatório. Noutras palavras, a substituição da atuação do julgador ora proposta culmina por subtrair do processo judicial a possibilidade de atuação puramente discricionária do juiz, colocando-se, em seu lugar, o necessário exercício de deveres decorrentes da forma cooperativa de processo adotada pela legislação.

Parece-nos objetivamente mais fácil o controle do exercício de deveres por um dos atores processuais do que a fiscalização de eventual atuar ou não atuar lastreado em mera discricionariedade fundada em premissas já ressignificadas por esse trabalho (v.g. destinatário da prova, função do processo, busca da verdade real).

Não são poucos os julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça que vêm reconhecendo violações à legislação federal pelo não cumprimento pelos julgadores dos deveres decorrentes da cooperação processual, o que revela uma real possibilidade de efetivo controle judicial em tal seara.

Nos autos do Recurso Especial nº 1.819.062/RJ, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso interposto para anular o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em razão da fundamentação exposta de forma deficiente. Para o

⁴⁸⁶GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98-99.

Superior Tribunal de Justiça, o princípio da cooperação impõe ao julgador “o dever de enfrentar todas as questões capazes de, por si sós e em tese, infirmar as conclusões alcançadas acerca dos pedidos formulados pelas partes, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida (art. 489, § 1º, IV)”⁴⁸⁷.

Quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.676.027//PR, o Superior Tribunal de Justiça anulou acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região sob o fundamento de que foi violado o dever judicial de consulta decorrente da cooperação processual. Nos termos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, “a cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015”, tendo sido tal fundamento determinante para a anulação do julgamento anterior, inclusive a título de “efeito pedagógico”⁴⁸⁸.

Ao dar provimento aos embargos de declaração opostos no agravo regimental no Recurso Especial n.º 1.394.902/MA, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade de julgamento por ela própria levado a efeito em momento anterior. Na hipótese analisada, reconheceu-se como dever do órgão julgador não retomar na mesma sessão então iniciada o julgamento de recurso cujo adiamento havia sido sinalizado aos advogados. Tal dever seria decorrente do sistema cooperativo de processo “no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado do litígio”⁴⁸⁹.

Ou seja, o controle da atividade judicial em campo que sempre se revelou de domínio quase absoluto do julgador acaba por ser mais palpável quando se tem presente a necessidade de cumprimento de deveres por parte do juiz em detrimento de mera faculdade que lhe era dada de determinar ou não a produção de certo meio de prova. A demonstração do *prejuízo* à parte – necessária que é ao reconhecimento da nulidade do ato processual contestado⁴⁹⁰ – também, a nosso ver, é facilitada.

⁴⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1819062/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 13/02/2020).

⁴⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1676027/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, REPDJe 19/12/2017, DJe 11/10/2017.

⁴⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1394902/MA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016.

⁴⁹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional de Processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Teoria do processo panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 248.

Tenha-se presente demanda de natureza indenizatória em que autor e réu controvertem acerca da responsabilidade civil de um acidente automobilístico. Ambas as partes produzem prova documental com fotografias e vídeos do momento do acidente, além de arrolarem testemunhas. Após a audiência de instrução, o julgador determina a produção de prova pericial no local do acidente para averiguação dos ângulos de visão de cada ponto dos automóveis no momento em que passavam pelo cruzamento de vias, bem assim nos semáforos existentes, a fim de verificar seu correto funcionamento e sua sincronia. Ambas as partes, que controvertem há 4 anos acerca da responsabilidade civil pelos danos materiais da ordem de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), afirmam em uníssono a dispensabilidade do referido meio de prova, requerendo o julgamento do feito.

Mantendo o julgador a determinação do meio de prova pericial, a nosso sentir, resta caracterizado tanto um erro de procedimento por violação ao cumprimento dos deveres decorrentes do modelo cooperativo de processo como um erro de julgamento, em razão da negativa de eficácia a um negócio jurídico processual (*vide* itens 4.5 e 4.5.1. *infra*). O prejuízo às partes também salta aos olhos, já que, subsistindo a decisão proferida, para além de custearem a produção de meio de prova não desejado, terão de aguardar por tempo indeterminado para a esperada solução do litígio⁴⁹¹.

Até mesmo na hipótese de conduta omissiva do julgador também parece-nos haver maior facilidade para o controle judicial. Imagine-se que, após regular instrução probatória em outra demanda indenizatória, dessa vez proposta em razão de erro médico, sobreveio sentença de improcedência dos pedidos formulados por ausência de provas constitutivas do direito do autor. Como fundamento, consignou o juiz que os documentos referentes às internações hospitalares e cirurgias realizadas, que foram juntados aos autos pela parte autora, ao contrário do que fora alegado na petição inicial, não foram suficientes a demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do cirurgião e o resultado danoso. Para o

⁴⁹¹ Nessa hipótese, parece-nos acertado o apontamento feito por Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. no sentido do cabimento do recurso de agravo por instrumento tirado contra decisão que nega eficácia a negócio processual (CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8, 2015, p. 185). Ademais, a hipótese se amolda à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do Recurso Especial nº 1.704.520-MT, julgado sob a sistemática de repetitivo por sua Corte Especial, decidiu pela natureza taxativa mitigada do rol do art. 1.015 do CPC, de modo a abranger a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

jugador, mostrava-se necessária a produção de prova pericial para comprovação do nexo de causalidade.

Entendendo-se que o juiz tem amplo poder instrutório, no qual se insere a possibilidade de determinar ou não a produção de meio de prova não requerido pela parte, resta inviável a demonstração de prejuízo. No caso proposto, a parte produziu a prova que desejava e não requereu a produção de outros meios de prova. O *prejuízo* sofrido foi apenas o julgamento da causa contra seus interesses, o que pode ensejar a reforma da sentença, mas não a sua anulação com posterior possibilidade de produção do meio de prova tido por necessário pelo julgador.

Contudo, admitindo-se que, em razão do modelo cooperativo de processo, o juiz deveria cumprir os deveres que dele decorrem ao observar lacuna probatória quanto a ponto relevante para o acertamento da causa e, por consequência, instar as partes a se manifestarem acerca da carência observada, o não cumprimento dos aludidos deveres aliado à improcedência dos pedidos formulados parece-nos *prejuízo* claro ao autor da demanda, atrelado a erro de procedimento do julgador.

Por fim, com um julgador paritário às partes na condução do processo e com diálogo aberto à determinação e delimitação da atividade probatória afasta-se da ideia de destinatário único e exclusivo do material probatório, bem assim de uma justificação apenas interna a título de valoração da prova para seu livre convencimento. Com o julgador atuando em verdadeira rede de trabalho na instrução e revelando-se apenas assimétrico quando das decisões interlocutórias e da sentença, a tendência é a explicitação da análise probatória de forma mais objetiva e menos individualista, proporcionando maior possibilidade de controle dos fundamentos da decisão judicial⁴⁹².

4.5. Respeito à vontade das partes

O respeito à manifestação da vontade dos litigantes também resta valorizado em decorrência da substituição da determinação oficiosa de produção da prova pelo exercício

⁴⁹² RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 129.

dos deveres cooperativos de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção por parte do órgão julgador.

Para Fredie Didier Jr., o respeito à vontade das partes foi alçado à categoria de princípio com o advento do CPC/2015 – princípio do respeito ao autorregramento no processo – e, como visto, serve como fundamento ao modelo de processo cooperativo⁴⁹³. O respeito à vontade das partes decorreria, portanto, da garantia fundamental da liberdade (CRFB, art. 5º, *caput*), fundamento do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual seria descabido limitar de forma desmedida a liberdade no âmbito do processo jurisdicional, que é verdadeiro método de exercício do poder estatal⁴⁹⁴.

Loïc Cadiet registra que a contradição entre processo e acordo é apenas aparente, fruto ao menos de um erro de perspectiva, já que as convenções relativas ao processo não são novas, mas se inserem numa tradição de contratualização em matéria de regramento dos conflitos⁴⁹⁵. No mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral assinala que a possibilidade de contratualização do direito processual e o novo modelo cooperativo de processo evidenciam que *processo e acordo* podem ser conceitos convergentes e complementares⁴⁹⁶.

Além disso, se se enaltecem os meios adequados de solução de controvérsias, sob o argumento de que a melhor solução é aquela dada pelos próprios envolvidos na causa, já que seriam eles os melhores juízes, tudo em detrimento de uma solução adjudicada, imposta e que não pacifica verdadeiramente o conflito⁴⁹⁷, o que justifica a imposição de produção de um meio de prova não desejado?

As partes são os melhores juízes de sua causa quando compõem entre si a controvérsia, mas deixam de sê-lo porque submetem a divergência a um terceiro? A solução consensual do conflito é sempre mais indicada, pois não põe apenas fim ao processo, mas

⁴⁹³DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156.

⁴⁹⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 164.

⁴⁹⁵ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, jun 2008, v. 160, p. 62.

⁴⁹⁶CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 189.

⁴⁹⁷CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 185.

também ao “problema”, pacificando de fato a relação. Mas melhor será a decisão adjudicada após a produção de um meio de prova imposto?

Robson Godinho, em intensa crítica ao que denomina de exacerbado publicismo, afirma que a autonomia privada é destinatária, no processo civil estatal, de “uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante”, quase como se as partes renunciassem à sua liberdade jurídica após o início do processo⁴⁹⁸.

Ademais, traçado o modelo cooperativo de processo pelo CPC/2015, regido pelo contraditório participativo com efetivo grau de influência das partes, pela boa-fé e pela cooperação, as soluções dialogadas e colaborativas devem ser fomentadas, dentre as quais se incluem as soluções convencionadas pelas partes⁴⁹⁹. Até porque, de acordo com Loïc Cadiet, o fomento às convenções processuais pode contribuir para facilitar a aceitação da atividade jurisdicional e para promover uma Justiça mais democrática, com uma atuação estatal mais próxima da moderação e de mediação⁵⁰⁰, o que se coaduna com a ideia de processo cooperativo e de respeito à vontade dos litigantes.

4.5.1. Da possibilidade de convenção processual sobre matéria probatória

O CPC/2015 trouxe, em seu art. 190⁵⁰¹, verdadeira cláusula geral de convencionalidade processual, permitindo a celebração de acordos processuais atípicos e, assim, avançou sobremaneira no tema afeto às convenções processuais⁵⁰², que, para Leonardo Greco, podem ser definidas como “todos os atos bilaterais praticados no curso do

⁴⁰³ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112.

⁴⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 187.

⁵⁰⁰ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, jun 2008, v. 160, p. 73.

⁵⁰¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

⁵⁰² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 164.

processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes”⁵⁰³.

Já Antônio do Passo Cabral define convenção processual como negócio jurídico processual plurilateral que pode ser celebrado durante o processo, com o escopo de alterar o procedimento, determinar a criação, extinção ou modificação de situações jurídicas processuais, sem a intervenção de outro sujeito processual⁵⁰⁴.

