



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Camila de Castro Barbosa Bissoli do Bem

A importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade no Processo Civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da cooperação.

Rio de Janeiro

2018

Camila de Castro Barbosa Bissoli do Bem

**A importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade
no Processo Civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da
cooperação.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
stricto sensu em Direito Processual da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Flávia Pereira Hill

Rio de Janeiro

2018

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

B455 Bem, Camila de Castro Barbosa Bissoli do.

A importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade no processo civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da cooperação / Camila de Castro Barbosa Bissoli do Bem. - 2018. 229 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Flávia Pereira Hill.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Depoimento - Teses. 2. Cooperação – Teses. 3. Poderes (Direito) – Teses. I. Hill, Flávia Pereira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

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

Assinatura

Data

Camila de Castro Barbosa Bissoli do Bem

**A importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade
no Processo Civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da
cooperação.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 28 de fevereiro de 2018.
Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Flávia Pereira Hill
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito - UERJ

Prof^ª. Dra. Clarissa Diniz Guedes Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro
2018

AGRADECIMENTOS

Quando se chega ao final de um trabalho como este é inevitável olhar para trás e pensar em todo o caminho percorrido até sua conclusão. Esse exercício nos mostra que nada foi construído sozinho, que ninguém caminha sozinho. Nos mostra também que apesar de os estudos e a escrita serem ações muito solitárias muito já existia antes deles começarem, muitos colaboram, por vezes de maneira essencial e sem se dar conta de quanto estavam sendo importantes para a confecção deste trabalho.

Agradeço, primeiramente, à minha orientadora Dra. Flávia Hill por toda sua dedicação, por ter sempre me dado o *feedback* que eu precisava, por ter me instigado com questões que deram o rumo desse trabalho, por ter sido tão cuidadosa com toda a correção. Nutro por ela profunda admiração e tenho muito orgulho de ter sido orientada por ela!

Agradeço também aos professores da UERJ com quem pude conviver durante esse período do mestrado, com os quais muito aprendi. Em especial agradeço ao Dr. Leonardo Schenk e à Dra. Márcia Michele Duarte pelas ponderações importantes que fizeram na qualificação, sempre cuidadosos e dedicados ao ofício tão importante que é a docência.

Não posso deixar de agradecer aos meus colegas que me acompanharam nesse período, em especial agradeço a Ludmilla Vidal, Érika Napoleão e Thaís Ferrere por terem dividido comigo principalmente essa reta final, por serem meu ombro amigo, por me ouvirem sempre com muito carinho e amizade!

Agradeço aos meus queridos alunos e ex-alunos, sempre tão instigantes e compreensivos com essa empreitada que foi gratificante, mas dura, e muitas vezes os afetaram diretamente, mas tive neles sempre o apoio para continuar. Em especial aqueles que colaboraram efetivamente com esse trabalho com traduções!

Agradeço aos meus amigos do CNEC que seria injusto nomeá-los e esquecer de algum que sempre torceram por mim para que no final tudo desse certo, desde a aprovação para fazer o curso até a conclusão dessa dissertação!

Por fim, o meu agradecimento especial à minha família.

Aos meus avós que se já se foram, mas sempre se fizeram tão importantes na minha vida, meu avô que se foi no meio dessa jornada me deixando uma saudade imensa, mas a certeza de que sempre estive ao meu lado e minha avó que um dia sonhou em ser advogada e sempre viu em mim o sonho realizado de ser uma mulher advogada!

Ao meu pai, que ao seu modo tão peculiar, mas sempre tão confortante, acompanhou e torceu para que eu concluísse mais essa etapa.

À minha mãe sempre tão dedicada a realização dos meus sonhos, como você foi importante na reta final como colaborou para que tudo desse certo!

À minha irmã, por ter compreendido que concluir essa etapa não seria simples e ter contribuído muito, sendo minha companhia tantas vezes nas estradas....

Ao Felipe, por ser o meu grande companheiro de vida, por compreender a importância de tudo isso para mim e que não mediu esforços em quase “pausar” a nossa vida para que eu pudesse chegar até o fim! Só nós sabemos quanta dedicação e abdição foi necessária para hoje esse trabalho estar concluído!

A todos vocês o meu muito obrigado!

A parcela da verdade que podemos realmente atingir é reduzida;
mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não
buscar nenhuma.

(...)

Sem dúvida que assim é; mas a impossibilidade de atingir um ideal
não nos dispensa de fazer esforços em sua direção. Podemos ter mil
escusas legítimas para não alcançar o ideal, mas só estaremos
autorizados a invocá-las, se realmente houvermos feito tudo que
pudermos, se realmente nos houvermos disposto a todos os esforços
que estejam ao nosso alcance; e é preciso que tenhamos sempre, a
cada momento, essa imagem ideal diante de nós, para que ao menos
saibamos em que direção devemos caminhar, ainda que conscientes
da nossa impossibilidade de atingir a meta.

Barbosa Moreira

RESUMO

BEM, Camila de Castro Barbosa Bissoli do. *A importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade no Processo Civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da cooperação*. 2018. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho busca trazer uma ressignificação ao depoimento pessoal no processo civil. Através de uma pesquisa bibliográfica ampla, busca-se demonstrar que o depoimento pessoal representa um importante elemento na busca da verdade no processo civil. Para chegar a essa conclusão a discussão se inicia estabelecendo algumas premissas acerca dos escopos da jurisdição, do processo justo e da verdade, sendo levantadas algumas correntes contrárias que combatem o aqui defendido, tratando-se de enfrentá-las. Em seguida, passa-se a analisar a prova, estabelecendo suas características de fundo, que vão indicar o caminho a trilhar nas próximas discussões. Necessário também se faz estudar a relação do juiz e da prova, mais especificamente como o juiz deve lidar com a prova, principalmente no que tange seus poderes de instruir de ofício o processo. A discussão chega enfim ao depoimento das partes no processo, ou seja, ao estudo das oportunidades em que a parte é fonte de prova no processo, apresentando suas peculiaridades e o tratamento que lhe foi dispensado pelo Código de Processo Civil de 2015. Tratamento este bem próximo ao existente no instrumento de 1973, o que denota que apesar de tantas mudanças acerca da concepção do processo, principalmente do surgimento do processo colaborativo, o legislador não cuidou de adaptar o depoimento das partes de modo a explorar todo o potencial que ele tem. Diante do cenário, propõe-se uma sistematização para todas as espécies de depoimento das partes no processo a fim de convalidá-las dentro do modelo processual a que se aderiu. Passa-se enfim a discutir os pontos culminantes do trabalho, quais sejam: o impacto da atuação do juiz comprometida com o processo justo ao colher o depoimento das partes na busca da verdade; a análise da possibilidade da existência de negócios processuais que limitem a possibilidade de o juiz utilizar o depoimento da parte como fonte de prova; o princípio *do nemo tenetur se detegere* e a cooperação nos depoimentos das partes; a impossibilidade de dinamização do ônus probatório quando não há cooperação das partes em seu depoimento; a cooperação das partes no processo como critério de valoração das provas que tenham as partes como fonte; e, o depoimento das partes como elemento útil para combater as lides infundadas, o asseio do Judiciário e incentivar a Justiça coexistencial.

Palavras-chave: Depoimento pessoal. Cooperação. Poderes instrutórios do juiz.

ABSTRACT

BEM, Camila de Castro Barbosa Bissoli do. *The importance of the cooperative action of the parties and the judge in the search for truth in the Civil Process: the personal testimony of the parties in the light of the principle of cooperation*. 2018. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The present work seeks to bring resignificated to the personal testimony in the civil process. Through a broad bibliographical research, it is tried to demonstrate that the personal testimony represents an important element in the search of the civil process. To reach this conclusion the discussion begins by establishing some premises about the scopes of jurisdiction, fair process and truth, being raised some currents contrary, that combat what is defended here, treating to face them. Then, it is analyzed the proof, establishing its background characteristics, that will indicate the way forward in the next discussions. It is also necessary to study the relationship of the judge and the proof, more specifically how the judge should deal with the proof, mainly with regard to his powers to instruct the process *ex officio*. The discussion finally arrives at the testimony of the parties in the process, that is, the study of the opportunities in which the part defendant is a source of evidence in the process, presenting its peculiarities and the treatment that was dispensed to it by the Code of Civil Procedure of 2015. This treatment is very close to that already existing of the 1973 instrument, which indicates that despite so many changes about the conception of the process, mainly the emergence of the collaborative process, the legislator did not take care to adapt the testimony of the parties in order to exploit the potential that he has. In the face of this scenario, it is proposed a systematization for all species of testimony of the parties in the process in order to validate them within the procedural model to which it has adhered. Finally we discuss the highlights points of the work, namely: the impact of the judge's performance committed to the fair process by collecting the testimony of the parties in the search for truth, the analysis of the possibility of the existence of procedural businesses that limit the possibility of the judge using the testimony of the party as a source of proof, the principle of *nemo tenetur se detegere* and the cooperation in the testimonies of the parties, the impossibility of boosting the burden of proof when there is no cooperation of the parties in their testimony, the cooperation of the parties in the process as a exaltation criterion of the proof that have as a source the parties, and, the testimony of the parties as a useful element to combat unfounded litigation, the overload of the judiciary and encourage coexistential justice.

Keywords: Personal testimony. Cooperation. Instructional powers of the judge.

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
1	PREMISSAS PARA O DESENVOLVIMENTO DO TEMA: DO ESCOPO DA JURISDIÇÃO À BUSCA DA VERDADE, PASSANDO PELO PROCESSO JUSTO.....	15
1.1	Da necessária discussão do escopo da jurisdição.....	16
1.2	A decisão justa como requisito de um processo justo.....	22
1.3	A verdade no processo.....	24
1.3.1	<u>A verdade no processo e seus limites, segundo Ferrajoli.....</u>	25
1.3.2	<u>Verdade negociada definida por Taruffo.....</u>	31
1.3.3	<u>Verdade formal x verdade material.....</u>	33
1.3.4	<u>Algumas teorias que negam a necessidade de se buscar a verdade no processo.....</u>	37
1.3.4.1	O processo judicial não é espelho da realidade. Crítica Hermenêutica do Direito – Lenio Luiz Streck.....	39
1.3.4.2	O mito do processo “social” como instrumento de “justiça” – Juan Montero Aroca.....	44
1.3.4.2.1	Ativismo judicial x garantismo processual: uma falsa dicotomia.....	50
2	O JUIZ E A PROVA.....	57
2.1	Considerações sobre prova no processo civil.....	57
2.1.1	<u>Conceito de prova no processo civil.....</u>	58
2.1.2	<u>Finalidade da prova no processo civil.....</u>	64
2.1.3	<u>Direito fundamental à prova.....</u>	67
2.1.4	<u>Princípios do Direito Probatório.....</u>	73
2.1.4.1	Princípio da necessidade da prova.....	74
2.1.4.2	Princípio do ônus da prova.....	78
2.1.4.3	Princípio da contradição da prova.	83
2.1.4.4	Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas).....	88
2.1.5	<u>Destinatário(s) da prova no processo civil.....</u>	94
2.2	Poder de instrução do juiz no processo civil.....	99
2.2.1	<u>A (in)existência de confronto entre os poderes instrutórios do juiz e o ordenamento jurídico brasileiro.....</u>	113

2.2.2	<u>Limites dos poderes instrutórios do juiz.....</u>	119
3	DEPOIMENTO DAS PARTES COMO FONTE DE PROVA.....	127
3.1	Depoimento pessoal.....	128
3.1.1	<u>Conceito e finalidade.....</u>	129
3.1.2	<u>Legitimação para requerer o depoimento pessoal: a inconstitucionalidade de sua determinação de ofício.....</u>	132
3.1.3	<u>Regras procedimentais do depoimento pessoal.....</u>	134
3.1.4	<u>Recusa ao depoimento pessoal justificado e a busca da verdade.....</u>	139
3.1.5	<u>Efeitos da confissão ficta: uma exceção lógica à regra da busca da verdade ou uma incongruência ilógica do sistema probatório?.....</u>	143
3.2	Confissão real.....	146
3.3	Interrogatório livre.....	150
3.4	A sistematização do depoimento das partes no Código de Processo Civil português como parâmetro para sua sistematização no Processo Civil brasileiro.....	154
4	O IMPACTO DA ATUAÇÃO COMPROMETIDA DOS ATORES DO PROCESSO CIVIL NA BUSCA DA VERDADE ATRAVÉS DO DEPOIMENTO DAS PARTES.....	158
4.1	A oralidade como pressuposto da efetividade.....	158
4.2	Cooperação processual e a boa-fé.....	162
4.3	O impacto da atuação do juiz comprometida com o processo justo ao colher o depoimento das partes na busca da verdade.....	169
4.4	A análise da admissibilidade de negócios processuais que limitem a possibilidade de o juiz utilizar o depoimento da parte como fonte de prova.....	171
4.5	O princípio <i>do nemo tenetur se detegre</i> e a cooperação nos depoimentos das partes.....	180
4.6	A impossibilidade de dinamização do ônus probatório quando não há cooperação das partes em seu depoimento.....	185
4.7	A cooperação das partes no processo como critério de valoração das provas que tenham as partes como fonte.....	195
4.8	O depoimento pessoal como elemento útil para combater as lides infundadas, o assoberbamento do Judiciário e incentivar a Justiça Coexistencial.....	198
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	207

REFERÊNCIAS.....	214
-------------------------	------------

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A admissão do depoimento das partes como um meio de prova no Processo Civil brasileiro não é nenhuma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Diferente disso, ao analisar os dispositivos atinentes ao depoimento pessoal no referido instrumento e compará-lo ao instrumento que o precedeu, não se vislumbra nenhuma novidade significativa.