A criação de uma cláusula geral de convencionalidade valoriza, via de consequência, a autonomia privada no âmbito do processo civil⁵⁰⁵, pois a manifestação da vontade dos litigantes com consequente autorregramento formal, impõe limites ao juiz na condução do processo, bem como ao impulso oficial⁵⁰⁶.

Não há dúvidas, assim, de que a cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 acentua o papel das partes na condução do processo na medida em que limita os poderes oficiosos do órgão julgador. Tal acentuação é consentânea com o modelo cooperativo de processo, que preza pela participação e colaboração na condução do feito e vai ao encontro de um reequilíbrio das relações dos sujeitos processuais⁵⁰⁷, tornando-os mais participativos em decorrência da ativa cooperação entre juiz e partes⁵⁰⁸.

As convenções processuais, portanto, se inserem na complexa equação que busca diagramar de forma harmônica a autonomia privada e a dimensão pública do processo⁵⁰⁹, de modo que admitir a possibilidade de convenções processuais não importa em retorno à fase

⁵⁰³GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007.

⁵⁰⁴CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 74.

⁵⁰⁵GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

⁵⁰⁶CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 161.

⁵⁰⁷VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 175.

⁵⁰⁸ WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 258.

⁵⁰⁹GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

absolutamente privatista do processo – em que se o via como coisa das partes – mas sim em ter presente que há maturidade suficiente para aceitar a coexistência e a convivência harmônica e coordenada de interesses públicos e privados no processo⁵¹⁰, “contribuindo no resgate pelos cidadãos da autonomia individual entregue nas mãos do Estado”⁵¹¹.

Assim como a cooperação e a boa-fé entre partes e juiz atuam no processo de modo a conformar e equilibrar a liberdade dos litigantes e as prerrogativas do órgão julgador⁵¹², a autonomia privada também não se traduz em poder absoluto e ilimitado, mas sim na possibilidade de que o indivíduo regule as relações jurídicas que vier a travar pelo exercício da sua própria vontade, desde que conformada tal regulação pelo balizamento normativo existente⁵¹³.

Talvez o balizamento normativo que mais suscite dúvidas acerca do grau de limitação no exercício da vontade das partes seja aquele inerente à interferência das convenções processuais nas prerrogativas do órgão julgador na condução do processo⁵¹⁴.

Ocorre que, dado o caráter dinâmico e complexo da relação jurídica processual, é absolutamente improvável que uma convenção processual, ainda que restrita às posições jurídicas das partes, não interfira nos poderes do juiz, de modo que a intangibilidade de tais poderes não pode ser, *per si*, uma limitação às convenções. Afinal, o poder do juiz de decidir imperativamente não deve ser visto como uma expressão estatal estéril, de poder pelo poder, que enseja a ideia – objetada pelo modelo cooperativo de processo – de que o órgão julgador possui prerrogativa absoluta na condução do processo⁵¹⁵.

Assim, quais os limites da convencionalidade assentados na doutrina?

⁵¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 164.

⁵¹¹ GABRIEL, Anderson de Paiva, VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. A contribuição das convenções processuais para a transformação da cultura do litígio e as diretrizes gerais de interpretação e controle. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 12, v. 19, n. 3, set a dez 2018, p.72.

⁵¹² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 170.

⁵¹³ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

⁵¹⁴ VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 178.

⁵¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 246.

O próprio art. 190, *caput*, do CPC/2015 prevê que, para a validade da convenção processual, as partes devem ser plenamente capazes e o processo deve versar sobre direitos que admitem autocomposição. Dentre os direitos que admitem autocomposição, contudo, estão os direitos disponíveis e uma gama de direitos indisponíveis, cuja intensidade da nota de indisponibilidade assim permita⁵¹⁶.

Os atos de disposição no direito processual consubstanciados na convenção processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material, como, por exemplo, renúncia a direitos materiais irrenunciáveis. Contudo, como regra, a indisponibilidade do direito material, por si só, não impede a celebração de negócio jurídico processual⁵¹⁷, nos termos do enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵¹⁸.

Ou seja, não é vedado aos titulares de direitos indisponíveis a prática de atos de disposição, o que se lhes veda é a prática de ato que, direta ou indiretamente, possa prejudicar ou dificultar a tutela daqueles direitos⁵¹⁹.

Para Flávio Luiz Yarshell, limitações bilaterais e substancialmente isonômicas devem ser admitidas pelo juiz, desde que se preservem a paridade de armas e a igualdade substancial entre as partes, até porque, não se pode transformar o processo numa espécie de meio indisponível de solução de controvérsias, negando-se seu caráter instrumental. Se as partes podem transigir no plano material seria incoerente impedi-las de fazê-lo com posições emergentes na relação processual⁵²⁰.

Já Leonardo Greco vincula a três fatores o traço limitador entre os poderes do juiz e a autonomia das partes: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa;

⁵¹⁶VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 244.

⁵¹⁷CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 342.

⁵¹⁸ Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)”.

⁵¹⁹GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007, p. 10.

⁵²⁰YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 244-245.

e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito⁵²¹.

Antônio do Passo Cabral sustenta que a convencionalidade encontra limites (i) nas hipóteses em que o ordenamento jurídico prevê reserva de lei para o tema (ex: tipicidade recursal); (ii) nos deveres derivados da boa-fé processual e da cooperação (ex: acordos processuais imbuídos de dolo ou simulação); (iii) na falta de isonomia entre as partes; (iv) na impossibilidade de transferência ao Judiciário ou a terceiros de externalidades, transferindo-lhes os impactos financeiros da litigância⁵²².

Tendo em conta que o tema afeto às convenções processuais é extensíssimo, cumpre restringi-lo ao âmbito de interesse deste trabalho: é possível que as partes celebrem convenção processual e renunciem à produção de determinado meio de prova?

Para Leonardo Greco são admissíveis convenções probatórias, desde que o direito material em debate seja disponível. Contudo, o autor ressalva a impossibilidade de as partes interferirem no poder instrutório do juiz, que não poderia ser tolhido em seu livre convencimento nem limitado em seu poder de, de ofício, determinar a produção de provas para a investigação da verdade⁵²³.

No mesmo sentido, Joan Picó I Junoy pontua que não é possível realizar-se uma convenção prévia ao litígio atinente à renúncia de um meio de prova, dado o aspecto objetivo do direito fundamental a ela inerente. Para o autor, uma vez iniciado o processo, as partes podem simplesmente não exercer tal direito fundamental, não requerendo a produção de determinado meio de prova, o que não vincula, contudo, a atividade probatória oficial do juiz⁵²⁴.

Já Flávio Yarshell, tendo por premissa que o processo versa sobre direitos disponíveis, aponta que conferir ao direito à prova uma dimensão de ordem pública, seria sobrepor os meios aos fins e negar o caráter instrumental do processo – instrumento de

⁵²¹GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007, p. 10.

⁵²²CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 361, 364 e 375.

⁵²³GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007, p. 23.

⁵²⁴JUNOY, Joan Picó I. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Processo*, v. 21, n.1, jan-abr 2020, p. 159.

superação de controvérsias –, já que as partes poderiam transigir no plano material mesmo sem processo⁵²⁵.

Além disso, o autor pontua a distinção havida entre o juiz atuar no vácuo de vontade das partes, ou seja, quando houver omissão por parte delas, e sua atuação contra seu explícito querer. Há, assim, paradoxo, pois o juiz não poderia em nada intervir quanto à vontade da parte de abrir mão de posição jurídica substancial, mas poderia fazê-lo em tema instrumental, afeto à indisponibilidade de um meio de prova⁵²⁶.

Incoerência também há no que tange à possibilidade conferida às partes de propor delimitação consensual das questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, cujos meios devem ser especificados, de acordo com o art. 357, *caput*, II c/c §2º, do CPC/2015, com a vinculação do juiz. Ou seja, sendo o diagnóstico o primeiro passo para resolver um problema, se as partes subtraem determinada questão do saneamento compartilhado ou especificam determinado meio de prova em detrimento de outro, admitida está a renúncia quanto à produção do meio de prova não especificado⁵²⁷.

Leonardo Greco acaba, a nosso sentir, também por evidenciar situação paradoxal e que, no campo prático, levaria ao insuperável efeito de admitir que a convenção probatória interfira no poder instrutório do juiz. O autor sustenta que as partes podem dispensar a prova de certos fatos confessando-os tanto fictamente (não os contestando) ou expressamente⁵²⁸.

Antônio do Passo Cabral também não encontra dificuldade em apontar que o objeto da convenção entre as partes pode se consubstanciar em não exercer situações jurídicas vantajosas, tais como não requerer a produção de um meio de prova⁵²⁹.

Necessário registrar ainda que o próprio legislador optou por prestigiar a autonomia da vontade dos litigantes ao limitar a possibilidade de invalidação das convenções processuais apenas aos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou

⁵²⁵YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 250.

⁵²⁶YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 252.

⁵²⁷YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 253.

⁵²⁸GRECO, Leonardo. I. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007, p. 23.

⁵²⁹CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018, p. 333.

em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, inserindo, como apontam Humberto Dalla e Marcelo Mazzola, o advérbio *somente* no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015⁵³⁰.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ainda que as partes, nos termos permitidos pela linha de contratualização do CPC/2015, tenham delimitado consensualmente as questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, o juiz poderá determinar a produção de prova diversa da acordada⁵³¹.

Assim, para além da observância ao princípio do respeito ao autorregramento no processo, a manifestação de ambas as partes, em uníssono, de forma contrária à produção de determinado meio probatório pode consubstanciar verdadeira convenção processual sobre matéria probatória (CPC, art. 190), por meio da qual renunciam a determinado meio de prova, o que reforça a não conformação da produção oficiosa de provas com a estrutura do processo cooperativo.

Dessa forma, a manifestação expressa das partes – capazes – no sentido de refutar determinado meio probatório poderia ser tida como verdadeira convenção processual sobre o procedimento, o que é previsto no art. 190 do CPC e deve ser observado pelo juiz.

4.6. Valorização da garantia do contraditório

Ao exercer os deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção em substituição à determinação de produção, *ex officio*, de meio probatório, o órgão julgador também concretiza o princípio do contraditório (CRFB, art. 5º, LV e CPC/2015, art. 9º) em suas duas acepções garantísticas: informação (acerca dos atos do juiz e da contraparte) e possibilidade de manifestação e influência na decisão⁵³².

⁵³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A Cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n.3, set a dez 2017, p. 212.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 468.

⁵³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

Para Antônio do Passo Cabral, a ordenação intersubjetiva do procedimento e das posições dos sujeitos processuais assegura o contraditório na medida em que assegura estruturalmente as interações intersubjetivas que o compõem. Por via de consequência, reforça o papel das partes no processo e o pluralismo, igualando democraticamente o exercício do poder. O Estado afasta-se de sua posição vertical e intervencionista para propiciar um ambiente em que uma interação cooperativa entre os sujeitos processuais possa se dar de forma válida e legítima⁵³³.

Nessa linha de raciocínio, o magistrado se transforma num “agente-colaborador”, que se vê obrigado a fomentar o debate, viabilizar um ambiente para que ele se desenvolva, bem como se inserir no diálogo travado. A ideia de contraditório participativo, para além de ampliar a possibilidade de atuação das partes no processo, impõe ao juiz o abandono de sua posição absolutamente passiva, de quem apenas escuta sem que as partes saibam se estão sendo ouvidas, para uma postura colaborativa e comunicativa, embebida de comunicação de mão dupla e de construção conjunta da solução da causa⁵³⁴.

A figura do “agente-colaborador” cunhada por Antônio do Passo Cabral pode ser lida em Roberto Omar Berizonce como uma versão refinada do contraditório, que passa a ser entendido como “fuente de deberes sustentado en la cooperación entre todos los sujetos del proceso”⁵³⁵.

Nesse sentido, Leonardo Schenk observa que o contraditório se transmudou em “verdadeiro instrumento operativo do juiz” e, uma vez que seu regular exercício se torna pressuposto da própria justiça da decisão, tal garantia “se desprende do meio, seu foco inicial, para se aproximar e matizar também o fim da atividade jurisdicional”⁵³⁶. Ou seja, também sob o viés da valorização do contraditório, torna-se mais justa a decisão que, em substituição à determinação oficiosa de provas, dá lugar ao exercício dos deveres decorrentes do processo colaborativo.

⁵³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 185-186.

⁵³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235-236.

⁵³⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago, 2017, p. 499.

⁵³⁶ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

O art. 10 do CPC/2015, também em concretização do princípio do contraditório, estabeleceu que o juiz não pode decidir com fundamento a respeito do qual as partes não tenham se manifestado previamente, evitando-se, o que se cunhou denominar de decisões-surpresa.

Como bem pontuado por Fredie Didier Jr., a observância ao art. 10 do CPC/2015 e a consequente não prolação de decisões-surpresa se aplica tanto a questões de fato não suscitadas e, portanto, não debatidas pelas partes, como a questões de direito que não foram discutidas no processo⁵³⁷.

Ademais, seria difícil precisar se as partes se manifestaram ou não acerca da necessidade de produção de meio probatório no caso concreto sem que se desse a possibilidade de específica manifestação acerca do tema antes da prolação da decisão. Isso porque é praxe forense o protesto genérico pela “produção de todos os meios de prova em direito admitidos” nas petições iniciais e nas contestações, de sorte de que também se difundiu o despacho denominado de “especificação de provas”.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o julgador deve “dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição”, de modo que os litigantes poderão, assim, sempre melhor defender seu direito e influenciar na tomada da decisão judicial⁵³⁸.

Portanto, a observância pelo juiz dos deveres de consulta, esclarecimento, prevenção e auxílio valoriza o exercício do contraditório em seu viés material, concedendo-se às partes a oportunidade específica de se manifestar acerca do meio probatório indicado pelo juiz como necessário ao correto deslinde do feito.

4.7. O real destinatário da prova. A ausência de vinculação do juiz para a prolação de sentença

⁵³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 164.

⁵³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019.

O CPC/2015 não reproduziu o art. 132 do CPC/1973, que trazia a regra de vinculação para prolação de sentença do juiz que concluísse a audiência de instrução e julgamento⁵³⁹, bem como as exceções em que a sentença seria proferida por outro magistrado. O parágrafo único do art. 132 do CPC/1973 dispunha que “em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas”, do que se extrai que a razão de ser da previsão legal é que a proximidade do magistrado com as provas produzidas é vetor de qualidade do pronunciamento judicial.

Pois bem, a nosso sentir, a ausência de reprodução pelo CPC/2015 de dispositivo correlato ao art. 132 do CPC/1973, excluindo a vinculação de qualquer juiz para prolação de sentença, é mais um fator que exorta o magistrado a substituir a ordenação oficiosa de provas pelo cumprimento dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção.

Isso porque, se a razão de ser da previsão legal é a ideia de que quem presidiu a instrução e a colheita das provas está melhor habilitado a realizar o julgamento, poderia até se admitir certa conformidade entre tal disposição e a possibilidade de ordenação oficial de produção de provas. Afinal, tem-se presente a ideia de que se o juiz ordena *sponte sua* a produção da prova é porque dela necessita para bem julgar o processo e, restando vinculado para julgar a causa, aproveitaria o resultado da prova por ele determinada e que se mostrava imprescindível.

No entanto, com o rompimento da vinculação, sequer se pode ter certeza atualmente de que o juiz que determinar a produção de ofício de um meio probatório será o mesmo que julgará a causa. Pode ser, portanto, que a prova imprescindível determinada pelo magistrado X seja absolutamente dispensável para o magistrado Y, que proferirá sentença. Pior: pode ser que o juiz Y, ao receber os autos para prolação de sentença, sinta a necessidade de produção de outra prova, determinando sua imediata realização, também sem a garantia de que será ele quem a apreciará quando da prolação da sentença.

Retoma-se, assim, em outros termos, temática já lançada neste trabalho no item 1.3 atinente ao destinatário da prova. Com o rompimento da vinculação para a prolação da sentença, a ideia de que a prova serve ao convencimento do julgador⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹ se torna mais

⁵³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*: artigo por artigo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁵⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 225.

⁵⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 15.

abstrata e árida na medida em que não se tem mais a garantia de que o julgador será aquele que participou ou ordenou a produção das provas.

Adicione-se a isso o fato de que o órgão revisor do juiz singular também exerce juízo acerca dos fatos e provas produzidas no processo, de sorte que é, tanto quanto ele, destinatário das provas produzidas no processo. Pode ser assim que o órgão revisor também tenha por despicienda a prova produzida, oficiosamente e contra a vontade das partes, pelo juiz, julgando a causa com lastro em outros elementos constantes dos autos.

Por isso, apresentou-se nesse trabalho o julgador como um destinatário passageiro da prova produzida, enquanto que as partes são as verdadeiras destinatárias do material probatório carregado aos autos. Veja-se, quanto ao ponto, que as partes podem, inclusive, fazer uso externo do resultado do material probatório produzido no processo, como, por exemplo, aproveitando-o em outro litígio a título do que se cunhou como “prova emprestada”, ou, ainda, para prevenir ou por fim a outras demandas análogas⁵⁴².

A nosso ver, reforça-se a congruência e a logicidade de que o juiz submeta às partes, mediante exercício dos deveres de consulta, esclarecimento e prevenção, a necessidade de produção de outros meios probatórios, em razão das lacunas que, ao ver do julgador, revelam-se perenes no processo. Havendo negativa dos litigantes, no entanto, veda-se a determinação de produção da prova.

4.8. Maior celeridade e efetividade processuais

Uma vez que se tem presente o consenso de que um dos problemas mais latentes da jurisdição civil hoje é sua demora e o conseqüente consumo de tempo dos litigantes⁵⁴³, faz-se necessária a busca por meios que imprimam celeridade e efetividade ao processo judicial, dentre os quais está a observância do modelo cooperativo de processo.

⁵⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 63.

⁵⁴³ WAXSE, David J. Cooperation—What Is It and Why Do It?, XVIII RICH. J. L. & TECH. 8 (2012), <http://jolt.richmond.edu/v18i3/article8.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

Segundo Joan Picó I Junoy, a autonomia da vontade “es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida”, de modo que, com sua valorização, é possível lutar contra a ineficiência do processo e sua lentidão⁵⁴⁴.

Dessa forma, oportuno pontuar que a cooperação não tem o escopo de fazer com que litigantes sejam amigos e concordes, mas sim focalizar o real cerne das disputas entre as partes. Aparadas as arestas de divergências laterais que ensejam debates desnecessários por meio de um decantado consenso entre as partes, a própria marcha processual torna-se mais limpa e efetiva, economizando-se tempo e dinheiro (público) do sistema de Justiça, com uma otimização do trabalho do Poder Judiciário. A intervenção do juiz ficaria, portanto, limitada “apenas àqueles casos nos quais ela seria absolutamente necessária”⁵⁴⁵.

Essa atuação limitada do juiz aos pontos cruciais de dissenso proposta por Humberto Dalla tem íntima ligação conceitual com a figura do *l'État-médiateur* defendida por Loïc Cadiet⁵⁴⁶ e tem por pressupostos a valorização da estrutura cooperativa de processo e da autonomia da vontade dos litigantes, que, mediante atuação cooperativa, “na exposição dos fatos, na defesa dos seus direitos e na identificação das questões que realmente reclamam a intervenção judicial, colabora[m] com o juiz para que mérito seja resolvido de forma justa e em tempo razoável”⁵⁴⁷.

Não é difícil pressupor que uma hipertrofia dos poderes do julgador em meio a um conhecido e notório volume de processos não é o melhor remédio para a consecução de um processo célere e efetivo. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “impõe-se, na verdade, estabelecer uma solução de compromisso, que permita ao processo atingir suas finalidades essenciais, em razoável espaço de tempo e, principalmente, com justiça”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ JUNOY, Joan Picó I. Repensando los pactos procesales probatórios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Processo*, v. 21, n.1, jan-abr 2020, p. 154.

⁵⁴⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 247. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁵⁴⁶ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, jun 2008, v. 160, p. 73.

⁵⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, p. 258. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de set. de 2019, p. 1.

Até porque a “redistribuição de responsabilidades” e a formação de um “pacto de trabalho”⁵⁴⁹ entre os atores processuais decorrentes da cooperação almeja a obtenção, “com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio”⁵⁵⁰, de sorte que, a nosso sentir, a valorização de seus fundamentos principiológicos e o correto exercício dos deveres dela decorrentes – como ora se propõe – fortalecem a busca por tal objetivo.

Também se pode naturalmente pressupor que uma condução colaborativa do processo e com respeito à vontade expressa das partes produza decisões judiciais de maior qualidade e aceitação não apenas do ponto de vista extraprocessual como endoprocessual, entre os litigantes. Com isso, espera-se um incremento da resignação das partes em relação às soluções adjudicadas no momento de assimetria da marcha processual, com consequente redução de recursos e diminuição da carga de trabalho dos tribunais⁵⁵¹.

Afinal, a nós nos parece mais dificultoso que um litigante que, após ser instado a se manifestar acerca da necessidade de produção de determinado meio de prova e afirmar não ser tal diligência necessária, consiga anular o julgamento por eventual conclusão desfavorável a seus interesses em decorrência de carência probatória. Parece-nos, ainda, de mais fácil aceitação para uma das partes que a solução ao final lhe imposta de modo desfavorável seja fundada em meio de prova cuja produção fora requerida por seu adversário e não imposta por aquele que prolatou a sentença.

4.9. Conformação dos argumentos publicistas e privatistas favoráveis e contrários à determinação oficiosa da produção de provas

A substituição da determinação de produção de prova de ofício pelo julgador pelo exercício dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção e, assim, submissão

⁵⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A Cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n.3, set a dez 2017, p. 212.

⁵⁵⁰ GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009, p. 35.

⁵⁵¹ WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 252.