Tendo em vista essa falta de novidade no que tange ao referido instituto, é necessário estabelecer qual a justificativa que se apresenta para se desenvolver um estudo acerca do assunto. A resposta encontra-se na própria pergunta: por que não investir em um instituto já presente na legislação? Por que não ressignificar tal instituto perante as novas diretrizes assumidas pelo Código de Processo Civil?

O presente trabalho procura jogar novas luzes sobre as oportunidades de depoimento das partes, que parece subaproveitado no Processo Civil brasileiro, de modo a fazer uma releitura dele sob o prisma de um processo colaborativo. O objetivo do trabalho é demonstrar que uma atuação comprometida dos atores do processo – tanto partes como juiz – ao fazer uso do depoimento das partes pode contribuir para um processo mais efetivo, em que os consensos são vislumbrados e construídos com mais afincamento ou, quando isso não é possível, a verdade é alcançada com mais facilidade.

Diante desse objetivo central, algumas outras questões vão surgindo, a fim de cumprir seu papel de auxiliar na demonstração da hipótese desenvolvida. A primeira questão que se impõe é identificar as espécies que compõem o gênero depoimento das partes, para estudá-las com afincamento, de modo a propor uma sistematização do assunto sob o prisma da oralidade como corolário da efetividade no processo. Todo o estudo se desenvolve admitindo uma nova era de um modelo colaborativo de processo.

Trata-se de uma pesquisa cuja vertente teórico-metodológica adotada foi a jurídico-dogmática, uma vez que o estudo será desenvolvido utilizando institutos e princípios exclusivos do Direito. Certo é que se fará também uma análise destes institutos do ponto de vista prático, todavia isto será feito dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Os tipos genéricos de investigação a serem utilizados nesta pesquisa serão concomitantemente o jurídico-compreensivo e o jurídico-projetivo. Inicialmente, será feita uma

decomposição do problema apresentado, investigando cada um dos institutos ali presentes, ou seja, serão estudados os escopos do processo, as provas e suas questões fundamentais, as oportunidades de depoimento das partes no processo, a oralidade, a cooperação e a boa-fé.

Logo em seguida, se passará para uma investigação jurídico-projetiva, em que, a partir do problema, indicar-se-á a tendência futura para a solução dos impasses apresentados, tendo em vista os elementos esmiuçados na primeira parte da pesquisa.

O estudo se desenvolverá através de pesquisa bibliográfica; realizar-se-á uma observação minuciosa acerca da legislação e bibliografia pertinentes ao tema.

O primeiro capítulo do trabalho trata de buscar as premissas para o desenvolvimento do tema, estabelecendo um marco teórico, que é o processo justo desenvolvido por Taruffo como tendo um de seus elementos a decisão justa, que é baseada na verdade. Para desenvolver a questão, primeiramente se investigará o escopo da jurisdição para em seguida apresentar o conceito de processo justo e chegar à discussão da verdade no processo.

Ao se discutir a verdade no processo, utilizam-se como base os conceitos trazidos por Taruffo e Ferrajoli acerca da verdade processual, passando necessariamente pelo tema verdade formal e verdade material. Não se deixa de apresentar duas teorias contrárias à necessidade da busca da verdade no processo, uma fundada na Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck e a outra fundada no denominado Garantismo Processual, que teve como um de seus precursores Juan Montero Aroca.

Cuida-se ainda no primeiro capítulo de afastar a possível dicotomia entre Ativismo Judicial e Garantismo Processual, provando que ambos podem coexistir dentro de um mesmo processo, desde que o Ativismo seja aplicado com parcimônia e o Garantismo nunca se perca de vista.

Em seguida, passa-se a uma análise da relação do juiz com as provas, partindo da apresentação dos fundamentos e princípios que norteiam a matéria prova. Neste ponto, trata-se de apresentar um conceito para prova; identificar sua finalidade; reconhecer o direito à prova como um direito fundamental; elencar os princípios informadores do Direito Probatório, quais sejam, princípio da necessidade da prova, princípio do ônus da prova, princípio da contradição da prova e princípio da aquisição das provas e identificar o destinatário da prova.

Ainda neste capítulo, cuida-se de analisar os poderes instrutórios do juiz e sua repercussão na doutrina nacional, enfrentando os argumentos que o consideram incompatível com o

ordenamento jurídico brasileiro e apresentam-se os parâmetros através dos quais ele deve ser utilizado, bem como os limites que impedem sua utilização.

No capítulo seguinte (terceiro), o depoimento das partes passa a ser analisado minuciosamente. Reconhecem-se as três oportunidades de a parte depor no processo, quais sejam o depoimento pessoal propriamente dito ou *stricto sensu*, o “interrogatório livre” e a confissão. Todos os referidos institutos são tratados de modo a entender quem são os legitimados para o requererem e qual a sua finalidade no processo, não desmerecendo outras características peculiares a cada instituto, inclusive as consequências de a parte não depor em alguma dessas situações. Por fim, trata-se de sistematizar os institutos de modo que eles componham o que foi chamado de gênero, que é o depoimento das partes.

O último capítulo se inicia com o estabelecimento de uma relação do depoimento pessoal com a oralidade, demonstrando sua importância para a efetividade do processo. Em seguida, reconhece a cooperação, relacionada com a boa-fé, como obrigação advinda de um modelo colaborativo de processo, sendo que juntas elas podem conduzir a um processo justo. E, finalmente, se apresentam alguns problemas relacionados diretamente com a busca da verdade e a atuação comprometida dos atores processuais (partes e juiz).

Dentro deste contexto, a primeira questão a se apresentar diz respeito à importância para a busca da verdade da atuação comprometida do juiz tanto ao utilizar seus poderes instrutórios quanto para colher o depoimento das partes. A segunda questão que se impõe é analisar a possibilidade da existência de convenções processuais que limitem a possibilidade de o juiz utilizar o depoimento da parte como fonte de prova. As outras questões têm relação direta com a atuação e cooperação das partes no depoimento pessoal em busca de um processo mais efetivo.

A primeira questão que tange às partes diz respeito à aparente colisão que se dá entre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e a exigência da cooperação das partes no processo. Em seguida, analisa-se a possibilidade de dinamização do ônus da prova quando não há cooperação das partes em seu depoimento. A próxima questão é atinente à possibilidade de a cooperação das partes servir como critério de valoração da prova que tenha a parte como fonte. Para finalizar, estuda-se o depoimento pessoal como elemento útil a combater lides infundadas, assoberbamento do Judiciário e incentivar a Justiça coexistencial.

São esses os pontos que se identificou como relevantes para demonstrar a importância de se ressignificar as oportunidades de depoimento das partes no processo civil e o equívoco de a

legislação recente não ter lhe dado um tratamento mais cuidadoso, como forma de lhe extrair toda a sua utilidade para o processo civil brasileiro atual.

1 PREMISSAS PARA O DESENVOLVIMENTO DO TEMA: DO ESCOPO DA JURISDIÇÃO À BUSCA DA VERDADE, PASSANDO PELO PROCESSO JUSTO

Antes de adentrar o tema central da pesquisa, necessário localizá-la dentro de um grande embate ideológico que é a busca da verdade para o Processo Civil. O próprio título do trabalho é indicativo de que toda pesquisa se perfaz crendo que a busca da verdade é um dos objetivos do Processo Civil.

Para demonstrar a questão, primeiramente faz-se uma análise do escopo da jurisdição com vistas a fazer um levantamento acerca do estado em que a questão se apresenta na doutrina, inclusive analisando como se deu a evolução do conceito. É em Taruffo¹ que se encontra a definição de jurisdição que mais se adéqua a essa pesquisa, quando ele fala da necessidade de uma decisão justa como uma das exigências de um processo justo.

Também em Ferrajoli se buscam argumentos para solidificar a ideia de que um processo deve ser desenvolvido com observância das garantias fundamentais e voltado para a busca da verdade como um ideal a ser alcançado, apesar de se entender que essa verdade que se busca é intangível. Todavia não se pode abdicar de buscar a verdade, pois neste caso estar-se-ia afastando de um processo garantista, para Ferrajoli², ou justo, para Taruffo³.

Cuida-se também de entender os conceitos de verdade formal e material de forma a compreender a sua dimensão e aplicabilidade, na atual fase de desenvolvimento da ciência processual.

A partir de então, reconhecendo-se a questão da busca da verdade como uma questão polêmica, cuida-se de trazer algumas opiniões contrárias à necessidade da busca da verdade no processo. Os autores escolhidos foram Lenio Luiz Streck e Juan Montero Aroca. Apresentam-se os argumentos dos referidos autores e procura-se combatê-los para concluir que a busca da verdade

¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

² Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

é mais do que um escopo processual, mas uma garantia, pois inserida no conceito de processo justo e adequada ao sistema brasileiro de garantias processuais.

1.1 Da necessária discussão do escopo da jurisdição

Para se entender qual a dimensão que a busca pela verdade representa no Processo Civil é necessário antes de adentrar especificamente ao tema de provas perscrutar o escopo da jurisdição. Nessa investigação será possível inserir ou não a busca da verdade como uma de suas finalidades. A partir dessa premissa, acompanhada de uma análise da verdade processual, será possível construir o marco teórico, que servirá de base para a presente pesquisa.

Pode-se dizer que a jurisdição não é um fim em si mesmo. Partindo dessa afirmação, pergunta-se: se a jurisdição não é um fim em si mesmo, qual seria a finalidade da jurisdição? A que ela serve?

Para Chiovenda, a jurisdição tem como escopo atuar a vontade da lei no caso concreto⁴ Já para Carnelutti, a jurisdição tem como finalidade a justa composição do litígio⁵.

De ambos os escopos surgiram duas teorias acerca do ordenamento jurídico, a teoria dualista, que se adequa à solução trazida por Chiovenda, e a teoria unitária, que se adequa à solução trazida por Carnelutti.

Diante disso duas questões se impõem: primeiramente, deve-se fazer uma revisão dos escopos da jurisdição identificados por doutrinadores nacionais e internacionais para em seguida discutir a valia de se manter a dicotomia instituída pelas teorias unitária e dualista.

Athos Gusmão Carneiro, ao diferenciar o ato jurisdicional do ato administrativo, deixa pistas sobre o que ele entende ser o escopo da jurisdição, para quem “a ‘aplicação da lei’ a uma

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. (Trad. Guimarães Menegale). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. Derecho y proceso. Tradución de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

pretensão é o ‘objetivo’, em si mesmo, da atividade jurisdicional; é a razão de ser”⁶, todavia entende também pela necessidade de uma lide para se exercer a atividade jurisdicional que deve ser eliminada pela aplicação da lei⁷. Em outras palavras, o autor parece reconhecer tanto a teoria de Chiovenda quanto de Carnelutti e consolidá-las em um único conceito.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, juntamente com Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, estabeleceu, em seu clássico *Teoria Geral do Processo*, que a finalidade da jurisdição é de buscar a pacificação dos conflitos com justiça⁸. Tal finalidade, segundo a autora ressaltou bem mais tarde, precisa ser reformulada de forma indutiva, observando o que vem ocorrendo nos processos atualmente⁹.

Neste mesmo sentido de se buscar a paz social se manifestou Nelson Nery Júnior, juntamente com Rosa Maria Andrade Nery no sentido de que “a função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução dos conflitos é o objeto primeiro da jurisdição”¹⁰, reconhecendo também na jurisdição essa função primordial de solucionar conflitos.

Já para Humberto Theodoro Júnior a jurisdição tem como finalidade aplicar o direito material ao caso concreto, realizando a justa composição do litígio, exterminando a ameaça à paz social¹¹.

⁶ CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática: área do direito processual civil. 8. ed. rev. e ampl. de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1997, p.19.

⁷ CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática: área do direito processual civil. 8. ed. rev. e ampl. de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1997, p.19.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.147.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, et. al. *Processo em jornadas: XI Jornadas brasileiras de Direito Processual; XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodvim, 2016.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação civil processual extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 373.

¹¹ Dando ao direito do caso concreto a certeza de que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição do litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante a eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social. (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

Taruffo, por sua vez, afirma que se o objetivo do processo fosse apenas buscar a pacificação social, tudo bem em afastar a busca da verdade, mas deve-se ressaltar que mesmo que o processo chegue ao fim, buscando apenas a paz social, ele pode não solucionar o litígio¹².

Sendo assim, para o referido autor o processo deve ter como fim “a obtenção da tutela jurisdicional dos próprios direitos subjetivos e interesses legítimos”¹³. Neste ponto a verdade que se busca no processo encontra o próprio princípio da legalidade, inserido na teoria da democracia e que exige que a decisão tenha qualidade, concluindo que somente “boas” decisões colocam fim ao litígio¹⁴.

Neste mesmo sentido, Owen Fiss defende que a jurisdição deve buscar muito mais do que a paz, ela deve buscar a concretização dos direitos consagrados pelo Estado¹⁵.

Fuller, ao discorrer sobre jurisdição, diz que ela se diferencia de outras decisões porque na decisão jurisdicional o juiz deve ser imparcial, ouvir as partes e se basear em princípios e fundamentos que compõem o ordenamento jurídico¹⁶.

Como se vê, também os clássicos autores norte-americanos reconhecem a necessidade de se buscar uma decisão que seja a efetivação do direito material, mais do que se buscar a pacificação social.