às partes, à luz da cooperação, da posição do julgador quanto à necessidade de complementação probatória atinente a determinado fato alegado também se põe como ponto médio, a nosso sentir, dos argumentos publicistas e privatistas lançados ao longo do tempo.

Nesse sentido, Roberto Omar Berizonce aponta que a possibilidade de celebração de acordos processuais e a própria estrutura cooperativa e consensual de normatividade, com flexibilização da legalidade estrita e abertura de espaço à vontade das partes, podem “conjugiar harmoniosa y equilibradamente principios que son caros a las ideologías dominantes en el proceso”⁵⁵².

4.9.1. Invasão do campo de atuação das partes

O julgador que insta as partes, por meio do cumprimento de seus deveres processuais decorrentes do modelo de processo cooperativo, a se manifestarem acerca de eventual lacuna quanto à determinada alegação lançada nos autos e da conseqüente necessidade ou não de produção de outro meio de prova não requerido, não invade o campo de atuação de qualquer delas.

Prestigiando-se o viés privatista ou publicista do processo, a nosso sentir há verdadeiro ponto médio da atuação do julgador. Não se pode negar que sua atuação, à luz do modelo cooperativo de processo, é de diálogo e interlocução com as partes, e não de isolamento, sendo certo que “o Juiz, no processo colaborativo, assume uma postura ativa e, nessa condição, deverá buscar e obter um ponto de equilíbrio para a sua contribuição efetiva, bem como das partes, para a realização da justiça ao caso concreto”⁵⁵³.

Dentro, portanto, do exercício do diálogo com os demais sujeitos processuais, não há como alegar que houve invasão no campo de atuação de qualquer das partes, que terão a palavra final quanto à produção ou não do meio de prova até então não requerido e cuja pertinência fora levantada pelo julgador.

⁵⁵² BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago, 2017, p. 494.

⁵⁵³ FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 334.

4.9.2. Imparcialidade

Do mesmo modo, não haverá falar em quebra da imparcialidade do julgador, que, como admitida por autores publicistas⁵⁵⁴ e privatistas⁵⁵⁵, poderia ocorrer tanto com a ação como com a omissão do judicial, pois, de um modo ou de outro, alguma das partes seria beneficiada pelo julgamento realizado de acordo com o ônus legal ou convencional da prova.

A sugestão ora trazida insere-se, a nosso ver, no ponto ótimo da régua entre o atuar e se o omitir, de modo que atinge a consecução daquilo que se espera de um modelo cooperativo do processo. Para Leonardo Greco, tal ponto de conformação está na conduta do julgador que presta às partes “nos limites impostos pela necessidade de preservar a sua imparcialidade, toda assistência e colaboração”⁵⁵⁶.

O processo cooperativo induz uma postura ativa de todos os sujeitos processuais no que tange à efetiva e mútua cooperação entre eles⁵⁵⁷ com o natural exercício dos deveres decorrentes do modelo processual adotado pela legislação. Ademais, o diálogo humano resultado do exercício dos deveres cooperativos do juiz pode refrear “qualquer impulso autoritário do magistrado”⁵⁵⁸, receio dos privatistas temerosos com a quebra da imparcialidade do julgador.

Tal conduta ativa esperada *de e por* todos aqueles que participam do processo, quando efetivada nos termos ora propostos, não compromete a imparcialidade do julgador, pois ela se desenvolve nos limites do diálogo exortado pela legislação. Não haverá nem um atuar firme e determinado no sentido de se produzir determinado meio de prova, tampouco

⁵⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005, p. 13.

⁵⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013, p. 69-70.

⁵⁵⁶ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015, pp. 305-306.

⁵⁵⁷ WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017, p. 251.

⁵⁵⁸ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – primeira parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 67. fev-2015.

se verá uma omissão cuja consequência também já se revela antevista pelo julgador. Indicar-se-á, às partes, eventual deficiência probatória quanto a determinado ponto controvertido, deixando ao seu talante a produção ou não de meio probatório eventualmente necessário a descortinar a dúvida que o julgador aponta ter.

4.9.3. Compensação do hipossuficiente

A ausência de isonomia material é um argumento recorrentemente usado para defender-se uma postura ativa do julgador na condução do processo, pois não seria admissível, numa visão de processo democrático, não mais apenas entregue à sorte das partes, que os fatos não fossem devidamente apurados em razão da disparidade econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes⁵⁵⁹. Até porque, o processo não seria feito para premiar a parte mais culta, hábil ou sagaz, senão para fazê-lo em relação àquela que realmente tenha razão⁵⁶⁰.

A disponibilidade de recursos financeiros imprime, portanto, clara vantagem ao litigante mais abastado economicamente, que pode pagar para litigar e para se defender, bem como investir no litígio e apresentar, como resultado, argumentos mais eficientes. Não se pode negar que a absoluta passividade do julgador exacerba e acentua esse problema por deixar sobre as partes a exclusiva tarefa de obter e apresentar as provas e de desenvolver e discutir a causa⁵⁶¹.

Leonardo Greco registra que o juiz não deve ser passivo e indiferente às desigualdades das partes e deve equalizar eventuais deficiências defensivas de uma relação à outra, para que se ponham nas mesmas condições, o que deve ocorrer, em especial, nas

⁵⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66.

⁵⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista de Processo*, vol. 45. jan.-mar., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 142.

⁵⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 20-21.

relações em que houver subordinação ou dependência, como as de trabalho, de consumo e de família, sem olvidar-se do litigante pobre⁵⁶².

Cândido Rangel Dinamarco também aponta que as desigualdades culturais e econômicas podem ensejar resultados distorcidos em razão da insuficiência probatória decorrente da desídia da parte que, por não poder, não se defendeu melhor em juízo⁵⁶³.

Veja-se que o próprio exercício dos deveres cooperativos já se revela uma forma de equalização da disparidade de armas entre as partes no processo. A parte financeiramente hipossuficiente se vê assistida pelo juiz que busca o esclarecimento sobre suas alegações, pedidos ou posições postas em juízo eventualmente de forma deficiente pela rarefeita assistência jurídica que lhe fora conferida⁵⁶⁴.

Da mesma forma, garante-se a igualdade das partes no âmbito do processo em razão do exercício do dever de prevenção, pois a parte eventualmente mais débil não será prejudicada por eventual atitude passiva do órgão julgador, possibilitando-se que as deficiências ou insuficiências postulatórias decorrentes de eventual déficit de qualidade de sua representação processual sejam sanadas na oportunidade concedida⁵⁶⁵.

Por fim, a equiparação das partes seria ainda alcançada já que exercido o dever de esclarecimento, que, para parte da doutrina, se prestaria também a prestigiar e efetivar a “igualdade de armas no processo civil”, já que o juiz, em vez de adotar o critério de julgamento de aplicação do ônus da prova, de modo cooperativo, agiria para se esclarecer⁵⁶⁶.

⁵⁶² GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005, p. 74-76.

⁵⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

⁵⁶⁴ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 373.

⁵⁶⁵ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 375.

⁵⁶⁶ PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEN%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

4.9.3.1. Possibilidade de inversão do ônus da prova como medida compensadora e equiparadora das partes

Para além do fato de que o cumprimento dos deveres cooperativos por parte do juiz enseje, por si só, a compensação das desigualdades das partes na relação processual, o ordenamento jurídico dispõe de outro efetivo meio para mitigar discrepâncias entre os litigantes.

A equiparação das condições dos litigantes pode se dar por meio da possibilidade de inversão do ônus da prova, que ora advém de expressa previsão legal, ora deflui de comando judicial.

Veja-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê, ao dispor acerca da responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços por fatos a eles relacionados – os denominados acidentes de consumos – uma inversão automática do ônus da prova em eventual demanda judicial. Nos termos do art. 12, §3º,⁵⁶⁷ e 14, §3º,⁵⁶⁸, ambos do CDC, o fornecedor de produtos e serviços apenas não será responsabilizado “quando provar” que não colocou o produto no mercado; a inexistência do defeito do produto ou do serviço; ou culpa exclusiva de terceiro ou da própria vítima.

Ou seja, em casos reputados graves pela legislação, em que há ameaça ou dano à saúde ou a segurança do consumidor, a distribuição do ônus da prova já é refeita *ex ante*, pela própria lei, de modo justamente a compensar eventual dificuldade da parte vulnerável.

Em relação aos vícios de qualidade de quantidade dos serviços e dos produtos, a redistribuição do ônus da prova nas demandas consumeristas se dá, nos termos da lei, mediante comando judicial a fim de dar consecução à fruição dos direitos do consumidor, dentre os quais está “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova” (CDC, art. 6º, VIII).

No âmbito do direito processual do trabalho, em que, via de regra, há situações econômicas e sociais díspares entre os litigantes, também há previsão de modificação da

⁵⁶⁷ § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁵⁶⁸ § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

distribuição do ônus da prova a fim de reequilibrar as forças no processo judicial. O §1º do art. 818 prevê que o juiz, de forma fundamentada, em razão de “peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário” pode redistribuir o ônus probatório de modo distinto do previsto no *caput* do mesmo dispositivo, desde que confira à parte onerada a oportunidade de se desincumbir de tal encargo.

O CPC/2015 também trouxe previsão em igual sentido. Em seu art. 373, §1º, a lei processual civil permite que o juiz, para além das hipóteses já previstas na legislação especial, redistribua o ônus da prova de modo inverso daquele estatuído pelo *caput* do mesmo dispositivo legal. O dispositivo legal tem redação idêntica ao §1º do art. 818, da CLT, assim como a ressalva do §2º do art. 373 do CPC/2015 é replicada pelo §3º do art. 818 da CLT, de modo que ambos dispõem que a inversão operada judicialmente “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Assim, as previsões legais que redistribuem *per si* o ônus da prova, ou que autorizam que o julgador o faça, têm fundamento na observância da igualdade material entre as partes⁵⁶⁹, considerando-se as particularidades dos sujeitos envolvidos, tratando-os desigualmente na medida da desigualdade havida⁵⁷⁰. A distribuição dinâmica do ônus da prova diz diretamente com a atenção à paridade de armas entre as partes, nivelando-as, de modo a garantir a consecução de um processo justo, atribuindo àquele que estiver em posição mais favorável de *provar* tal ônus⁵⁷¹.

No mesmo sentido, Roberto Omar Berizonce aponta a equiparação em concreto das partes pode ser alcançada pela definição do ônus probatório, que ora decorre de presunções legais destinadas a tutelar o sujeito da relação de direito processual – e material –

⁵⁶⁹ CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 290.

⁵⁷⁰ SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 303. Para Eduardo Cambi, a inversão do ônus da prova, mais que um direito da parte é um dever do julgador que verifica a desigualdade entre as partes e melhor posição jurídica do requerido para a produção da prova, sob pena de, por omissão, deixar de tutelar o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB. (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 337).

⁵⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 484.

notadamente mais frágil (v.g. âmbito trabalhista e consumerista), ora deflui do “poder genérico atribuído al juez para imponer fundadamente, al margen de las reglas ordinarias de asignación, que la carga de la prueba corresponde sea asumida por aquella que se encuentra en mejor situación para aportarla”⁵⁷².