¹² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

¹³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. p.139.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

¹⁵ *In my view, however, the purpose of adjudication should be understood in broader terms. Adjudication uses public resources, and employs not strangers chosen by the parties officials chosen by a process in which the public participates. These officials, like members of the legislative and executive branches, possess a power that has been defined and conferred by public law, not by private agreement. Their job is not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the Constitution as statutes; to interpret those values and to bring reality into accord with them. This duty is not discharged when the parties settle.* (FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984. p. 6.)

¹⁶ Let me spell out rather painstakingly the steps of an argument that will show why this should be so. (1) Adjudication is a process of decision that grants to the affected party a form of participation that consists in the opportunity to present proofs and reasoned arguments. (2) The litigant must therefore, if his participation is to be meaningful, assert some principle or principles by which his arguments are sound and his proofs relevant. (3) A naked demand is distinguished from a claim of right by the fact that the latter is a demand supported by a principle; likewise, a mere expression of displeasure or resentment is distinguished from an accusation by the fact that the latter rests upon some principle. Hence, (4) issues tried before an adjudicator tend to become claims of right or accusations of fault. (FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978. p. 10)

Greco resume muito bem essa crítica quanto à finalidade da jurisdição ser a busca da pacificação social, dizendo que este é “um objetivo remoto e ideal. Não é a paz social que desencadeia o exercício da jurisdição, nem é a paz social que o juiz alcança quando termina de exercer a jurisdição”¹⁷. Para o autor, a finalidade é fazer prevalecer a situação fático-jurídica que encontra proteção legal¹⁸.

Com essa mesma visão, diga-se, mais condizente com os tempos atuais, Teori Zavascki defende que “quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”¹⁹.

Percebe-se, pois, uma forte tendência, que se reconhece acertada, de se afastarem os escopos da jurisdição formulados por Chiovenda e Carnelutti como se fossem estanques e incomunicáveis. Dinamarco criticou tais escopos, formulados pelos clássicos italianos, dizendo que só se ocuparam da função jurídica da jurisdição, pouco importando o escopo social e político que ela apresenta²⁰.

Seu escopo social, para o autor, abrange não só a pacificação social, mas também a educação na defesa e respeito dos direitos próprios e alheios. Já o escopo político, para ele, zela pela estabilização das instituições, pelo exercício da cidadania e pela preservação das liberdades públicas²¹⁻²².

¹⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76

¹⁸ “finalidade para qual tende a jurisdição é a tutela, a proteção, o reconhecimento ou a prevalência das situações fáticos-jurídicas de que são titulares determinados sujeitos em relação a outros ou em relação a toda a sociedade” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.76)

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, p.5.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

²² Importante destacar que para Bedaque o escopo jurídico é suficiente para a caracterização da jurisdição: “Assim, para a caracterização da jurisdição, não é insuficiente considerar apenas o escopo jurídico deste instituto. Escopos sociais e políticos são apenas meras consequências da correta incidência da regra de direito material”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.)

Sendo assim, percebe-se uma tendência a uma superposição dos conceitos e escopos trazidos pelos clássicos italianos. Nota-se, em linhas gerais, que hoje se reconhece que a finalidade da jurisdição reside tanto na necessidade da atuação do Direito, como também na necessidade da composição dos litígios. Observa-se ainda uma tendência a alargar o conceito, trazendo as características de imparcialidade e independência, bem como a inafastabilidade e a possibilidade de tutelar pretensões, direitos e relações jurídicas ainda que não haja lide²³.

Partindo do pressuposto que estes são os escopos atuais da jurisdição, não se pode deixar de revisar e criticar a posição radical de, ao se discutir a jurisdição, seus conceitos e escopos, e ao apresentarem as teorias unitária e dualista, defendidas por Chiovenda e Carnelutti, respectivamente, se posicionar a favor de uma e contra a outra.

É preciso destacar que, para a teoria unitária, o direito material e o processual se fundem em um só e somente se completam quando há aplicação do direito material pelo direito processual, na sentença. Já a teoria dualista, ao contrário, diz que o direito material e o processual não se misturam, pois o direito material preexiste sem o direito processual, o que se dá na maioria das vezes em que se cumpre a lei independentemente da coação do Estado. E, ainda, para a primeira corrente o juiz tem um papel de criação, já para a segunda o juiz apenas descobre a lei que deve ser aplicada.

Dinamarco defende a segunda teoria e afirma ser o juiz um “válido canal de comunicação entre os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua. Isso não é criar normas, mas revelá-las de modo inteligente”²⁴.

Em que pese o valor da opinião do jurista, há que se ressaltar que não existe na atualidade o modelo de juiz como mero executor da lei, também não existe mais, o que não se acredita que existiu, o juiz como criador livre do direito²⁵. Vive-se num tempo em que o juiz tem um poder discricionário de criação sim, porém isso precisa ser trabalhado de forma a ser limitado²⁶.

²³ Leonardo Greco também enxerga a imparcialidade como característica importante da jurisdição. (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015)

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

²⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁶ Vide item 1.3.4.2.1.

Entretanto, retomando a questão, dizer que o direito só se realiza na sentença ou dizer que o direito se realiza independentemente da sentença é ser radical, e não utilizar o bom senso, pois vemos situações em que o direito só se realiza na sentença e situações, que são a maioria, que o direito independe da sentença para se realizar; portanto, em termos práticos, considera-se desnecessário afirmar que existe uma dicotomia entre as teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico, sendo que a existência de uma afasta a existência de outra.

Importante salientar que Ada Pellegrini, em recente artigo intitulado “Revisitando a teoria geral do processo”, dentre muitas das conclusões que chegou, afirmou que:

Ainda se lembram da teoria monista e dualista do processo, quando hoje existem processos que se limitam a aplicar a norma de direito material pré-existente e outros que criam normas, como na função criadora da jurisprudência e no processo estrutural, que não olha para o passado mas sim para o futuro.²⁷

Ou seja, além de tudo que foi dito até aqui, a doutrinadora levanta a função da jurisdição que cuida de tutelar as pretensões sem nem ao menos haver direito material anterior, o que se dá na função criadora da jurisprudência e no processo estrutural.

Dessa forma, defende-se que o escopo da jurisdição atualmente envolve a solução justa dos litígios, de modo a aplicar o direito material ao caso concreto, reconstruindo-o o mais próximo possível do que ocorreu, de forma imparcial e independente e possibilitando a atuação da jurisdição ainda que não haja lide²⁸.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, et. al. *Processo em jornadas: XI Jornadas brasileiras de Direito Processual; XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: JusPodvim, 2016. p 29-32.

²⁸ Com relação à discussão sobre a adoção de uma teoria unitária ou dualista do processo entende-se que se apresenta pouco útil na prática, apesar de representar importante marco teórico para a construção do conceito atual de jurisdição que se apresenta numa fase híbrida ou intermediária.

1.2 A decisão justa como requisito de um processo justo

Se se conclui que parte do escopo da jurisdição é buscar uma solução justa para o processo, necessário se faz entender o que representa para a pesquisa esta solução justa. Ao se perquirir sobre a questão concebeu-se que a solução justa é requisito de um processo justo como se demonstrará nas linhas a seguir.

Greco muito falou sobre o processo justo, que para ele se assemelha ao que os norte-americanos chamaram de devido processo legal, o que nada mais é do que o processo informado por uma série de garantias fundamentais que são universalmente acolhidas pelos países que têm a dignidade da pessoa humana como um dos pilares de sua democracia²⁹.

Segundo o autor, essas garantias no Brasil encontram seu suporte na Constituição Federal, nos incisos que garantem a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), além dos princípios da Administração Pública (art. 37), da isonomia (art. 5º, *caput*) e da fundamentação das decisões (art. 93, IX)³⁰.

Taruffo elucida bem o tema ao afirmar que há duas noções de processo justo, uma primeira que exige que se coloquem em prática todas as garantias fundamentais, todavia não se exige a natureza e qualidade das decisões. Já a segunda noção de processo justo, noção esta, à qual ele se filia, exige além da presença de todas as garantias fundamentais no processo, a necessidade de se valorar a decisão como um critério autônomo para o processo justo, devendo esta decisão também ser justa³¹.

Leonardo Schenk, em sua obra *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*, resume os critérios trazidos por Taruffo para se alcançar uma decisão justa³². Em

²⁹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

³⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

³¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

³² “O primeiro deles exige a correta identificação e interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso. O segundo impõe a avaliação confiável dos fatos relevantes para o julgamento. O terceiro, e último, avalia a observância de um procedimento válido e justo, ditando o *iter* a ser percorrido para a formação da decisão justa.” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 69)

suma, conclui que para se alcançar uma decisão justa faz-se necessária uma avaliação confiável dos fatos, bem como a correta identificação e interpretação da norma jurídica a ser aplicável ao caso, tem-se que, ainda que não a alcance, a decisão justa busca a verdade³³.

Não se pode desconsiderar, entretanto, que a verdade (que será tratada no próximo item) é um conceito muito fluido e talvez por isso se a justiça das decisões se encontra atrelada à verdade, essa justiça de alguma forma é relativa, como reconheceu Gentili³⁴, porque a verdade do processo é a verdade que ele pode alcançar, limitada de alguma forma pela vontade das partes.

Em resumo, é possível afirmar que, para Taruffo³⁵, o processo justo está intimamente ligado a uma decisão justa que para existir necessariamente deve respeitar no *iter* processual todas as garantias fundamentais do processo, mas isso apenas não é suficiente. Para ele, faz-se necessário também, para se alcançar uma decisão justa, uma reconstrução verdadeira dos fatos e a aplicação correta do direito material a estes fatos reconstruídos, sendo que a aplicação correta do direito material somente será possível caso haja a reconstrução verdadeira dos fatos.

Ressalte-se ainda que a ausência de qualquer desses critérios afasta a qualidade de “processo justo” do processo.

Pois bem, reconhece-se assim que a verdade dos fatos à qual se aplica o direito material é uma das buscas primordiais do processo, já que esta representaria uma sentença justa, e isto não se afasta da ideia de jurisdição como garantia de acesso à justiça a tutelar direitos com um objetivo remoto de obtenção da paz social.

Cumprе salientar que Taruffo critica, ainda, em sua obra, o sistema adversarial estadunidense, no qual se abre espaço para os advogados competirem, trazendo uma concepção individualista para o processo, nele quem vence tem razão e não o contrário. Neste caso, não há busca da verdade, acredita-se inclusive que ela pode ser um desvalor a aprofundar o conflito³⁶.

³³ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 69

³⁴ GENTILI, Aurelio. Contradditorio e giusta decisione nel processo civile. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Edição anual 2009. pp. 745-762.

³⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

³⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

Essa ideologia individualista do processo, na qual as partes exercem um poder monopolista dentro dele, fere a igualdade entre as partes, pois aquele que tem mais poder sobressairá necessariamente àquele que tem menos poder.

Entende-se que o sistema de processo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de tantas características fundadas nesta ideologia individualista trazidas no Código de Processo Civil de 2015, se coaduna muito mais com o modelo italiano trazido por Taruffo³⁷, no qual a busca da verdade, a realização do direito material se sobrepõe à pacificação dos conflitos.

É, pois, baseado nesta proposição de que o processo busca a verdade e a partir disso se demonstrar a importância do depoimento das partes para alcançar este fim, que o trabalho se desenvolverá, sendo o próximo passo discorrer sobre a verdade processual.

1.3 A verdade no processo

Reconhecida a necessidade de um processo justo, no qual a decisão justa o compõe juntamente com as garantias fundamentais, sendo que na decisão justa o juiz deve interpretar e aplicar a norma na decisão, bem como buscar uma apuração verdadeira dos fatos, conclui-se que a verdade e sua reconstrução são importantes para o processo³⁸. Corroborando o afirmado Taruffo defende “que a apuração verdadeira dos fatos no processo é *possível*, bem como tal apuração é *necessária*, disso deriva que o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão”³⁹.

Dessa forma, partindo desse pressuposto, que é possível e necessária apuração da verdade no processo, importante nesse ponto delimitar o que seria essa verdade no processo e quais os seus limites, bem como as questões ideológicas que de algum modo a envolve.

³⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

³⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 140-143

³⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 143

1.3.1 A verdade no processo e seus limites, segundo Ferrajoli.

Ferrajoli ao dissertar sobre a verdade começa admitindo que toda a atividade jurisdicional é uma mistura de saber-poder, na qual o saber corresponde à verdade e o poder à decisão, e conclui que quanto maior o saber menor o poder, o que também ocorre de maneira inversa⁴⁰. O autor se apoia nas ideias de Montesquieu para quem num modelo ideal de jurisdição o Poder Judiciário, como trata dos casos em concreto, diferente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, deve ser invisível e nulo⁴¹. Todavia, Ferrajoli afirma que “na prática costuma ocorrer que nulo é o saber”⁴².

Se assim se considera, tem-se que a atividade jurisdicional deve se fundar basicamente no saber, ou seja, na verdade. Ferrajoli afirma que na prática não há uma perfeita correspondência entre previsão legal e fatos, portanto não há um perfeito “cognitivismo”⁴³, entretanto quanto mais realizável o saber, menos opera o poder, o qual, em exagero, pode conduzir à arbitrariedade⁴⁴.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

⁴¹ “O poder de julgar não deve ser dado a um sendo permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a Magistratura e não os magistrados”. (Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.169) E prossegue mais a frente: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo”. (Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 172).

⁴² Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

⁴³ Expressão utilizada pelo autor para definir o segundo elemento da epistemologia garantista: “Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas “motivações”, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdicionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou rejeitabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação.” (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32).

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39. O autor afirma: “O conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais puramente decisionistas, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional” (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do*

Daí se conclui da necessidade da verdade no processo⁴⁵, como também defendeu Taruffo e muitos outros, todavia, retomando o que havia se falado: o que é a verdade no processo? Voltando, pois, a Ferrajoli, que expõe a questão de modo claro, a concepção da verdade processual deve ser de correspondência dupla com a verdade fática e a verdade jurídica, reconhecendo serem verdadeiras tais verdades trazidas ao processo⁴⁶.

A verdade fática é composta de fatos que são trazidos ao processo por meio da prova que demonstra a ocorrência do fato no passado. Já a verdade jurídica advém de uma interpretação do direito para qualificar o fato. A questão de fato é resolúvel pelo método indutivo, já a questão de direito é resolúvel pelo método dedutivo, quando se encontram ambas, está-se diante da verdade processual⁴⁷.

Quando se fala em verdade, vem à tona um ideal formulado pelo Iluminismo⁴⁸ de uma verdade absoluta, certa ou objetiva. Tem-se que esta verdade nunca é alcançável, mas ela deve ser imposta como meta, como um ideal a ser alcançado, apesar de a consciência dizer que não será possível chegar nela⁴⁹.

Ressalta-se que a própria verdade científica não é alcançável, o que ocorre com qualquer verificação empírica, mas apesar disso, deve-se buscar o que Ferrajoli denominou de verdade

Garantismo Penal. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40).

⁴⁵ Ressalte-se que, a despeito de a teoria desenvolvida por Ferrajoli (Garantismo Penal) o foi com vistas ao Direito Penal, tanto material quanto processual, em muitos pontos pode ver sua aplicação no Processo Civil, como muitos se valeram para desenvolver o Garantismo Processual no Processo Civil que será demonstrado adiante e também pode fazê-lo com pequenas adaptações com relação à verdade processual.

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

⁴⁸ “A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.” (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42).

⁴⁹ Dinamarco também afirma: “E, como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147)

aproximada⁵⁰, o que difere do ultrapassado conceito de verdade formal que tratar-se-á no item seguinte.

Afirma-se, ainda, que a verdade processual é aproximada porque encontra limites⁵¹ que Ferrajoli entendeu como sendo quatro. Os dois primeiros relativos a referências empíricas relacionadas diretamente com a verdade fática e a verdade jurídica. As outras duas já representando problemas epistemológicos complexos que se relacionam a inevitável subjetividade do conhecimento judicial, bem como limites estabelecidos legalmente com vistas a conter abusos das partes e dos julgadores⁵².

Como afirmado acima, a verdade fática advém da utilização de um método indutivo de verificação da correspondência entre fato e prova trazida a juízo. Sabe-se que ao se fazer uma investigação de fatos passados, não se pode verificá-los empiricamente, o que se faz então é verificar os sinais dos efeitos produzidos por aqueles fatos. Sendo assim, a verdade processual fática “é o resultado de uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios do presente”⁵³.

⁵⁰ O conceito de verdade aproximada é aceito hoje dentro de um Processo Civil moderno, nesse sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Ante tais ponderações, no milenar antagonismo entre o que se convencionou chamar de verdade material e formal, a tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança. Nem por isso seria possível aceitar, por outro lado, posição tão radical que chegasse a sustentar o predomínio quase absoluto da busca da verdade das alegações de fato, com total informalidade, porquanto tal visão não corresponderia à realidade atual do processo, baseada na cooperação entre órgão judicial e as partes, e nem se compadece com as necessidades de eficiência e presteza do instrumento processual”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. 2.ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147-148). Também Humberto Theodoro Jr.: “Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.” (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN11xMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017)

⁵¹ “Fator de divergência entre a verdade processual e o modelo ideal da “correspondência””. (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49).

⁵² Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁵³ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

O que ocorre é que a investigação jurisdicional deve ser concluída em um tempo razoável, todavia nem sempre se alcançam todos esses efeitos dos fatos passados; nesses casos, a solução é se valer de regras jurídicas que servirão para criar presunções a fim de que a investigação seja encerrada⁵⁴.

O segundo limite que se impõe é relativo à verificação da verdade jurídica. Nesse caso a busca da verdade não é resultado de uma inferência, mas de uma subsunção, que é um tipo de raciocínio de natureza classificatória em que apesar de se ter premissas analiticamente verdadeiras as conclusões são opinativas. No caso da investigação judicial tem-se no precedente a definição legal, que nem sempre é precisa o suficiente e no conseqüente a classificação do fato comprovado. Sendo assim, a validade da conclusão depende diretamente da precisão da norma jurídica, o que nem sempre ocorre dada a prevalência de conceitos fluidos e indeterminados trazidos legalmente⁵⁵.

Com relação aos limites epistemológicos, o primeiro que se apresenta reside no caráter não impessoal do julgador, dessa forma por mais que ele se esforce para ser objetivo, está submetido às circunstâncias ambientais. Ferrajoli elenca elementos mínimos para um julgador ser imparcial, quais sejam:

O compromisso do juiz de não se deixar condicionar por finalidades externas à investigação do verdadeiro, a honestidade intelectual que, como em qualquer atividade de investigação, deve encerrar o interesse prévio na obtenção de uma verdade, atitude “imparcial” a respeito dos interesses das partes em conflito e das distintas reconstruções e interpretações dos fatos por elas sustentadas, a independência do juízo e a ausência de preconceitos no exame e na valoração crítica das pessoas, além dos argumentos pertinentes para a qualificação jurídica dos fatos por ele considerados provados.⁵⁶

Todavia, isso não basta, pois sempre haverá as deformações involuntárias, uma vez que em todo juízo está presente uma dose de preconceito. Ressalte-se que toda e qualquer investigação

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45-46 “Os significados expressos na linguagem jurídica usada em sua aplicação operativa são tão ambíguos e opinativos quanto as regras de uso da língua jurídicas ditadas pelas normas” (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46).

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46-47.

histórica está sujeita a esse limite, pois o investigador nunca será tábula rasa, contudo na investigação judicial essas deformações tendem a ser mais profundas por três motivos: o primeiro está ligado ao fato de as investigações judiciais contarem com uma carga moral e emocional que muitas vezes tornam mais árdua a serenidade do julgador; o segundo porque o juiz é um investigador exclusivo, uma vez declarada a coisa julgada existe uma impossibilidade de correção da verdade extraída⁵⁷, diferente das outras ciências que nenhum mal há no surgimento de nova tese refutando a antiga, até mesmo pelo próprio pesquisador; e, a última, mas não menos importante, a investigação judicial está submetida às regras jurídicas que estabelecem espécies de filtros que recortam apenas os aspectos politicamente relevantes do fato, sendo proibido ao julgador ultrapassar estes limites impostos⁵⁸.

Além disso, não se pode olvidar que na investigação judicial a maioria das evidências utilizadas surgem de provas produzidas para o processo, como a perícia, a testemunha. Isso faz com que essas provas apesar de serem, de alguma maneira, artificiais, terem mais autenticidade na reconstrução do fato, todavia são eivadas de subjetividade. Sendo assim, não só o juiz está sujeito à subjetividade, que é peculiar à sua natureza humana, mas também muitas provas⁵⁹.

⁵⁷ Ainda que se reconheça a relativização da coisa julgada, em algum momento a decisão não pode mais ser modificada.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47-48.

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48. Deve-se observar que Ferrajoli ao render homenagens à autenticidade da prova judicial destacou que sua produção deve se dar num ambiente de garantias que no Processo Penal é denominado sistema acusatório. Todavia, esta verdade pode ser transplantada ao Processo Civil, já que hoje este também só se desenvolve com a presença de garantias fundamentais, que uns chamam de devido processo legal e outros de processo justo, mas não há quem na processualística atual o negue: “Compreende-se que esta maior autenticidade aparece apenas quando se tornam satisfeitas as garantias do juízo contraditório, da oralidade, da imediatez e da publicidade das provas, que caracterizam, como veremos, a forma do processo acusatório. Falta esta autenticidade, ao revés, no processo inquisitivo, em que as provas são aceitas em segredo e por escrito. Neste caso, as fontes de prova perdem não só vivacidade e degeneram em “documentos” do passado, mas também sofrem uma ulterior deformação subjetiva, aquela que deriva do método não impessoal de sua coleta, constituído pela verbalização. Esta, na realidade, não é um registro mecânico, mas um filtro ulterior inserido no processo de produção das provas e formado pela subjetividade dos declarantes (agentes de polícia, escrivães, secretários, membros do Ministério Público e outros sujeitos distintos do juiz). Estes reformulam as declarações em sua linguagem pessoal, submetendo-as inevitavelmente a seus esquemas jurídico-interpretativos, habitualmente acusatórios” (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48/49).

Por fim, o último limite que a verdade processual encontra, segundo Ferrajoli, está na condição, estabelecida especificamente na investigação judicial, de que se observem as regras legais para validar a verdade. Em outras palavras, a verdade só é válida para o Direito se sua investigação se deu plenamente submetida às regras e normas da referida ciência, regras estas que tem caráter autoritativo e convencional⁶⁰.

Algumas características da investigação judicial, como a regra do *non liquet* e a estabilidade das decisões judiciais que fazem com que elas operem definitivamente na vida das partes, tornam indispensáveis essas regras que indicam a condução do processo, todavia muitas vezes elas “entorpecem inutilmente a busca da verdade”⁶¹.

Sendo assim, reconhecendo a necessidade de tais regras existirem e também reconhecendo que elas limitam a verdade, tem-se que elas devem ser criadas de modo a serem suficientes a orientar o processo, principalmente impondo garantias às partes contra arbitrariedades, mas ao mesmo tempo elas devem de alguma forma fomentar a busca da verdade⁶².

Cumprido ressaltar, que em especial no que tange as regras cabíveis ao depoimento das partes no processo, apresentar-se-á sugestões que têm o cunho de ir ao encontro dessas argumentações aqui exposta, o que está disposto no capítulo 3 desta pesquisa.

Ademais, com relação a esses limites legais, um se mostra bem relevante para o Processo Civil que é a não contestação de fatos alegados na inicial, a questão autorizaria um julgamento com base em presunções e não na verdade. Taruffo⁶³ chamou isso de verdade negociada e dada a relevância que se entende ter para o tema passa-se a analisá-la no próximo item.

⁶⁰ “Não é não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo. Esta é, com efeito, por assim dizer, uma verdade normativa, no triplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas”. (Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do Garantismo Penal. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49)

⁶¹ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁶² Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁶³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 146.

1.3.2 Verdade negociada definida por Taruffo

O problema abordado por Taruffo é se é possível às partes que elas façam acordos que tenham por objeto a verdade dos fatos de uma causa⁶⁴. O surgimento da questão, segundo o autor se dá pela possibilidade de as partes determinarem quais fatos devem ser apurados em juízo a partir de suas pretensões e resistências⁶⁵.

Bem se sabe que rege entre nós o princípio dispositivo, sobre o qual se tratará com mais vagar no item 2.2, que aponta que só podem ser analisados em juízo os fatos alegados na inicial. A discussão trazida à tona por Taruffo se refere, principalmente, à possibilidade de limitação de análise da verdade dos fatos ocorrida a partir do comportamento do réu. Em outras palavras, o autor traz a juízo os fatos que ele quer ver apurados para ser aplicado o direito e se o réu não contestar os fatos alegados induz necessariamente a uma lógica presunção de veracidade daqueles fatos, como se houvesse um acordo, tácito ou explícito, entre as partes, sobre quais fatos devem ser discutidos em juízo⁶⁶.

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca outros momentos em que a lei prevê essas presunções, como se nesses momentos não houvesse problema em o juiz decidir “sem ter certeza absoluta sobre a verdade dos fatos”⁶⁷.

Para ela se percebe essa “verdade negociada” quando se nega a realizar o exame de DNA ou quando se é obrigado a apresentar algum documento e não o faz e a lei com toda a sua autoridade presume que o resultado do exame, bem como o conteúdo do documento são contrários à resistência ou pretensão daquele que se negou. Também entende se enquadrar nessas hipóteses os

⁶⁴ Quando se trata de acordo das partes sobre a pesquisa da verdade, não se pode ignorar a discussão ainda acirrada na doutrina brasileira acerca da possibilidade de entabular negócios jurídicos processuais que impeçam os poderes instrutórios do juiz, principalmente de determinar provas de ofício. O tema é muito relevante e será tratado no item 4.2.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 146.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 146.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O juiz aplica a lei à verdade dos fatos? In *Revista de Processo*. v. 216/2013, p. 425-430. Fev./2013, p.1-2.

casos de tutela de urgência e evidência em que se estabiliza a tutela até que o réu deseje que seja realizada uma cognição exauriente⁶⁸. Mais uma vez, o comportamento das partes, principalmente do réu é que orienta a pesquisa ou não da verdade.

Taruffo explica que esse fenômeno se dá por fatores de caráter funcional e de caráter ideológico. O caráter funcional está diretamente ligado a uma questão de economia processual, pois ao diminuir o *thema probandum* alcança-se mais efetividade no processo. Contudo, o autor argumenta que a efetividade não pode ser o maior valor a ser buscado no processo, sob pena de retomar as ordálias⁶⁹.

O outro fator é de caráter ideológico, segundo o autor, ao se considerar o Processo Civil coisa privada das partes, admite-se que as partes podem determinar por elas o que deve ou não ser provado. Como já demonstrado até aqui, Taruffo não dá ao Processo Civil esse caráter privatista, pelo contrário. Por isso defende que o enunciado trazido na inicial não é verdadeiro nem falso, sendo que esse atributo só pode lhe ser concedido na sentença⁷⁰.