Ou seja, eventual atuação oficiosa do juiz no campo probatório sob o argumento de hipossuficiência financeira dos litigantes, que resulta, por conseguinte, em disparidade técnica dos advogados, impactando nas chances de êxito da demanda, resta conformada pela previsão legislativa que atribui ao julgador a possibilidade de pôr o fardo suportado pelo desprotegido sob as costas da parte mais abastada.

Veja-se que, com a inversão do ônus da prova pelo órgão julgador, há natural necessidade de que seja conferida à parte à qual o ônus fora atribuído a possibilidade de dele se desincumbir (art. 357, §1º, *in fine*, do CPC), indicando eventual meio de prova cuja produção se faça, a seu sentir, necessária. Nessa hipótese, reforça-se a proeminência da atuação dos litigantes em relação à atividade probatória, uma vez que, dado o novo panorama pós inversão *ope judici*, a parte que deverá se desincumbir do ônus probatório poderá indicar novo meio de prova a ser produzido ou declinar de tal direito fundamental que lhe cabe, situação em que não estará mais presente o argumento de necessidade de atuação judicial em razão da defesa do vulnerável, agora beneficiado pela eventual escassez probatória.

Podem ocorrer, contudo, hipóteses em que a inversão do ônus da prova encontre obstáculo em situações em que a desincumbência do encargo se revele extremamente difícil ou impossível (CPC, art. 373, §2º). Em tais casos, a hipossuficiência será compensada não pela inversão do ônus da prova, vedada pela lei, mas pelo cumprimento por parte do juiz dos deveres decorrentes da cooperação. O apontamento da lacuna probatória com a concessão de oportunidade à parte para aceca de tal ponto se manifestar se revela medida compensatória e adequada, sem a necessidade de determinação oficiosa de meio de prova não requerido e não desejado.

4.10. Exceções à vedação da determinação de produção oficiosa de prova contra a vontade dos litigantes

⁵⁷² BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago, 2017, p. 488.

A proposta de substituição da determinação oficiosa de provas pelo exercício dos deveres cooperativos do julgador encontra exceções, a nosso ver, em estreitas hipóteses. Para Leonardo Greco, “o princípio dispositivo deve prevalecer, mas a iniciativa oficial subsidiária precisa sobreviver, especialmente nos litígios sobre interesses indisponíveis e nos litígios entre desiguais”⁵⁷³.

A nosso sentir, contudo, o feixe de atuação oficiosa do juiz contra a vontade dos litigantes após exercidos os deveres cooperativos fica ainda mais restrito e deve ser lido de forma sistemática com o art. 190 do CPC e com a conclusão adotada no item 4.5 supra. Isso porque, admitida a possibilidade de convenção processual em matéria probatória e tendo por premissa que a manifestação expressa das partes capazes no sentido de refutar determinado meio probatório consubstancia convenção processual válida, apenas pode-se enxergar a possibilidade de determinação oficiosa de produção de provas contra a vontade das partes quando revelar-se incabível a convenção processual.

Os direitos submetidos à tutela do Poder Judiciário podem ser, sob certa acepção, classificados em disponíveis ou indisponíveis. A conceituação de disponibilidade ou indisponibilidade do direito é tema controverso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, de modo que não se chegou até hoje a um consenso do que é ou não um direito (*in*)disponível.

De acordo com André Vasconcelos Roque, embora não haja consenso acerca da conceituação de *disponibilidade*, sem prejuízo de outros sentidos atribuídos ao termo, “há prevalência no sentido de se tratar de situação jurídica passível de abdicação por manifestação de vontade do titular, assumindo a forma de uma renúncia total ou parcial”⁵⁷⁴. O autor expõe tal síntese após chamar a atenção para a babel conceitual quanto ao tema⁵⁷⁵:

A disponibilidade por vezes é tratada como sinônimo para direito patrimonial, ou é considerada como atributo dos direitos que podem ser objeto de transação, ou é atribuída aos direitos suscetíveis de livre

⁵⁷³ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – primeira parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 64. fev-2015.

⁵⁷⁴ ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UERJ, 2014, pp. 92-93).

⁵⁷⁵ ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UERJ, 2014, pp. 88-89).

alienação ou negociação, ou é entendida como qualidade dos direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular ou, por fim, dos direitos em que não há proibição a que se espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso à jurisdição. Há, ainda, quem vislumbre até duas espécies de indisponibilidade, sendo uma material (de acordo com o bem jurídico tutelado) e outra normativa (atinentes à aplicação das normas jurídicas, conforme sejam dispositivas ou cogentes).

A delimitação conceitual de direitos disponíveis e indisponíveis não é objeto deste trabalho, cuja proposição feita satisfaz-se com a identificação da existência de ambas as espécies de direitos, sendo certo que, dentre aqueles gravados com nota de indisponibilidade, inserem-se os que admitem e os que não admitem autocomposição.

Assim, dentre os direitos tidos por indisponíveis, há os que admitem e os que não admitem autocomposição⁵⁷⁶, já que “a autocomposição poderá abarcar direitos indisponíveis”⁵⁷⁷. Dessa forma, nos termos do art. 190 do CPC, apenas no que tange aos direitos titularizados por incapaz e aos direitos indisponíveis que não admitem autocomposição – titularizados ou não por incapaz – é que se pode enxergar justificativa jurídica apta a sustentar que o órgão julgador contrarie a vontade das partes e determine a produção de meio de prova por ambas rechaçado.

O parágrafo único do art. 190 do CPC prevê o controle judicial das convenções processuais nas hipóteses de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Ressalvados os casos em que se verificaria nulidade do ajuste por ser incabível a convenção processual (celebrado por incapaz ou por tratar de direitos que não admitam autocomposição), as demais hipóteses previstas pelo dispositivo legal não representam exceções à proposição feita neste trabalho.

Cumpridos pelo julgador os deveres decorrentes da cooperação no âmbito probatório, com sinalização às partes de lacuna probatória, seguida de manifestação de ambas pela desnecessidade de produção de qualquer outro meio de prova, tem-se a manutenção da vedação ao julgador da atuação oficiosa contra a vontade das partes. Se uma delas estiver

⁵⁷⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Limites e possibilidade do acordo em direitos indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015. In Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos. Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (Organiz.). EDIPUCRS 2018, disponível em <http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/c31605fefad050d121a51d63a564c9a8.pdf>. Acesso em 03 mar 2020.

⁵⁷⁷ ZANETI JR, Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 68, abr./jun. 2018, p. 171.

em situação de vulnerabilidade, conforme explicitado no item 4.9.3 supra, a própria concessão de oportunidade para se manifestar sobre a carência probatória é medida mitigatória da vulnerabilidade, sem prejuízo de que o julgador ainda decida pela inversão do ônus prova, nos termos do art. 373, §1º, do CPC.

Válido pontuar, ainda, que, nos termos da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CRFB), de modo que sua atuação é prevista em tais casos pelo art. 176 do CPC/2015, ainda que não se trate de menores, incapazes ou idosos em situação de vulnerabilidade⁵⁷⁸.

Dessa forma, no âmbito das exceções que ora são admitidas, certo é que o Ministério Público, se não for autor da ação, deverá – salvo se o litígio envolver a Fazenda Pública (CPC, art. 178, parágrafo único) – intervir no feito como *custos legis*, hipótese em que também poderá requerer a produção de meio de prova eventualmente não requerido pelas partes. A atuação do órgão ministerial e a formulação de requerimentos no campo probatório revelam-se, assim, circunstâncias que acentuam o caráter excepcional da determinação oficiosa de provas contra a vontade dos litigantes, e, em tais casos, do *custos legis*.

Ao tratar-se de exceções à regra de conduta do órgão julgador proposta nesse trabalho, deve-se ter presente, portanto, que: (i) por contrariar a vontade dos litigantes, a decisão judicial deve ser fundamentada e imbuída de ônus argumentativo qualificado; (ii) a decisão judicial que vier a contrariar a vontade expressa das partes deve ser precedida de todo o processo dialético e simétrico de condução do processo e de construção do conteúdo da decisão ora proposto, no qual se insere o exercício, pelo órgão julgador, dos deveres cooperativos de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção; e (iii) a possibilidade de

⁵⁷⁸ Nesse sentido, fixou-se a tese jurídica quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.681.690/SP, julgado pela 1ª Seção do STJ como representativo da controvérsia. *In verbis*: “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se trata de direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993”. Do corpo do julgado extrai-se que “A discussão, neste feito, passa ao largo de qualquer consideração acerca da legitimidade ministerial para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, até porque inexistente qualquer dúvida da sua legitimidade, nesse particular, seja por parte da legislação aplicável à espécie, seja por parte da jurisprudência. De outra parte, a discussão também não se refere à legitimidade de o Ministério Público postular em favor de interesses de menores, incapazes e de idosos em situação de vulnerabilidade. É que, em tais hipóteses, a legitimidade do órgão ministerial decorre da lei, em especial dos seguintes estatutos jurídicos: art. 201, VIII, da Lei n. 8.069/1990, e art. 74, II e III, da Lei 10.741/2003”. No julgamento do AgInt no REsp nº 1.585.784/MT, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública cujo objeto é a revisão de cláusulas de contratos de prestação de serviços advocatícios que preveem honorários em valores alegadamente excessivos. Tais contratos foram celebrados com idosos e têm por pano de fundo a cobrança de diferenças de pagamento de benefícios previdenciários.

inversão do ônus da prova como medida mitigadora deve ter se revelado incabível, inadequada ou insuficiente.

4.10.1. Direitos titularizados por incapazes

O art. 190, *caput*, do Código de Processo Civil, tendo por pressuposto que as partes são capazes, faculta-lhes a celebração de negócio jurídico processual que envolva direitos disponíveis e direitos indisponíveis que admitem autocomposição. Dessa forma, eventual manifestação expressa das partes em sentido contrário à produção de determinado meio probatório deve ser encarada como negócio jurídico processual atípico em matéria probatória e, assim, respeitada pelo órgão julgador.

Não abarcado pelo art. 190, *caput*, do Código de Processo Civil, o incapaz não pode celebrar negócio jurídico processual, de modo que sua posição jurídica não lhe garante aspecto de definitividade em suas disposições realizadas por meio de manifestações processuais, acerca dos direitos postos em juízo. De acordo com André Vasconcelos Roque, “disposição de direito pressupõe, no mínimo, o consentimento válido (livre e informado) e dirigido ao enfraquecimento de determinada posição jurídica do titular”⁵⁷⁹.

Assim, na hipótese de figurar, dentre os litigantes, incapaz, ainda que haja manifestação processual de seu procurador em juízo no sentido da desnecessidade da produção de determinado meio probatório, entendemos que se abre feixe para atuação judicial contrária aos termos da referida manifestação, desde que tenha o escopo de proteger os interesses do incapaz.