O autor ainda questiona quem defende que esses acordos podem ser realizados quando a matéria discutida se trata de direito disponível. Independentemente de o direito material discutido ser ou não disponível, algo é certo, a alegação do fato não carrega consigo efeito normativo, pois o princípio dispositivo diz respeito apenas à limitação daquilo que se quer a aplicação de efeitos jurídicos⁷¹.

⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O juiz aplica a lei à verdade dos fatos? In *Revista de Processo*. v. 216/2013, p. 425-430. Fev./2013, p.1-2.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 147.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 148.

⁷¹ O princípio dispositivo relaciona-se certamente com a formulação da demanda, ou seja, com os efeitos jurídicos que se pretende tirar dos fatos alegados, mas não se relaciona com a pura e simples formulação de enunciados que descrevem esses fatos. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 150). Tudo isso equivale a dizer que a não contestação da alegação de um fato não te, por si só, qualquer efeito vinculante, nem para as partes nem para o juiz: não se trata de um negócio estipulado entre as partes, mas sim de uma situação em que não se elimina o valor da verdade como condição de justiça da decisão; resulta, de qualquer modo, oportuno minimizar a eventualidade de que uma decisão seja tomada sem uma apuração efetiva da verdade dos fatos relevantes. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 158)

Com relação ao tema, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 traz interessante solução que tenta conciliar a busca da verdade e a efetividade do processo. Dispõe em seu art. 344⁷² combinado com o inciso IV, do art. 345 que não presume verdadeiros os fatos alegados pelo autor não contestados pelo réu se “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”⁷³. Dessa forma, encontra-se um caminho do meio em que se privilegia a busca pela verdade e a efetividade do processo. Nota-se que a questão já era assim tratada na vigência do Código de Processo Civil de 1973⁷⁴.

Feitas essas considerações interessante apresentar a discussão acerca de verdade formal e material, considerada ultrapassada por parte da doutrina, como se demonstrará no próximo item.

1.3.3 Verdade formal x verdade material

Como foi apresentado no item 1.3.1 a verdade processual, segundo Ferrajoli, é aquela construída no processo e que representa uma verdade aproximada da verdade absoluta. Entretanto fica claro que não é que não se busque a verdade absoluta, o que ocorre é que é difícil, quiçá impossível, alcançá-la. Ademais a verdade processual que apresentou Ferrajoli contém limites de sua apuração o que se apresenta em qualquer ciência que busque a reconstrução dos fatos⁷⁵. Restou

⁷² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁷³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁷⁴ “Esse inciso, introduzido pelo Novo CPC, consagra o posicionamento jurisprudencial e doutrinário que, já à luz do CPC/1973 (...). Em outras palavras, para se presumirem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, em face da revelia do réu, devem os mesmos passar pelo crivo da plausibilidade ou verossimilhança acentuada, a partir da narração contida na petição inicial e dos elementos constantes dos autos. Dessa forma, não é porque o réu foi revel, que o juiz estará autorizado a julgar procedente o pedido do autor, de indenização por danos morais causado por suposto protesto de título, que sequer minimamente restou comprovado.” (CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Comentários aos artigos 344 a 349. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 935-943, p. 938).

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-51.

demonstrado que o processo tem peculiaridades que dificultam essa busca, todavia não se pode distinguir uma verdade que se desenvolve no processo e outra que se desenvolve fora dele.

Afastar-se de uma verdade possível, factível, é afastar-se da justiça da decisão e concomitantemente da legitimidade da decisão⁷⁶. Todavia, a despeito dessa posição, algumas outras defendem que não é possível a busca da verdade no processo, como, por exemplo, afirma Tesheiner, dizendo que um fato não se torna verdadeiro porque é resultado de uma sentença processual⁷⁷. Para ele “a verdade processual ou formal não passa às vezes de uma solene mentira”. O referido autor reconhece que a expressão (verdade formal) pode ser inadequada, mas afirma que ela aponta para um fenômeno existente e que apesar de inadequada a expressão tem uma longa tradição⁷⁸.

Greco discorda das afirmações trazidas por Tesheiner, para ele a verdade a ser alcançada pelo processo, deve ser uma verdade acessível, não uma verdade utópica, que é possível para outras ciências e o deve ser também para o Direito⁷⁹. Para isso, “o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando critérios lógico-rationais comuns a essas ciências”⁸⁰. Ou seja, não que a verdade alcançada pelo processo seja uma mentira ela é uma verdade possível.

⁷⁶ Nesse sentido Leonardo Greco: “A sociedade do nosso tempo não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos. Se a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida, porque dela todos fazem uso cotidiano como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes, o seu grau de exigência deve acompanhar as imposições dessa mesma realidade.” (GRECO, Leonardo. A verdade no Estado Democrático de Direito. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 15/2005, p. 340-346. Jan-Jun./2005, p.1). Também Daniel Amorim Assumpção Neves: “É evidente que apesar da verdade ser algo inalcançável, não deve deixar de ser perseguida, sendo essa busca fator de legitimação da própria decisão judicial.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Algumas considerações sobre as limitações procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151814530.verdadeeprova.pdf>> Acessado em: 10 dez. 2017, p.9).

⁷⁷ TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.59-60, p. 62.

⁷⁸ TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.59-60, p. 62.

⁷⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.111.

⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.112.

Frente a essas considerações, é possível encontrar na doutrina uma diferenciação entre o que denominaram de verdade formal (processual) e verdade material (real). Carreira Alvim define que verdade formal:

resulta do processo, embora não possa encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente, e verdade material aquela que chega ao julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados⁸¹.

Essa distinção é considerada inútil por Taruffo⁸², principalmente porque não existem várias verdades, o que pode existir apenas são “limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada”⁸³. Essa distinção de verdade formal e material, é feita na doutrina não só com relação ao seu desenvolvimento dentro ou fora do processo, mas também com a relação que ela tem com os poderes instrutórios do juiz.

Diz-se que a verdade formal é ligada ao princípio do dispositivo e a verdade material, por sua vez está atrelada ao princípio da investigação, daí entende-se que a verdade formal pertenceria ao Processo Civil e a verdade material ao Processo Penal. Esta divergência vem da noção liberal do Processo Civil de que ele seria um processo de partes que trataria de direitos materiais de menor importância do que o Processo Penal. Entretanto, com o reconhecimento da natureza publicista do processo, qualquer que seja ele, a diferenciação não faz sentido, porque tanto Processo Penal quanto Processo Civil devem buscar uma qualidade na prestação jurisdicional⁸⁴.

⁸¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.246.

⁸² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p.106.

⁸³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 107.

⁸⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal x verdade material. In *Revista dos Tribunais*. v. 97, n. 875, p. 432-452. Set./2008. O autor conclui: “A verdade que se busca pelo processo é uma só (verdade absoluta) que, reconstruída historicamente pelo juiz ou tribunal, adquire nuance de verdade relativa, probabilística, aproximativa, provável, possível de ser alcançada, seja o processo civil ou penal – verdade processual enfim, que decorre da mais ampla instrução probatória possível.” (MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal x verdade material. In *Revista dos Tribunais*. v. 97, n. 875, p. 432-452. Set./2008, p. 5).

Barbosa Moreira já afirmava: “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”⁸⁵, ou seja para realizar o direito material é necessário reconstruir os fatos com o esgotamento dos meios de busca da verdade e isso decorre, sem dúvida da mais ampla instrução probatória possível⁸⁶. O fato é que a verdade para o processo, tem imenso valor, como afirmou Greco: “se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade se não aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano, em qualquer área do saber”⁸⁷.

Partindo desse ponto não há que se diferenciar verdade formal ou material, existe uma verdade possível, aproximada, mas não uma verdade de dentro ou fora do processo, do Processo Civil ou do Processo Penal, a verdade é uma só. Calamandrei já afirmava isso em meados do século passado⁸⁸ e Barbosa Moreira reafirmou a ideia no final do século⁸⁹⁻⁹⁰.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27, p. 15.

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Algumas considerações sobre as limitações procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151814530.verdadeeaprova.pdf>> Acessado em: 10 dez. 2017, p.9-10.

⁸⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111.

⁸⁸ “La contraposición entre verdad real y verdad formal, mediante la cual algún procesalista ha creído expresar en fórmula sintética una diversidad esencial de objeto entre la instructoria penal y la instructoria civil (de suerte que, si tuviese fundamento tal contraposición, solamente sería verdadera historiografía la que se realiza en las aulas penales), no corresponde en modo alguno a la verdadera naturaleza de los procesos, los cuales, aun sirviéndose de diferentes métodos de investigación, se dirigen al mismo y único fin, que es la busca de la verdad simple y una, sin añadidos y sin calificativos” (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Santiago Santos Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. Calamandrei, 1945, p. 117).

⁸⁹ “Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir, qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e as vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In *Temas de direito processual*: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996, p.107-123, p. 118)

⁹⁰ Neste sentido também Danilo Knijnik: “Do ponto de vista filosófico, não há como afastar a ideia de “verdade procedimental”, mas não por oposição à assim chamada ‘verdade material’. (...) Assumindo-se e aceitando-se a limitação inerente ao conhecimento humano e, muito especialmente, ao conhecimento obtido pelo processo – sem que isso implique na desilusão perfeccionista, a que bem aludiu M. TARUFFO, essa margem de erro tem de ser sistematizada, regrada e administrada pelo próprio processo, sob pena de restar dissimulada, disfarçada, escamoteada no processo, gerando indesejável arbitrariedade.”(KNIJNIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acessado em: 20 out. 2017, p.16-17).

Entretanto a despeito de todas essas correntes assentirem a busca da verdade como finalidade não só das provas, mas também do processo, algumas outras negam essa busca, afirmando uma espécie de legitimação da decisão pela asseguuração da implementação das garantias fundamentais durante o transcorrer do processo. Apesar de acreditar-se na busca da verdade possível como escopo do próprio processo, não se pode deixar de apresentar algumas teoria em contrário, o que se passa a fazer nos próximos itens.

1.3.4 Algumas teorias que negam a necessidade de se buscar a verdade no processo

A finalidade do processo, como se defendeu até aqui, tem íntima relação com a verdade, segundo a concepção de que uma decisão justa compõe um processo justo e essa decisão justa nada mais é do que a aplicação do direito ao caso concreto, que deve ser reconstruído no processo com a maior proximidade possível do que aconteceu. Todavia, sabe-se que existem outras correntes que não defendem a busca da verdade no processo, pelo contrário veem na busca da verdade uma consequência que pode advir ou não da investigação processual, mas não a veem como meio de se chegar a um processo justo.

Com fundamento nisso, Taruffo afirmou: “O valor da verdade no contexto da administração da justiça é frequentemente negado por razões *ideológicas*, que dizem respeito ao modo com que são concebidas a natureza e a função do processo”⁹¹.

Nesses sistemas em que a verdade não é meio para se alcançar o fim do processo, o que acontece, por exemplo, no sistema adversarial estadunidense, abre-se espaço para os advogados competirem livremente e o juiz representa apenas o papel de fiscalizar essa competição. Nas palavras de Taruffo, “em um processo estruturado como uma competição esportiva, não vence quem tem razão; tem razão quem vence”⁹², transferindo a ética de mercado para o processo, em que quem pode mais é o vencedor.

⁹¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 131.

⁹² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 132.

Outra crítica que é feita é que o sistema adversarial “se funda numa igualdade formal, sem assegurar, todavia, a igualdade substancial, sem tutelar as partes fracas (fadas à sucumbência na maior parte dos casos)”⁹³. A decisão acaba sendo apenas um registro de quem foi o êxito na competição não tendo qualquer relevância ou qualidade autônoma, sendo irrelevante se é uma decisão boa ou ruim ou mesmo se partiu de uma apuração falsa ou verdadeira dos fatos⁹⁴.

A despeito do afirmado, há quem não entenda que a busca da verdade seja primordial ao processo, ao contrário, defendem um processo no qual o juiz seja reservado um papel de coadjuvante, apenas direcionando o processo, sem grandes pretensões de se chegar à verdade ou à justiça da decisão⁹⁵. Sendo assim, verifica-se que o problema da verdade acaba chegando nos poderes do juiz, afirmando-se que existe uma lógica que relaciona a busca da verdade e os poderes do juiz. Ou seja, quem busca a verdade dá poderes ao juiz; já quem entende que a verdade não é fim do processo, nem meio para se alcançar o fim, defende um juiz que tem poderes reduzidos à direção do processo.

É justamente neste ponto que reside a maior discussão ideológica do processo, acusam aqueles que querem implementar os poderes do juiz de autoritários, pois, entendem que nesses casos há ampliação de forma generalizada dos poderes do Estado, uma vez que o juiz é seu representante. Já os que não veem a necessidade de implementar esses poderes ao juiz são chamados de neoprivatistas, pois estão reerguendo da sepultura algo que já estava enterrado, que é ideia de que o Processo Civil é “coisa de partes”⁹⁶.

Em suma, apresentou-se até aqui uma posição, a qual a presente pesquisa se filia, mais do que isso, se utiliza como marco teórico, resta apresentar os pontos de vista contrários e ao final do capítulo combatê-los.

⁹³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 132.

⁹⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 133. O autor arremata: “A busca da verdade é contraproducente do ponto de vista da eficiência do procedimento como instrumento utilizado para uma rápida resolução da controvérsia. Substancialmente, a verdade não só não é um valor, como é evidentemente um desvalor.” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 133).

⁹⁵ Nos próximos itens serão apresentados alguns autores que acreditam nessa proposição.

⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no Processo Civil. In *Revista de Processo*. v. 122/2005. p. 9-21. Abr./2005, p. 6.