Não se verifica a possibilidade de que, havendo lacuna probatória que beneficie o incapaz, o juiz atue oficiosamente e contra a vontade do outro litigante – capaz – para suprir eventual carência probatória que, *a priori*, prejudique o incapaz. Isso porque o motivo da exceção ora cunhada é o fato de que a legislação confere proteção aos direitos titularizados por incapazes e impede a realização de convenções processuais em litígios que os envolvam.

⁵⁷⁹ ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UERJ, 2014, p. 97.

Tome-se como exemplo uma demanda indenizatória ajuizada por autora maior e capaz contra adolescente – com lastro no art. 928 do Código Civil –, tendo por causa de pedir a conduta ilícita do menor consistente em divulgar, em redes sociais, fotos íntimas da demandante. Produzida a prova documental e a prova oral, as partes nada mais requerem e os autos vão conclusos para julgamento. O adolescente nega que tenha compartilhado ou divulgado quaisquer fotografias íntimas da autora e alega que suas redes sociais podem ter sido *hackeadas*. Em cumprimento aos deveres decorrentes do modelo cooperativo do processo, o juiz profere despacho instando as partes a se manifestarem acerca de lacuna probatória de ponto relevante: de qual aparelho celular efetivamente se originaram as postagens ilícitas nas redes sociais, registrando, ainda, eventual necessidade de produção de prova pericial no celular do adolescente para a demonstração de tal ponto. A autora requer o julgamento do feito, pois, a seu ver, tal ponto foi solucionado pela prova oral, já que testemunhas oculares afirmaram terem visto que o autor realizou as postagens, bem como pela prova documental, que traz *prints* das redes sociais do adolescente e de conversas privadas por ele travadas. O réu também requer o julgamento do feito.

Nessa hipótese, é vedada ao juiz a determinação oficiosa de produção da prova contra a manifestação de vontade da autora, pois a produção de eventual prova pericial apenas poderia prejudicar a situação processual do incapaz. A exceção que autoriza a substituição da vontade da parte pela vontade do juiz não está configurada, pois seu fundamento é a proteção do direito titularizado pelo incapaz.

Situação distinta se daria se a autora fosse também incapaz. Nesse caso, a sobreposição da vontade na instrução probatória teria por fundamento a proteção do direito material por ela titularizado.

Ou seja, a legislação atribui aos direitos indisponíveis que admitem autocomposição titularizados por incapaz nota de maior controle acerca de eventuais atos de disposição, o que permite ao órgão julgador, em contrapartida, uma maior possibilidade de atuação no campo probatório, ainda, que desalinhada da manifestação de vontade por ele expressa.

4.10.2. Direitos indisponíveis que não admitem autocomposição

No que se refere aos direitos indisponíveis que não admitem autocomposição, a atuação judicial no campo probatório contra a vontade das partes encontra substrato no fato de que a legislação não autoriza que os titulares de tais direitos pratiquem atos de disposição. Tanto assim o é que tais direitos não podem ser submetidos à arbitragem e à mediação, bem assim não é possível realizar-se negócios jurídicos processuais que os tenham por objeto.

Para além disso, o legislador também ressaltou o réu revel de ver produzidos os efeitos da revelia em seu desfavor quando versar o litígio sobre direitos indisponíveis, o que corrobora a interpretação sistemática de que, em causas cujo objeto seja esse, o julgador disponha da possibilidade de, contra a vontade das partes, atuar na seara probatória.

Registre-se que parte da doutrina desenvolve a ideia de ressignificação da nota de indisponibilidade dos direitos, de modo que, para Humberto Dalla, “a abrangência do direito indisponível que não admite autocomposição deve ser reduzida às hipóteses nas quais haja vedação expressa ao acordo, ou quando a disposição violentar um direito fundamental do cidadão”⁵⁸⁰.

Cândido Rangel Dinamarco sustenta que o reconhecimento da regra de estática judicial e de atuação das partes no campo probatório não pode ensejar que, em determinados casos, o juiz, diante da omissão das partes, não atue, como, por exemplo, nos litígios envolvendo o estado ou a capacidade das pessoas (v.g. separação judicial, divórcio, investigação de paternidade, interdição, guarda de filhos, suspensão ou destituição do poder familiar)⁵⁸¹. Tais casos são dotados de nota de indisponibilidade do direito material cuja proteção ou reparação se persegue em juízo, de modo que abarcados como exceção.

4.10.3. Simulação

Por fim, entendemos que também deve ser excepcionada a hipótese em que o juiz, nos termos do art. 142 do Código de Processo Civil, se convença de que as partes estão se

⁵⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, mai a ago 2018, v. 19, p. 129. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 12 mar 2020.

⁵⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55.

valendo de uma lide simulada “sem a vontade de aproveitar-se do resultado da demanda e sem interesse em obter os efeitos jurídicos advindos da prestação jurisdicional”⁵⁸².

De acordo com o próprio dispositivo legal, o juiz deverá proferir sentença de modo a obstar o intuito das partes e condenar, naturalmente *ex officio*, as partes nas penas da litigância de má-fé⁵⁸³. Dessa forma, convencendo-se o juiz de que está em curso demanda simulada, havendo necessidade de produção de algum meio de prova para a correta prolação da sentença que deva obstar os intuítos ilícitos dos litigantes, a atuação instrutória deve, naturalmente e por lógica, ser irrestrita, não havendo como ter por limite a vontade – viciada – das partes.

4.11. Momento processual adequado para o exercício dos deveres cooperativos do julgador

Assentado que o exercício dos deveres cooperativos pelo juiz em detrimento da determinação oficiosa de provas é mais consentâneo com a organização cooperativa de processo, cumpre-nos analisar em que momento processual o julgador deve dialogar com as partes acerca de eventual deficiência probatória que, a seu sentir, esteja presente.

A nosso ver, em razão da nota de subsidiariedade da atividade probatória do julgador e da proeminência da atuação das partes no que diz respeito ao exercício do direito de fundamental à prova, o momento processual adequado para que o juiz aponte a persistência de lacuna probatória é aquele que se sucede à ampla produção dos meios de prova realizada a requerimento dos litigantes.

Assim, havendo prova oral requerida e deferida, deve se aguardar a realização da audiência de instrução e julgamento. Tendo sido deferida perícia, ao julgador incumbe esperar seu desfecho antes de apontar eventual déficit do material probatório. Bastando ao deslinde do feito a prova documental, após a contestação ou, a depender do caso, a réplica, o juiz registrará a necessidade de esclarecimentos pelos litigantes.

⁵⁸² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 512.

⁵⁸³ CARVALHO, Fabiano. Código de Processo Civil Anotado. In TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord. et al). AASP, rev. e atual. em 25.2.2019, p. 259. Disponível em < https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf >

Imagine-se que foi requerida e deferida a produção de prova pericial para definição acerca da natureza de danos causados a determinado prédio – se decorrentes da construção ou do mau uso pelo proprietário. Após a realização da prova pericial, com a apresentação do respectivo laudo, dos esclarecimentos por escrito (art. 477, §2º, CPC) e daqueles prestados em audiência (art. 477, §3, CPC), o julgador remanesceu em dúvida acerca de determinado aspecto, que, a seu ver, impacta no julgamento da causa. Deverá, nesse momento, instar as partes a se manifestarem acerca da lacuna que, a seu ver, persiste, bem como da consequente necessidade de produção de outro meio probatório.

Noutra hipótese, após a realização de audiência de instrução e julgamento, se o juiz reputar resiliente a dúvida acerca de responsabilidade pela ocorrência de acidente de trânsito, deverá, exercendo os deveres decorrentes da cooperação, dialogar com as partes sobre o lapso de compreensão havido, bem como sobre eventual cabimento de complementação do material probatório.

Em suma, dada a nota de subsidiariedade da atuação do julgador na seara probatória, mesmo o exercício dos deveres decorrentes da cooperação processual para apontar a carência probatória deve secundar a atuação das partes, aguardando-se, em regra, momento posterior para a realização de tal diálogo.

É possível ter-se presente, contudo, a possibilidade de que exceções se deem no cotidiano forense, desde que fundamentadas e dirigidas à consecução da eficiência e celeridade do processo, em hipóteses tais em que o julgador já saiba de antemão – por ter, por exemplo, julgado ou instruído feitos análogos, ou, ainda, por haver jurisprudência consolidada – que determinado meio de prova notoriamente não se revela apto ou suficiente ao acertamento das questões postas, poderá antecipar o diálogo.

Pode-se imaginar, por exemplo, que, em sede de demanda indenizatória proposta por servidor contra a Fazenda tendo por objeto o pagamento de diferenças de vencimentos por desvio de função quando do exercício dos afazeres do cargo em creches municipais, a autora tenha requerido ao juiz que determinasse à Administração Pública o fornecimento de documentos com escalas de trabalho referentes a todos os servidores lotados no local de trabalho da demandante. O julgador, contudo, cômico de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da necessidade da prova oral para a prova do desvio de função, poderia, desde logo, mesmo antes do fornecimento dos documentos padronizados pelo Município, estabelecer diálogo com as partes acerca da carência probatória já constatada *ex ante*, dada a notória necessidade de produção de prova oral.

CONCLUSÃO

O reforço do modelo cooperativo de processo empreendido pelo Código de Processo Civil de 2015 irradiou reflexos em diversas searas da temática processual, dentre as quais aquela atinente à iniciativa probatória do julgador. O desenvolvimento e o fortalecimento dessa forma de estruturação do processo levam à necessária revisão das funções de cada ator processual em meio à atividade probatória, diante da supressão de proeminências na condução do processo, da exortação ao diálogo e da valorização da autonomia da vontade dos litigantes.

Tal cenário conduz à constatação de incompatibilidade da atuação do órgão julgador, em matéria probatória, de ofício e contra a vontade das partes, ensejando tal atuar uma verdadeira desconformidade com alguns dos prismas do modelo cooperativo. A determinação oficiosa de produção de meio de prova pelo julgador, a despeito de manifestação contrária de ambas as partes, rompe com a necessidade de observância dos deveres cooperativos impostos ao juiz, que estimulam o exercício do diálogo, e com o respeito ao autorregramento da vontade.

Dessa forma, impõe-se uma releitura da iniciativa probatória do julgador a fim de estabelecer que sua atuação oficiosa deve ser substituída pelo exercício dos deveres processuais que lhe são atribuídos pelo modelo cooperativo de processo. Instaurado o diálogo, a palavra final acerca da necessidade de produção ou não de determinado meio de prova será das partes, vedando-se ao julgador, quando disponíveis os direitos em jogo, a determinação de produção de meio de prova contra a vontade expressa dos litigantes.

Alinhavando-se, assim, as ideias expostas neste trabalho, tem-se:

§1 – Da relação entre *verdade* e Direito estabelecida no trabalho, infere-se que a busca da verdade no processo não pode ser um valor isolado cujo alcance se dê a todo custo. A verdade é inegável fator de relevância no Direito e no processo e integra os pressupostos de *justiça* de uma decisão judicial. Contudo, sabendo-se de antemão que não se chegará à verdade absoluta e exata por meio do processo, tampouco que é esse o seu único ou principal escopo, impõe-se conformar o valor *verdade* com os demais que orbitam o processo, sem tirar-lhe importância, mas sem atribuir-lhe proeminência.

§2 – A *prova* tem por objetivo não apenas o convencimento do julgador, mas de todos aqueles que se veem envolvidos no processo, aí incluídas as próprias partes, que, afinal, são

as titulares dos direitos postos em jogo e cujos fatos que lhes dão suporte são justamente objeto da atividade probatória. Ou seja, ninguém pode ter mais interesse na produção de determinado meio de prova que não aquele cujo resultado possa aproveitar. Não por outro motivo, assentou-se a premissa de que as partes são, tanto quanto o juiz, *destinatárias* da prova, até porque podem produzi-la, em ação autônoma, e jamais levá-la à posterior valoração do Poder Judiciário.

§3 – Tendo a prova o objetivo de convencer as partes e sendo elas também destinatárias do material probatório, já que, afinal, são delas os direitos postos em juízo e que, para serem tutelados, dependem da comprovação dos fatos que lhes suportam, o ato de *provar* deve ser tido por direito fundamental, integrante da noção de contraditório e de ampla defesa que guarnecem, qualificam e estruturam o processo judicial.

§4 – Nenhum modelo processual é puramente adversarial ou inquisitorial, mas pode-se identificar a preponderância de um ou de outro seja na estrutura da legislação processual, seja em episódicos regramentos de uma ou outra matéria. As legislações processuais, ora com influxo mais adversarial, ora mais inquisitorial são fruto da ideologia política predominante que rege as relações entre o Estado e os indivíduos. De tal modo, a depender da ideologia social e política marcante e da consequente preponderância de influência publicista ou privatista em determinado tempo e lugar, a legislação processual pode mudar de matiz. Tais vaivéns de influências cruzadas, bem como a disputa pela escolha do melhor modelo de estruturação do processo foram comuns e perenes desde o final do século XIX até os dias atuais.

§5 – Dentre as matérias que mais recebem influências diretas e que mais despertam a busca pela melhor narrativa está a atinente aos poderes instrutórios do órgão julgador. A extensão dos poderes instrutórios do juiz diz intimamente com a concepção política e filosófica que rege a relação entre o Estado e os indivíduos e que exerce influência na legislação.

§6 – A doutrina brasileira, de modo geral, admite a presença de amplos poderes instrutórios do órgão julgador, sendo certo que sua parcela relevante atribui a nota de subsidiariedade e excepcionalidade, relegando às partes o desempenho do papel principal da atividade probatória.

§7 – No Brasil, o CPC/2015 conferiu amplos poderes instrutórios ao juiz, o que permite afirmar que o modelo adotado pela legislação processual civil tem marcante nota de inquisitorialidade quanto ao tema. A jurisprudência brasileira sempre garantiu aos julgadores

plenos poderes instrutórios sob os recorrentes fundamentos de que o julgador é o destinatário da prova e de que, portanto, a ele cabe buscar a verdade real no processo, guiado também pela efetividade da justiça e pelo princípio da persuasão racional, motivo pelo qual ao juiz é dado deferir, indeferir ou determinar a produção do meio de prova conforme melhor lhe pareça para a formação de seu convencimento. Ou seja, a jurisprudência confere verdadeiro cheque em branco ao juiz para exercer seus poderes instrutórios, que, diante de sua qualidade absolutamente discricionária, transforma a iniciativa probatória do juiz em verdadeira *roleta processual*, quase insuscetível a controle recursal.

§8 – A saturação e a não conformação dos modelos tradicionais de estruturação do processo – que já não atendem mais às expectativas da sociedade – levaram à elaboração de um novo sistema, mais consentâneo com os fins – e com os meios – almejados por todos para o processo civil. O modelo cooperativo de organização do processo, fortalecido pelo CPC/2015, tem fundamento no princípio da cooperação, que decorre dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual, da solidariedade e do respeito ao autorregramento da vontade e torna mais democrática a condução do processo.

§9 – De acordo com o modelo cooperativo de processo, os atores processuais formam uma rede conjunta de trabalho, com o reposicionamento de todos em relação à condução do feito. A horizontalidade e a simetria são as marcas das posições dos sujeitos processuais no tabuleiro do processo judicial durante seu desenvolvimento. A forma cooperativa de organização processual atingiu o termo médio entre a indiferença estatal exacerbada do modelo adversarial e a ingerência autoritária do modelo inquisitorial. O processo – que serve e sempre serviu à sociedade – agora é feito a partir dela e com ela, que, quando transportada para a figura de litigante, tem sua voz ouvida, sua vontade respeitada e tem garantido seu poder de influência direta e eficaz tanto na condução da marcha processual como no seu resultado.

§10 – A nova estrutura cooperativa de organização do processo influencia na relação entre os atores processuais e, por conseguinte, na definição e delimitação do campo de atuação de cada qual, sendo a atividade probatória do julgador e das partes necessariamente conformada à luz da nova realidade e de seus fundamentos – princípios do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual, do respeito ao autorregramento da vontade, da solidariedade e da cooperação.

§11 – Com o modelo cooperativo de processo, vêm os deveres dele decorrentes destinados a nortear a atuação dos atores processuais. Ao juiz, cabe o cumprimento dos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.

§12 – A partir das premissas de que (i) a busca da verdade, apesar de relevante, não é uma função ou objetivo absoluto do processo que se satisfaça em si; (ii) a prova é direito fundamental da parte – sua destinatária – e serve também ao seu convencimento; (iii) a evolução do ordenamento processual civil ensejou a organização do processo de acordo com o modelo cooperativo, impôs-se uma necessária releitura dos poderes instrutórios do juiz.

§13 – O julgador que, em razão da incidência do modelo cooperativo de processo, agora se vê na necessidade de se desincumbir do cumprimento de deveres, deve fazê-lo, no âmbito do exercício de seus poderes instrutórios, em substituição à atuação oficiosa. Afinal, o cumprimento dos deveres cooperativos tem por objetivo permitir que as partes, devidamente informadas, façam suas escolhas no âmbito do procedimento de modo adequado, não permitindo, contudo, que o julgador as substitua por aquelas que julgar mais convenientes.

§14 – Assim, ao ver o julgador que sobreveio lacuna probatória acerca de determinado ponto por ele reputado relevante, a determinação oficiosa de produção de meio prova para suprir tal carência não é mais admissível. À luz do modelo cooperativo de processo, o juiz deve provocar as partes a se manifestarem sobre a lacuna probatória apontada e, eventualmente, sobre o meio de prova apontado pelo juiz como adequado para supri-la.

§15 – Ao assim fazê-lo, o juiz cumprirá os deveres cooperativos de consulta, esclarecimento, prevenção e auxílio. O dever de consulta será cumprido, pois o juiz permitirá que as partes se manifestem previamente acerca de ponto que será objeto de pronunciamento judicial. O dever de esclarecimento estará contemplado, pois o julgador estabelecerá diálogo com as partes acerca do material probatório já existente nos autos, provocando-as acerca de eventual lacuna probatório, permitindo-lhes, assim, caso desejem, a complementação do material probatório. Tem-se presente o atendimento ao dever de prevenção sob o aspecto de sugestão de determinada atuação da parte, já que o julgador, ao abrir a provocação acerca da deficiência probatória, acabará por instar as partes a, querendo, atuarem de modo a complementar as provas produzidas. O julgador também se desincumbirá da necessidade de cumprir seu dever de auxílio, já que, explicitada a carência probatória, permitirá que uma ou

ambas as partes, se assim desejarem, exerçam a faculdade processual de desincumbir do ônus da prova que lhe fora atribuído.

§16 – Sobrevindo requerimento por uma ou ambas as partes de produção de algum meio de prova – seja o indicado pelo julgador ou não – ao juiz competirá deferir ou indeferir sua produção. Contudo, havendo manifestações das partes no sentido da desnecessidade da produção de outros meios de prova, veda-se a possibilidade de determinação oficiosa. Ao juiz não será possível suplantar, substituir a vontade expressa e explícita das partes no sentido da desnecessidade de produção de outro meio de prova, cabendo-lhe proceder ao julgamento de acordo com o material probatório constante dos autos e com as regras do ônus da prova.

§17 – O exercício pelo juiz dos deveres cooperativos em substituição à determinação oficiosa de produção de meio de prova se dará em caráter subsidiário à atividade probatória das partes, a quem cabe a proeminência quanto ao tema. A atuação judicial subsidiária terá lugar após a atividade probatória das partes, a fim de evitar-se a permanência da lacuna probatória tida por existente pelo juiz.

§18 – O cumprimento pelo juiz de seus deveres decorrentes do modelo cooperativo de processo em substituição à determinação de produção de meio de prova de modo oficioso legitima o processo e o seu resultado, na medida em que as partes têm presença ativa no controle dos poderes do órgão julgador, de modo a favorecer o processo dialógico, ou seja, têm influência na forma de acordo com a qual o resultado será obtido, que se traduz, por exemplo, nos meios probatórios empregados.

§19 – Ademais, a efetivação da conduta do juiz tal como ora proposta também é dotada de maior legitimidade na medida em que se amolda com exatidão aos fundamentos do próprio modelo cooperativo de processo. Os princípios do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual, do respeito ao autorregramento da vontade e da solidariedade são observados e valorizados pelo julgador que insta as partes a se manifestarem sobre eventual deficiência probatória e sua consequente complementação e que, após a manifestação dos interessados, acata tanto eventual negativa, em uníssono, de produção de novo meio de prova, como o requerimento positivo de sua necessidade.

§20 – A atuação judicial ora proposta encerra ainda outro benefício para o processo. Admitindo-se a necessidade de cumprimento de deveres processuais pelo juiz no âmbito instrutório, tem-se maior possibilidade de controle da atividade jurisdicional. Isso porque é objetivamente mais fácil e palpável o controle de violações à legislação por descumprimento

de deveres processuais do que pelo exercício ou não de poderes ou faculdades instrutórias que devem ser exercidos de modo discricionário como melhor aprover ao julgador.

§21 – A cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, de modo consentâneo com o modelo cooperativo de processo, acentua o papel das partes na condução do processo na medida em que limita os poderes oficiosos do órgão julgador. Uma vez admitida a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual em matéria probatória, a manifestação de ambas as partes, em uníssono, de forma contrária à produção de determinado meio probatório consubstancia verdadeira convenção processual sobre matéria probatória (CPC, art. 190), por meio da qual renunciam a determinado meio de prova, o que reforça a não conformação da produção oficiosa de provas com a estrutura do processo cooperativo.