1.3.4.1 O processo judicial não é espelho da realidade. Crítica Hermenêutica do Direito – Lenio Luiz Streck

Lenio Luiz Streck é um dos que combatem a descoberta da verdade dos fatos como estruturação do processo⁹⁷. Para o autor o processo deve “estar democraticamente estruturado para dar a resposta adequada da Constituição aos litigantes, mais complexa do que a relação entre uma determinada norma e seu suporte fático, mas nem por isso menos verdadeira”⁹⁸.

Para defender sua afirmação de que o processo judicial não é espelho da realidade, o autor se vale da Teoria da Verdade desenvolvida por Taruffo⁹⁹ para identificar pontos de convergência e divergência com a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito e daí concluir a pouca importância da busca da verdade para o processo e os perigos que ela representa dando poderes excessivos ao juiz¹⁰⁰.

A exposição do autor se inicia pela identificação dos pontos de convergência entre sua teoria e a do processualista italiano. Para ele são três esses pontos: a preocupação democrática, o respeito às garantias processuais e que as decisões sejam conforme o direito e, por fim, a concepção do autor sobre o livre convencimento motivado¹⁰¹.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p.32.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

¹⁰⁰ “O controle intersubjetivo das decisões reivindicado pela CHD não se funda numa objetividade da realidade exterior nem numa epistemologia virtuosa de um sujeito “não envolvido”, como parece querer Taruffo. Funda-se naquilo que a “com-unidade” já compartilha, e que não se pode alcançar em sua total radicalidade: a indisponibilidade histórica dos sentidos. Dessa perspectiva, não se justifica o apego à verificação empírica (“certitude”) como estruturante do procedimento, muito menos o empoderamento do juiz. A resposta correta já vem implicada numa adequação procedimental, à medida que o devido processo também é um direito. Muitas de suas supostas “limitações epistêmicas” (ônus da prova, presunções, prazos e etc.) são, com efeito, sua condição de possibilidade, na medida em que “existencializam” o procedimento judicial. Nessa contingência não deixa de haver verdade, sem necessário apelo a uma dimensão ideal (a pesquisa científica) que flerta com a tecnocracia no direito.” (STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p.133)

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 120-121

Sobre a preocupação democrática, explica que assim como para o autor a mentira é típica de regimes autoritários, para regimes democráticos a decisão deve ser “sempre sujeita a controle e não podendo fundar-se na mentira ou na manipulação da opinião pública”¹⁰². Esse compromisso democrático também é encontrado na Crítica Hermenêutica do Direito.

Já com relação à preocupação de Taruffo com o respeito às garantias processuais, já foi explicado acima, que o processo justo defendido pelo autor compreende não só a existência de uma decisão justa, correspondente com a verdade, mas também de um processo que se fundamente nas garantias processuais, previstas pela Constituição. Para o autor, as decisões podem ser “boas” ou “ruins”, “mas somente as decisões “boas”, corretamente formuladas em conformidade com o direito, serão aceitáveis”¹⁰³.

Se para Streck, o processo deve estar estruturado para dar a resposta da Constituição aos litigantes¹⁰⁴, resta evidente a coincidência de pensamentos neste ponto. A resposta (decisão) boa dá aos litigantes a resposta da Constituição.

Com relação à motivação, também se verifica a convergência de opiniões por que Taruffo é claro em admitir que a fundamentação da decisão não tem como objetivo persuadir os litigantes ou quem quer que seja. O objetivo da fundamentação é “fornecer razões pelas quais a sua decisão pode parecer fundada diante de um controle de intersubjetivo de validade e confiabilidade”¹⁰⁵.

É sabido que Streck era contra o livre convencimento motivado do juiz, previsto no Código de Processo Civil de 1973¹⁰⁶, pois acredita que o juiz não está livre para decidir, pelo contrário, ele está adstrito ao direito, o que não é dizer que esteja submetido à tarifação legal, mas que está impedido a decidir de acordo com sua íntima convicção. Ainda que seja motivado, nunca pode ser livre o convencimento do juiz, neste ponto, inclusive, o referido autor rende homenagens à

¹⁰² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 119.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p.139

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 32.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 273

¹⁰⁶ Vide art. 131 (BRASIL . Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.)

mudança do atual Código de Processo Civil que não mais fala em livre convencimento motivado, mas em convencimento fundamentado com base nas provas do processo¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Resumem-se a estes os pontos de convergência entre a teoria de Taruffo e a teoria de Streck, segundo este último, e passa então a elencar todos os pontos de divergência que o leva à conclusão já apresentada de que a verdade pouco importa ao processo.

Segundo Streck, a máxima levantada por Taruffo de que o juiz deve aplicar o direito aos fatos que são verdadeiros¹⁰⁹, não deve prevalecer. Justifica dizendo que o juiz tem um poder cogente, no qual a interpretação está aparelhada. Então essa verdade que se busca não está na substancialidade da coisa, vem dos sentidos, e o conhecimento não está nos sentidos, mas na “lingualidade”¹¹⁰.

A segunda divergência encontrada por Streck na teoria desenvolvida por Taruffo é que um juiz não pode ser um cientista e este quer confundir ambos papéis em uma pessoa. Streck destaca ser o direito uma ciência do espírito, nas ciências do espírito (sociais) o cientista acaba se

¹⁰⁷ “É por isso que, em um contexto democrático e de Estado de Direito, não existe essa coisa de livre convencimento. Há, sim, uma obrigação, que se projeta a partir da responsabilidade política que a atividade jurisdicional comporta, de tornar pública a compreensão. E o ônus não está em dizer porque se convenceu de tal ou qual maneira, mas, sim, em mostrar que a interpretação mais adequada para hipótese só pode ser aquela que se apresenta, uma vez que houve efetiva suspensão dos pré-conceitos e que a resposta oferecida é uma resposta efetivamente jurídica (e não moral, econômica, política etc.).” STRECK, Lenio Luiz. *Como exorcizar os fantasmas do livre conhecimento e da verdade real*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>. Acessado em: 15 Ago. 2017.

¹⁰⁸ Vide art. 371 (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

¹⁰⁹ “Não é o caso de que aqui sejam discutidas as condições necessárias para que uma decisão seja formulada em conformidade ao direito: a rica literatura existente sobre o tema da interpretação e aplicação do direito nos socorre nesse sentido, eximindo-nos de aprofundamentos do problema. O que importa frisar é que uma condição necessária para que haja correção jurídica na decisão é que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa. Por um lado, de fato, é evidente que um sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se forem verdadeiros os fatos de que depende em concreto a existência daquele direito. Uma sentença que afirma a existência de um direito subjetivo deve, pois, estabelecer de modo verdadeiro se ocorreram todas as condições de fato – além das de direito – necessárias para que se possa dizer que aquele sujeito é verdadeiramente titular daquele direito. Por outro lado, é necessário ter-se em mente a estrutura substancialmente condicional das normas aplicadas. Com algumas simplificações, pode-se dizer que, em linha de princípio, toda e qualquer norma prevê que as consequências nela indicadas produzam-se se, no caso concreto, ocorrer um fato correspondente ao «tipo» de fato previsto na própria norma. Se F, então CJ: se um fato do tipo F verificou-se, então a norma é aplicada, produzindo no caso particular as consequências jurídicas previstas.” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 139-140).

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 123-124

confundindo com o objeto da pesquisa, pois dele faz parte. Sendo assim, o juiz não pode se utilizar da ciência para formar uma decisão, pois o juiz não é um cientista¹¹¹.

Outra crítica que se impõe à Teoria da verdade desenvolvida por Taruffo é que ele diferencia fatos de direito, dizendo que ambos podem ser objeto de escolha, interpretação, argumentação e justificação, mas apenas os fatos podem ser provados¹¹².

Streck concorda que tudo, fatos e direito, é matéria de interpretação, todavia a interpretação é feita de um conjunto composto pelos fatos e direito, não pode haver cisão nesta operação, pois o texto legal não se interpreta abstratamente. O juiz não pode ser um cientista, que interpreta fatos, e depois virar um juiz, que interpreta direitos; ele é um juiz que interpreta fatos e direitos conjuntamente¹¹³.

Outro ponto divergente destacado pelo autor em estudo é que apesar de Taruffo negar a existência de uma verdade real e uma processual, ele afirma existir uma verdade limitada pelos métodos de pesquisa, mas ao mesmo tempo admite a existência de um modelo ideal¹¹⁴. Para a hermenêutica, destaca Streck, isso pouco importa, desde que os direitos sejam devidamente cumpridos¹¹⁵.

Streck resume estes pontos de divergência da seguinte forma:

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p.124.

¹¹² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 60.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 125.

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p.106-108.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 126. Merece destaque a passagem de Motta que elucida bem a questão: "Com isso entendido, chega-se à dimensão procedimental da resposta jurídica e democraticamente correta: ela tem de ser o resultado de um processo correto. E saber se um processo é correto ou incorreto é uma questão de interpretação construtiva. Assim interpretar a cláusula do devido processo legal, em harmonia com a concepção de contraditório que endossamos, é uma questão constitucional substantiva, e, neste sentido, de moralidade política. Outra maneira de dizê-lo é: também o devido processo é uma questão de princípio." (MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 292f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, p. 267).

da perspectiva do jurista, não se justifica a disjunção epistemológica entre fato e direito; a pesquisa científica não é o “procedimento epistêmico ideal” para o processo judicial; a correta aplicação das normas não está condicionada à isomorfia entre mundo fático e tipo legal, como que saltando por sobre as condicionantes processuais (que também são normas); e, sendo assim, o processo judicial não precisa ser “o espelho da realidade”, à moda do primeiro Wittgenstein, no seu *Tractatus Philosophicus*.¹¹⁶

A grande crítica à Teoria da Verdade desenvolvida por Taruffo reside em o autor subestimar as partes, não as considerando capazes de assumir seus próprios interesses, ficando dependentes dos juízes. Para o autor, se a verdade está nos fatos, porque não confiar nas partes para buscá-la¹¹⁷.

Streck tende a privilegiar o princípio liberal, no sentido de que ninguém é melhor do que a própria parte para decidir como vai desempenhar o seu papel na busca da verdade. Para o autor, a interferência exagerada do juiz não faz bem para democracia¹¹⁸, aliás, ele procura respostas para em qual aspecto a “verdade dos fatos” auxilia o direito e a democracia.

E, finaliza, criticando que a “verdade dos fatos” substituiu a sensibilidade social do juiz pregada pela instrumentalidade do processo¹¹⁹, outrora tão criticada¹²⁰.

Em síntese, para o autor fatos não se apresentam para o processo com a mesma necessidade de verificação empírica de uma ciência exata. Pelo contrário, o direito conta com especificidades, pois os atores do processo estão diretamente envolvidos com o objeto pesquisado, inclusive as partes podem participar dessa verificação empírica, o que causa estranheza na ciência¹²¹.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 127.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 130-131

¹¹⁸ “Penso que isso não é bom para a democracia e para a emancipação do cidadão. Penso ser perigoso confiar a “verdade objetiva” ao ator jurídico-juiz “purificado de interesses pessoais”, a quem se confiam poderes para moldar o procedimento.” STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016, p. 128.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/2016, p. 128.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>> Acessado em: 15 Ago. 2017.

¹²¹ DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. IN *Revista de Processo*. v. 255/2016. p. 141-166. Maio/2016, p.7.

Apresentada as críticas trazidas à busca da verdade feita por Streck, observa-se como alertado acima, que todos os problemas se resumem ao final à necessidade de se conceder poderes instrutórios ao juiz para buscar a verdade, ver-se-á que em Juan Montero Aroca percebe-se exatamente a mesma característica, como denota-se abaixo.

1.3.4.2 O mito do processo “social” como instrumento de “justiça” – Juan Montero Aroca

Juan Montero Aroca é um adepto da corrente que defende o Garantismo Processual contrária ao que seus comungantes chamaram de Ativismo Judicial. Esse movimento da corrente aderente ao Garantismo Processual teve seu ponto máximo no *Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista* realizado em Azul, Argentina no ano de 2000, onde se encontraram Juan Montero Aroca e Franco Cipriani¹²².

Alguns fatos marcantes antecederam o referido encontro e, para se compreender melhor o debate, entende-se necessário fazer um breve levantamento sobre esses fatos históricos. Tudo começa, ao que parece, com um artigo publicado por Franco Cipriani em 1995 na *Revista di Diritto Processuale* na Itália. O texto intitulado “*Nel centenário del Regolamento di Klein*” fazia duras críticas ao Código de Processo Civil austríaco idealizado por Franz Klein haja vista sua visão excessivamente publicista¹²³. Cipriani justificou a longa *vacatio legis* do referido instrumento como uma necessidade de tempo para preparar os juízes com mão dura e amansar os advogados de

¹²² RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p. 250

¹²³ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p. 277-278.

Viena¹²⁴, já que o Código austríaco era extremamente autoritário tendo retirado poderes das partes e os concentrado nas mãos de um juiz discricionário¹²⁵.

Seguiu-se a este fato, a conferência de Juan Montero Aroca proferida em outubro de 2000 nas XVII *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* em Costa Rica, cujo o título era “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo (para Iberoamérica) y la oralidad*”. Em tal conferência cuidou de falar sobre a *Ley* 1/2000, de 7 de janeiro de 2000, que havia reformulado o Processo Civil espanhol passando por um esvaziamento de seu conteúdo publicístico¹²⁶.