§22 – O fato de que o CPC/2015 não reproduziu o art. 132 do CPC/1973, que trazia a regra de vinculação para prolação de sentença do juiz que concluísse a audiência de instrução fortalece a assertiva de que as partes são as destinatárias das provas produzidas nos autos que mais são impactadas pelo resultado da atividade probatória. Isso porque não há atualmente sequer a garantia de que o juiz que determine a produção de meio de prova oficiosamente será o responsável pelo julgamento da causa, o que enfraquece a ideia de que o julgador deve manter seus amplos poderes probatórios para convencer-se de uma ou outra alegação. Não havendo vinculação para prolação da sentença, as partes se mostram, mais do que nunca, as principais destinatárias das provas produzidas e, de tal modo, o exercício solipsista dos poderes instrutórios perde fundamento.

§23 – Fortalecida a ideia de respeito ao consenso dos litigantes, o processo judicial tende a ser mais célere e efetivo. A partir do momento que remanescem apenas questões que são objeto de dissenso para o exercício de uma solução adjudicada e assimétrica por parte do juiz, o real cerne das disputas das partes fica focalizado e a marcha processual se torna mais limpa. Com menos decisões adjudicadas e maior espaço para consenso, há natural queda da irresignação das partes e, por consequência, dos recursos manejados, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

§24 – A atuação judicial cooperativa substituta da prolação de decisão adjudicada no âmbito probatório se coloca como ponto médio a conformar argumentos publicistas e privatistas lançados ao longo do tempo para criticar ou defender a extensão dos poderes instrutórios do julgador. Não há invasão no campo de atuação das partes, pois, respeitada a proeminência delas na seara probatória, a atuação judicial ora proposta ocorreria a título subsidiário e seria limitada pela manifestação de vontade de um ou ambos os litigantes.

Também não há mácula à imparcialidade, pois, não se verá nem um atuar dirigido à produção de determinado meio de prova nem uma omissão eloquente, mas um ponto médio de indicação, à luz da cooperação, de lacuna probatória, que poderá ou não ser endossada por uma ou ambas as partes. Ademais, a questão atinente à parte hipossuficiente, assistida por advogados que naturalmente se mostrariam mais despreparados em razão do fator financeiro, também seria conformada pela atuação judicial cumpridora dos deveres cooperativos. Ao instar as partes a se manifestarem sobre a lacuna probatória, o juiz, como já destacado, acaba por cumprir o dever de auxílio no que tange à sugestão de certa atuação à parte, de modo que o hipossuficiente resta amparado pela conduta estatal, que lhe permite, ainda, o exercício informado da liberdade de escolha acerca da produção ou não de determinado meio probatório.

§25 – É possível enxergar exceções à regra proposta no sentido da impossibilidade de determinação de produção de provas pelo juiz quando, uma vez consultadas as partes, elas se manifestarem, em uníssono, de forma contrária. Tais exceções se fazem presentes nas hipóteses de direitos titularizados por incapazes ou de direitos que não admitem composição. Em tais situações, o ordenamento jurídico veda, por exemplo, a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual (CPC, art. 190), de modo que não se pode interpretar como avença processual atípica, em matéria probatória, eventual manifestação das partes quando o processo tiver por objeto direitos que não admitem autocomposição e direitos titularizados por incapazes. Presente a nota de indisponibilidade do direito objeto do litígio, faz-se presente a exceção à regra proposta.

§26 – No entanto, ainda que o juiz se valha da exceção ora admitida, deve-se ter presente que: (i) por contrariar a vontade dos litigantes, a decisão judicial deve ser fundamentada e imbuída de ônus argumentativo qualificado; (ii) a decisão judicial que vier a contrariar a vontade expressa das partes deve ser precedida de todo o processo dialético e simétrico de condução do processo e de construção do conteúdo da decisão ora proposto, no qual se insere o exercício, pelo órgão julgador, dos deveres cooperativos de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção; e (iii) a possibilidade de inversão do ônus da prova como medida mitigadora deve ter se revelado incabível, inadequada ou insuficiente.

§27 – Ainda no que tange às exceções à regra proposta, convencendo-se o juiz de que as partes se valem do processo para empreender simulação, a legislação o exorta a proferir sentença que obste o interesse das partes. Contudo, havendo para tal fim necessidade de produção de meio de prova, não se poderá exigir a manifestação de vontade das partes

acerca do tema, já que o pressuposto é, justamente, de que a vontade de ambas está viciada, de modo que não incidem os princípios que informam e fundamentam o modelo cooperativo de processo para endossarem uma condução participativa da marcha processual.

§28 – Dada a nota de subsidiariedade da atuação judicial de cumprimento dos deveres cooperativos do processo para os fins de provocar as partes a se manifestarem sobre eventual lacuna probatória, o momento processual adequado para que o juiz atue de tal forma será após a ampla atividade probatória das partes. Apenas após isso, sobrevirá atuação do julgador que aponte a carência probatória por ele observada, iniciando-se o diálogo com as partes acerca do tema. Exceções à atuação proposta no momento processual ora estabelecido podem se dar em atenção à efetividade e à celeridade do processo, quando seja patente, por exemplo, que determinado meio de prova não se presta a provar o fato alegada pela parte, seja por vedação legal, seja por haver jurisprudência consolidada acerca do tema.

§29 – Em suma, a proposição ora feita no sentido de que o exercício dos deveres processuais cooperativos deve substituir a determinação oficiosa de provas, respeitando-se a negativa uníssona das partes, (i) encontra fundamento no modelo cooperativo de processo e nos princípios que o estruturam; (ii) torna impregnados o processo e seu resultado de maior legitimidade; (iii) confere maior possibilidade de controle dos poderes instrutórios do juiz; (iv) valoriza os princípios do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade das partes; (v) fortalece a ideia de prova como direito fundamental das partes, cristalizando-as como reais destinatárias do conteúdo probatório produzido nos autos; (vi) atribui mais celeridade e efetividade ao processo; e (vii) revela-se ponto médio a conformar argumentos favoráveis e contrários à maior ou menor expansão dos poderes instrutórios do juiz.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf) . Acesso em 15 de fev. de 2020

AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'. In: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blach, 2001.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, 2005.

_____. Os poderes instrutórios do juiz na direção e na instrução do processo. In *Temas de direito processual civil* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Privatização do processo. In *Temas de direito processual civil* (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In *Temas de direito processual civil* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In *Temas de direito processual civil* (Nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. As presunções e a prova in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 55-71.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e Modelo Constitucional de Processo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do processo panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. v. I. Trad. Manuel Ossorio Florit. Bueno Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1956.

BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018.

_____. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, jun 2008, v. 160.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, 2007, pp. 36-46.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 15 abr. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Scarpa. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARVALHO, Fabiano. Código de Processo Civil Anotado. In TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord. et al). AASP, rev. e atual. em 25.2.2019, p. 259. Disponível em <https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf>

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 8, 2015, pp. 177/186

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. Yale: Yale University Press. 1986.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral da prova e parte geral do direito probatório*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. 2018.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. Salvador: JusPodium, 2007.

_____. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti della Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958.

FURLAN, S.; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017.

GABRIEL, Anderson de Paiva, VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. A contribuição das convenções processuais para a transformação da cultura do litígio e as diretrizes gerais de interpretação e controle. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 12, v. 19, n. 3, set a dez 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, jan.-abr., 2013.

_____. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. v. 1. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 172, jun., 2009.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, out/dez, 2007.

_____. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 24, mar., 2005.

_____. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, 2008, p. 29-56.

_____. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n.4, 2009, jul-dez. 2009.

_____. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – primeira parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015, p. 61-136. fev. 2015.

_____. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – segunda parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, 2015, p. 111-201. mar. 2015.

_____. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. _____. v. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. _____. v. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, 2012, p. 123-134.

HARDIN, Russell. The Genetics of Cooperation, 28 ANALYSE & KRITIK 57, 57 (2006), available at <https://www.degruyter.com/view/journals/auk/28/1/article-p57.xml> Acesso em 20 mar. 2020

JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, 2016.

LANES, Júlio Cesar Goulart, POZATTI, Fabrício Costa. O Juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado: artigo por artigo*. 6. ed ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz;. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

_____. Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismovalorativo. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UFRGS, 2007.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, abr. 2011.

_____. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012

_____. Princípio da colaboração. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de Processo – REPRO*, v. 168, fev 2009.

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

_____. Da Teoria Fazzalariana de Processo – O processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão de módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal. Belo Horizonte: RDCPC, n.43, set-out. 2006 – Estudos Jurídicos

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/45554599/poderes-do-juiz-e-visao-cooperativa-do-processo-i-academia>>. Acesso em 12 de out. de 2016.

PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O20FINAL.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

PICÓ I JUNOY, Joan. La buona fede processuale: una manifestazione dell autoritarismo giurisdizionale? *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2013.

_____. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal plantado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2006.

_____. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, jul-set, 2001.

_____. Repensando los pactos procesales probatórios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Processo*, v. 21, n.1, jan-abr 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

_____. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de*

Direito Processual – REDP, mai a ago 2018, v. 19. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 12 mar 2020.

_____; MAZZOLA, Marcelo. A Cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n.3, set a dez 2017, p. 212

_____; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, p. 291. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

_____. Limites e possibilidade do acordo em direitos indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015. In *Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (Organiz.). EDIPUCRS 2018, disponível em http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/c31605fefad050d121a51d63a564c9a8.pdf. Acesso em 03 mar 2020.

RAATZ, Igor. exceções substanciais e (de)limitação dos poderes do juiz no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, v. 18, n. 2, mai-ago 2017, p. 319. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 21 ago. 2019.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso*. II Congreso Internacional de Derecho Procesal, Cartagena de Indias, Universidad de Medellín. Septiembre 17, 18 y 19 de 2009.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. In: DIDIER JR., Fredie *et al. Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v.279, p. 19-40, mai-2018.

_____. Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. UERJ, 2014.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

RODRIGUES, Fernando Pereira. O Novo Processo Civil - Os Princípios Estruturantes. Almedina: Coimbra, 2013

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

SCHENK, Leonardo Faria. Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Contraditório e Cognição Sumária. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, n. 13, jan-jun, 2014.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudo sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 86, abr-jun. 1997.

_____. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, - livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle (Org. *et al*). *O fim do convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanc, 2018.

TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, 2015.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2006.

_____. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad in *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008.

_____. Investigación judicial y producción de prueba por las partes in *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 84

TESHEINER, José Maria, Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2018.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

WAMBIER, Luiz R. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11, v. 18, n. 3, set a dez 2017.

WAXSE, David J. Cooperation—What Is It and Why Do It?, XVIII RICH. J. L. & TECH. 8 (2012), <http://jolt.richmond.edu/v18i3/article8.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Breves notas sobre convenção das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018.

ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 68, abr./jun. 2018, pp. 147-209.

Legislação

BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. DECRETO-LEI Nº 1.608/39. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Congresso, 1973. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Congresso, 2015. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

ESPAÑA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2001. Disponível em: <
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. 1975. Disponível em: <
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>

ITÁLIA. *Codice di procedura civile*. Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 1940. Disponível em: <
<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1940-10-28;1443!vig=>>>.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 740.150/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1402168/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 11/12/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 673.743/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp 1495618/GO, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1788314/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 30/05/2019.