Então, em novembro de 2000, ocorre o já mencionado *Congreso de Azul* que promove o encontro dos dois conferencistas pelo Garantismo, Juan Montero Aroca e Franco Cipriani. Foi nesse momento que Cipriani resolveu traduzir o então recente livro de Aroca (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*) para o italiano e agregou-lhe um prefácio com duras críticas ao Código de Processo Civil italiano editado em 1940 em pleno fascismo e com características autoritárias¹²⁷. Surge, pois um debate na Itália com doutrinadores se alfinetando e se acusando de revisionistas (aos que queriam um Código mais liberal) e negacionistas (aos que defendiam o Código de 1940)¹²⁸.

¹²⁴ “Su reglamento, todavía vigente em Austria, pudo realizarse con base a una gran *vacatio legis* que el Guardasellos utilizó, bien para preparar a los jueces con mano dura que aplicaran la nueva ley, bien para amansar a los abogados de Viena que em 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento.” (CIPRIANI, Franco. *En el centenario del Reglamento de Klein* (El proceso civil entre libertad e autoridad. In *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*. v. 27/2001. Disponível em: <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163>> Acessado em: 10 set. 2017, p.72)

¹²⁵ “La concepción de Klein, entonces, no puede razonablemente ser considerada(sólo) publicista, pero debe ser recordada como “aliberal y autoritaria”, y no solamente “fuertemente autoritaria” y, agregaría, moralista: cuando se les quitan derechos a las partes y se otorgan derechos discrecionales al juez se hace uso del autoritarismo procesal; y cuando se ve en el proceso un “mal social” y “una herida para el cuerpo de la sociedad”, se hace uso del moralismo.” (CIPRIANI, Franco. *En el centenario del Reglamento de Klein* (El proceso civil entre libertad e autoridad. In *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*. v. 27/2001. Disponível em: <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163>> Acessado em: 10 set. 2017, p. 85)

¹²⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p. 279.

¹²⁷ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p. 281.

¹²⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p.281.

O debate resiste até hoje, na América Espanhola e Europa (Espanha, Itália e Portugal)¹²⁹ e tem como um dos pilares do discurso garantista o questionamento da ampliação dos poderes do juiz. Sendo assim, em 2006, Aroca organizou uma coletânea que intitulou *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. No seu ensaio cuidou de criticar o Processo Civil chamado de social como instrumento de justiça autoritária.

No referido ensaio, Aroca faz uma breve introdução de como a polêmica surge, seguida de uma crítica ao Código de Processo Civil italiano, que segundo ele, é reflexo da política fascista que sustentava a sociedade daquela época¹³⁰. Dizia que a própria topografia da disposição dos artigos, que se inicia com o juiz, segue com os funcionários do Poder Judiciário e Ministério Público para só então chegar às partes, denota a característica autoritária do instrumento legal¹³¹. Destacava, ainda, que todos os Códigos do século XX em que se aumentaram fortemente, os poderes do juiz foram editados sob regimes políticos autoritários ou totalitários¹³²⁻¹³³.

Aproveitava para elogiar a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola e esclarecer que a oralidade por ela trazida era apenas uma forma de realização dos atos processuais, não tendo nenhuma relação com a oralidade trazida por Cappelletti¹³⁴ que permitia ao juiz um papel ativo em

¹²⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286, p. 273.

¹³⁰ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p.135.

¹³¹ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 135.

¹³² AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 141.

¹³³ Neste ponto interessante o contraponto trazido por Barbosa Moreira, segundo ele, existe uma tendência de ampliar os poderes do juiz em nosso país, e como estamos em pleno regime democrático, faz cair por terra a tese apresentada no início de correlação entre os poderes jurisdicionais e o regime político que se vive. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-67, p. 64).

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971.

busca da verdade¹³⁵. Seguiu fazendo um levantamento da ideologia dos Códigos de Processo Civil no século XIX e no século XX e passou a criticar o que ele chamou de processo social em busca de “justiça”¹³⁶⁻¹³⁷.

Para o autor, existe um mito do processo dito social e nele está presente um juiz que faz “justiça” (sempre entre aspas)¹³⁸. Neste dito processo social, quanto mais poderes ao juiz, mais justiça se pode alcançar. Ele critica dizendo que somente aqueles que acreditam que o aumento dos poderes do Estado representa sempre progresso, pode acreditar que o aumento dos poderes do juiz melhora a “justiça” das decisões. E finaliza dizendo que os argumentos daqueles que defendem o processo social como instrumento em busca de “justiça” se fundamentam primeiro no fato de tentarem converter uma questão política em técnica. E, segundo, tentam negar o monopólio da iniciativa probatória das partes, justificando que os fundamentos constitucionais só lhe dão monopólio da pretensão jurisdicional, mas se olvidam que o fundamento do monopólio da iniciativa das partes reside na preservação da imparcialidade do juiz¹³⁹.

O autor prossegue criticando a premissa de que o aumento dos poderes do juiz seja apenas uma questão técnica. Para ele, hoje, não cabe mais afirmar que as normas processuais são

¹³⁵ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 138.

¹³⁶ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 141-147.

¹³⁷ As aspas para o vocábulo justiça são propositais, pois o autor questiona que tipo de justiça poderia ser buscada com um código autoritário. (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006).

¹³⁸ Georges Abboud e Guilherme Lunelli criticaram as decisões do juiz socialista que faz “justiça”, concluindo que isso é apenas uma desculpa para agir conforme sua consciência e fora dos parâmetros legais: “Nesse ponto, não são necessárias grandes digressões filosóficas (e nem precisaríamos, já que a prática nos demonstra isso) para chegarmos a conclusão que, enquanto apostarmos na discricionariedade, as “respostas justas” encontradas por um juiz com predisposições liberais serão diametralmente opostas àquelas “respostas justas” encontradas por um juiz com predisposições socialistas. Todos os dias são exaladas diferentes decisões para casos semelhantes, e por quê? Porque a maioria dos julgadores acredita que o seu dever é decidir conforme o seu senso justiça, conforme a sua consciência”. (ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. In *Revista de Processo*. v. 242/2015, p. 21-47. Abr./2015, p. 9.

¹³⁹ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 148-151.

eminentemente técnicas, contando com neutralidade ideológica. O autor conclui que a despeito de muitos considerarem o caráter técnico das normas que aumentam os poderes instrutórios para facilitar a busca à verdade, e, ainda, o acusarem de estar politizando a causa, o aumento dos poderes do Estado tem relação direta com o aumento dos poderes do juiz. E conclui que não se pode negar as influências ideológicas nas normas processuais¹⁴⁰.

O próximo mito do processo social para o autor é a negação do juiz como um terceiro imparcial. A condição de juiz como terceiro (imparcialidade) não permite que ele assuma papel da parte, é diferente de ser imparcial. Na realidade, o que se contesta quando se atribuem poderes instrutórios ao juiz é o seu papel de terceiro, o qual não pode, nem deve assumir as funções da parte. Para ele a divisão de funções é algo objetivo, fazendo com que o juiz apareça como terceiro não desempenhando funções atribuídas às partes. Já a imparcialidade é subjetiva, relativa à cada causa, e, ainda que se tente objetivá-la, é algo impossível¹⁴¹.

O último mito utilizado pelos que defendem um processo social, segundo Aroca, é o da boa-fé processual. O autor destaca que não é partidário da má-fé no processo civil, mas desconfia que as leis devam impor que as partes devem se conduzir com boa-fé. Para ele, a boa-fé processual exigida das partes sempre está presente em Códigos autoritários que tratam o juiz como um ser importante, acima do bem e do mal, e as partes como cidadãos sempre prontos a usar sua artimanha, não os considerando como capazes de buscar seu direito¹⁴².

Daí o autor conclui que a concessão de poderes, principalmente probatórios, ao juiz se dá somente porque se considera os advogados negligentes ou ignorantes. Parte-se de um pressuposto de que o Processo Civil envolve sempre interesses econômicos, o que faz com que o advogado use todas as suas armas para impedir o juiz de buscar a “justiça”. Para ele, cabe a cada uma das partes

¹⁴⁰ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 151-153.

¹⁴¹ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 155-159.

¹⁴² AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 161.

lutar pela sua verdade¹⁴³. O juiz deve perseguir a verdade que as partes querem demonstrar, ele não é um investigador, mas tão-somente um verificador^{144,145}.

Sobre a boa-fé, o referido autor assevera: não deve se impor as partes um dever positivo de boa-fé, mas um negativo de não agir com má-fé. Isso porque as partes e seus advogados não estariam obrigados a agir, mas pelo contrário teriam a possibilidade de abster-se¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

Em suma, para o autor, no século XX, observou-se uma sobreposição do coletivo sobre o individual em vários setores, o que se deu também no Direito suprimindo garantias individuais fundamentais. Isso se dá pelo fenômeno da publicização do processo, da ampliação dos poderes do Estado na sociedade e consequentemente do juiz no processo. Finaliza o autor dizendo que tão importante quanto os direitos materiais individuais são os direitos fundamentais processuais que possibilitam a tutela daqueles. Para o autor é hora de conceber o Processo Civil como garantia¹⁴⁸.

¹⁴³ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p.162. O autor conclui: “Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las “reglas del juego”, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El “juego” se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.” (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 162-163).

¹⁴⁴ Como afirma Couture: “la prueba civil se parece se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 216.)

¹⁴⁵ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 163. Segundo o autor: “De esta manera em el proceso no se persigue la “verdade verdadeira” atoda costa, sino algo más humilde pero más real como es la “verdad legal”, la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propia del mismo” (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 163).

¹⁴⁶ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

¹⁴⁷ O modelo cooperativo de processo, baseado num dever de boa-fé, nega essa premissa de Aroca, como será demonstrado no item 4.1.

¹⁴⁸ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia*: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 164-165.

No próximo item irá se demonstrar que de maneira alguma se pretende defender que o Processo Civil não seja garantia ou que sejam suprimidas as garantias individuais para se chegar a verdade, o que se pretende demonstrar é que a busca da verdade nem de longe pode justificar a supressão de garantias, o que se viu tanto em Taruffo quanto em Ferrajoli.

1.3.4.2.1 Ativismo judicial x garantismo processual: uma falsa dicotomia.

Até aqui pôde-se perceber que aqueles que defendem que a busca da verdade não pode ser um objetivo da jurisdição, pois sua busca fomenta os poderes do juiz no processo e isso viola garantias constitucionais, o fazem baseados em um suposto antagonismo entre Ativismo Judicial e Garantismo¹⁴⁹.

Para entender esse antagonismo, necessário traçar em linhas gerais o que significa Ativismo Judicial, visto que o Garantismo Processual resta bem demonstrado pelas teorias expostas acima. Como se viu, o Garantismo Processual defende que o processo deve transcorrer de acordo com o determinado pela Constituição Federal, e que para efetivar seus direitos materiais é necessário que se faça valer as garantias processuais trazidas pela Carta Máxima que também representam direitos fundamentais.

Ao se falar de ativismo é comum ver a doutrina diferenciá-lo de Judicialização¹⁵⁰. A judicialização é um fenômeno que faz com que muitas causas de relevância social e política sejam

¹⁴⁹ Como se verifica no artigo escrito por Glauco Gumerato: “(...) o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual (...) em linhas gerais é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo (*inquisitorial system* e *adversarial system*) –, iii) **do papel do juiz e da atitude das partes na relação processual**, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros.” (grifo nosso) (RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate*. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 273-274).

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017. O autor ainda assevera que Judicialização e Ativismo são primos, ou seja, vêm da mesma família, mas não têm a mesma origem. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p.5).

julgadas pelo Poder Judiciário ao invés de estarem submetidas à discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo. No Brasil, isso se dá por algumas razões a primeira delas é a redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988 que reavivou a cidadania, trazendo a expansão institucional do Ministério Público, fomentando a criação das Defensorias Públicas o que fortaleceu o Judiciário e aumentou a demanda deste na sociedade brasileira¹⁵¹.

A segunda causa é que a referida Constituição traz “matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”¹⁵², valendo-se de uma tendência mundial iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). Dessa forma, como afirma Barroso, transforma-se em Direito o que antes era reservado à Política¹⁵³.

A terceira e última causa é que a Constituição trouxe um sistema controle de constitucionalidade muito abrangente que une o modelo americano de controle incidental e difuso com o europeu de controle por ação direta¹⁵⁴. Sendo assim, se conclui que a partir desse modelo imposto pela Constituição, a Judicialização foi uma consequência lógica e não uma opção do Poder Judiciário, tendo em vista o *non liquet*, sendo que quando um problema é trazido ao julgador ele precisa decidir.

O Ativismo Judicial é por sua vez “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”¹⁵⁵. As origens do Ativismo estão

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 2-3.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 3.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 3.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 3.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 5.

nos Estados Unidos e se iniciam com decisões conservadoras, para só na segunda metade do século XX apresentarem decisões progressistas¹⁵⁶.

O desprestígio dos Poderes Executivo e Legislativo levam o Judiciário a assumir posturas mais intervencionistas e isto pode ser muito perigoso, pois traz riscos para a legitimidade democrática, já que o Judiciário não tem representatividade, uma vez que é poder técnico e não representativo. Além disso, o Ativismo traz riscos de politização da Justiça, bem como, ultrapassa os limites da capacidade institucional do Judiciário, uma vez que acaba explorando matérias que exigem discricionariedade e o referido poder não tem capacidade técnica para fazer uma análise macro de qual o melhor caminho a seguir¹⁵⁷.

Observa-se no panorama atual da história política brasileira que o ativismo judicial vem representando inúmeros riscos à democracia¹⁵⁸. A interferência na nomeação de ministros¹⁵⁹, a postura que o Judiciário vem adotando na operação Lava-Jato, por exemplo, no que diz respeito às

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p. 5-6.

¹⁵⁷ Tais riscos são elencados por Barroso, entretanto ele concorda como ativismo que vem se desenvolvendo na sociedade brasileira: “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p.15).

¹⁵⁸ Lenio Streck vê o perigo do Ativismo e o diferencia de Judicialização: “E o judiciário no Brasil não soube – e aí a doutrina de novo falhou – estabelecer a diferença entre judicialização e ativismo. Essas são coisas diferentes e é inexorável que haja judicialização em qualquer país no mundo. Judicialização é um problema de competência e incompetência: um poder é incompetente, a Constituição diz X, o Poder não faz, o Judiciário manda fazer. Ativismo é quando o Judiciário se substitui aos poderes que são do legislador e, por exemplo, acaba interferindo nas esferas dos demais Poderes e fazendo com que se fragmente o sistema. A judicialização acontece, em qualquer país do mundo e o ativismo acaba sendo ruim para a democracia. Acabamos criando o judiciário muito forte, como uma espécie de grande pai da nação. O ativismo é vulgata da judicialização.” (STRECK, Lenio Luiz. *Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>>. Acessado em 25 mar. 2016. Entrevista concedida a Alessandro Cristo, Márcio Chaer, Marcos de Vasconcellos e Maurício Cardoso).

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Judiciário quer nomear ministros: sugiro para saúde não fumante*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>. Acessado em 12 jan. 2018.

conduções coercitivas¹⁶⁰, a possibilidade de casamento entre pares homoafetivos¹⁶¹, entre outras questões não menos polêmicas, tudo isso indica a exagerada intervenção do Judiciário na política.

Não se busca aqui negar esses riscos, porque é sabido que eles existem e são iminentes na sociedade brasileira, também não se pretende negar que esse ativismo precisa urgentemente ser limitado¹⁶², mas pretende-se evidenciar que o incremento de poderes instrutórios do juiz não tem nenhuma relação com o Ativismo. Considerando que o ativismo está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁶³, busca-se entender qual a relação que isso tem diretamente com a instrução dos processos judiciais de ofício. Primeiramente, não parece ser a iniciativa probatória espaço de atuação dos Poderes Legislativo ou Executivo, tampouco parece que com tal iniciativa há uma efetiva concretização de valores constitucionais, independente da legislação ordinária, haja vista que estes poderes foram implementados pelo legislador ordinário.

Em outras palavras conclui-se que ao instruir de ofício o processo o juiz não está tomando uma postura ativista, mas, sim uma postura ativa no processo, o que são conceitos bem diferentes. O juiz ativo é um juiz que participa não de um processo inquisitivo ou dispositivo, mas de um

¹⁶⁰ JARDIM, Afranio Silva. *As ilegais conduções coercitivas e o comportamento omissivo do Supremo Tribunal Federal. O Ativismo judicial por omissão*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/as-ilegais-conducoes-coercitivas-e-o-comportamento-omissivo-do-supremo-tribunal-federal-o-ativismo-judicial-por-omissao-por-afranio-silva-jardim> 21/12/2017>. Acessado em 12 jan. 2018.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>>. Acessado em 25 mar. 2016. Entrevista concedida a Alessandro Cristo, Márcio Chaer, Marcos de Vasconcellos e Maurício Cardoso.

¹⁶² Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) > Acessado em: 12 out. 2017).

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017, p.5.

processo cooperativo¹⁶⁴, em que a sua atuação fomenta o diálogo e a participação no processo através do contraditório e demais preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito¹⁶⁵.

Definido, pois, o Ativismo Judicial, cumpre demonstrar que a busca da verdade proposta tanto por Ferrajoli, quanto por Taruffo não impedem o desenvolvimento de um processo garantista. Mais do que isso, pode-se perceber que as teorias desenvolvidas por ambos doutrinadores velam pelas garantias no processo.

Primeiramente devemos tocar Ferrajoli, neste ponto importante destacar que a teoria do Garantismo Processual, que tem Aroca como um de seus adeptos, fundamenta-se no Garantismo Penal desenvolvido por Ferrajoli, a qual estes teóricos rendem homenagens haja vista a ideia propagada pelo processualista penal de que acima das leis está a Constituição e esta deve ser respeitada no desenrolar do processo¹⁶⁶.

Não se pode dizer que Ferrajoli considerou que a busca da verdade seja uma afronta aos princípios constitucionais, até porque relacionou a busca da verdade com o atendimento das garantias fundamentais. Primeiro, porque não se pode conceber um processo que não tenha como fim a reconstrução dos fatos para aplicação do direito, sendo que as provas trazidas ao processo devem corresponder da melhor forma possível com os fatos. Segundo, porque a verdade que se busca sempre em pautada em alguns limites para que se assegure um processo pautado pelas garantias fundamentais.

Conclui-se que de alguma forma, assim como Streck, Ferrajoli entende que a resposta ao processo sempre deve estar na Constituição, apesar de, diferentemente do referido autor, entender

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Revista de Processo*. vol. 198/2011. p. 213 - 226. Ago./ 2011.

¹⁶⁵ “Os princípios da participação e da colaboração não se misturam com ativismo judicial e discricionariedade. O ativismo é exercido sem a observância dos limites impostos à atividade do Poder Judiciário, enquanto a atuação criativa e participativa dos magistrados sempre deverá abarcar um conteúdo adstrito ao nosso sistema legal. Há, por tanto, uma nítida distinção entre o magistrado “ativista” do magistrado ativo, sendo este último o modelo de magistrado que melhor se enquadra no formato indicado pelo nosso Estado Democrático de Direito.” (GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.287-302, p. 298).

¹⁶⁶ “La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El garantismo procesal*. Disponível em: < <http://catedraprofesormaza.com.ar/Novedades/UBA%20Derecho%20-%20Posgrado/El%20Garantismo%20procesal%20-%20Alvarado%20Velloso.pdf>>. Acessado em: 25 jul. 2017).

pela necessidade da busca da verdade, o que significa que para Ferrajoli, a busca da verdade faz parte de um processo garantista¹⁶⁷.

Ressalte-se que conforme destacado no item 1.3.3 a verdade é uma só, e não se admite mais que se façam diferenciações sobre a verdade que é buscada no Processo Penal ou Civil.

Já no que se refere à teoria desenvolvida por Taruffo, cumpre salientar que, conforme consta do item 1.2, para o referido autor um processo justo se compõe de uma decisão justa, baseada na correta aplicação do direito aos fatos, reconstruídos no processo com maior proximidade possível da realidade, e que o *iter* processual se dê com total respeito às garantias fundamentais do processo.

Em suma, também a teoria de Taruffo em nada desalinha com a Teoria do Garantismo. Disso se conclui que a dicotomia estabelecida entre Garantismo Processual e Ativismo Judicial, em que o Ativismo se confunde com a possibilidade de instrução probatória de ofício, não existe. Tanto as teorias que fomentam os poderes do juiz de instruir o processo para contribuir na busca da verdade, quanto o Garantismo Processual velam pelo desenvolvimento do processo com base nas garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal.

Por fim e face a todo exposto até aqui, fica claro que a busca da verdade, considerando os limites impostos pelas garantias fundamentais, visando o desenvolvimento de um processo justo¹⁶⁸

¹⁶⁷ Os defensores do Garantismo Processual deixam claro que um processo garantista é um processo que são asseguradas as garantias constitucionais. Note-se na passagem de artigo recente de Eduardo José da Fonseca Costa: “A empresa garantista sempre antepõe à sua procedimentalística uma processualística, que é uma constitucionalística especializada. Navega pelas duas numa «zona intercalar de fronteira». Isso torna o garantismo (a autêntica ciência processual) uma *interdogmática*; faz da *intertextualidade Constituição-lei* (o autêntico objeto da ciência processual) a sua ocupação; transforma o garantista (o autêntico cientista do processo) num *interjurista*. Antes de fazer ciência (infraconstitucional) do procedimento, ele faz ciência (constitucional) do processo. Antes de ser processualista-procedimentalista, é constitucionalista-processualista, «constitucionalista-do-devido-processo-legal». Mas não pensa de modo estanque ou linear, como se o hífen do par constitucional-procedimental exprimisse separação ou consecução. Ao contrário: esse hífen simboliza o remoinho que envolve os dois termos dentro de uma *circum-abrangência epistemológica*: 1) o procedimento se inscreve na Constituição; 2) a Constituição reescreve o procedimento em *processo* [*processo*= processo-garantia]; 3) por fim, o *processo* se reinscreve na Constituição para que de «processo» [«processo» = processo-instrumento] nenhuma nódoa mais reste. Isso mostra a *co-pertença* entre o processo-garantia e o procedimento, fazendo com que se necessitem e se apropriem reciprocamente: o processo-garantia corporificando-se como procedimento; o procedimento animando-se como processo-garantia. Um sem o outro culmina em dupla aniquilação.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acessado em: 12 jan. 2018).

¹⁶⁸ “A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido... cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999, p. 199).

é o marco teórico dessa pesquisa, que busca ressignificar a importância do depoimento pessoal no processo. Todavia, há que se entender a importância da participação não só do juiz, mas também das partes em um processo cooperativo, no qual juiz e partes colaboram entre si na busca da verdade¹⁶⁹. O que se demonstrará é que não há mais protagonistas no processo, ele se desenvolve com a atuação comprometida de todos os envolvidos.

Dito isso, passa-se analisar a relação entre juiz e prova no processo, primeiro com uma análise sobre a prova e em seguida sobre a instrução probatória de ofício.

¹⁶⁹ “Para obter-se a decisão judicial mais qualificada será preciso uma revolução cultural, ao mesmo tempo abandonando-se a onisciência dos juízes (e do legislador), admitindo-se, no mesmo passo, a insuficiência da norma a priori para fornecer a ‘verdade’ e dos fatos isoladamente para levarem à certeza jurídica. Nestas águas, é de rigor que se discuta direito e fato, buscando-se uma verdade provável, com alto grau de correção, dependente, justamente, do elevado contraditório processual e do comprometimento com a decisão justa e aderente aos problemas discutidos, demonstrando-se a racionalidade desta ‘certeza’ judicial pelo racconto do procedimento utilizado na sua construção.” (ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 132)

2 O JUIZ E A PROVA.

Barbosa Moreira já dizia que para julgar, a maior dificuldade está nas questões de fato¹⁷⁰, é pelas provas que se averigua a verdade, e, como foi demonstrado, nem sempre é simples chegar a verdade, ou melhor nunca é simples chegar a verdade. A despeito disso, para bem julgar o juiz precisa conhecer bem os fatos e isso só se faz através da produção probatória.

Percebe-se, pois, que existe uma relação direta e importante entre o juiz e a prova e desses dois com a busca da verdade. Cumpre, dessa forma, neste ponto do trabalho estabelecer alguns preceitos sobre provas e relacioná-los aos poderes instrutórios do juiz, para nos próximos capítulos a pesquisa esteja subsidiada de fundamentos sólidos para suas conclusões.

2.1 Considerações sobre prova no processo civil.

O presente item cuidará de investigar algumas características que envolvem a prova e se apresentam importantes para a construção do raciocínio a que se pretende chegar. Para estudar o depoimento das partes e a sua importância na busca da verdade dentro de um processo colaborativo, é essencial que se estabeleça certos parâmetros sobre a relevância da prova no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, o primeiro passo deve ser conceituar a prova para entender melhor o seu significado no processo civil. Em seguida passa-se a análise de extrema importância sobre a finalidade da prova. Também é importante localizar a prova dentro do ordenamento jurídico brasileiro em que ela constitui um direito fundamental. Passa-se, pois a análise principiológica do instituto para determinar os destinatários da produção probatória.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In *Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul - Set / 1984, p.1.

2.1.1 Conceito da prova no processo civil

Um “litígio surge a partir de certos fatos”¹⁷¹: isso significa dizer que a ocorrência de determinado fato pode violar diretamente um direito subjetivo do agente e que não seja possível reestabelecer o *status quo*, anterior à violação, através de autocomposição extrajudicial. Diante disso, a parte que viu seu direito violado recorre ao Judiciário com vistas a ver aplicado o direito objetivo ao caso concreto.

Sendo assim, para ser devidamente solucionada a controvérsia (ou litígio) levado a juízo, faz-se necessária a reconstrução dos fatos de modo a alcançar a verdade que permeia a situação litigiosa¹⁷². Neste aspecto, há que se relevar a importância das provas no processo, pois são elas que irão orientar a reconstrução do passado no presente¹⁷³. Liebman já afirmava ser a prova a dedução de “determinadas consequências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado”¹⁷⁴.

Além disso, é nesse ponto também que se demonstra a evidente relação da prova com a realidade e sua notória existência metajurídica. É possível afirmar que a prova não é um elemento eminentemente processual; o contrário disso, “a prova é algo que o Direito partilha com a realidade da vida, com o cotidiano humano”¹⁷⁵. Cernelutti afirmava que a prova é instrumento indispensável para quem quer fazer história¹⁷⁶.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.15.

¹⁷² TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.15.

¹⁷³ “El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acerto las conductas futuras de los asociados em nuevas leyes.” (ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, ano 1974, Tomo I, p. 10/11)

¹⁷⁴ LIEBMANN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1952, p.253.

¹⁷⁵ MIRZA, Flávio. Reflexões sobre avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 327-348, p.330: “Ou seja, a prova é um método de investigação (ou o resultado deste método), partilhado por diversas áreas do conhecimento humano, que busca apreender a realidade da vida, do mundo que nos cerca (exterior). Por meio da atividade probatória, tenta-se reconstruir os fatos, apurando assim a realidade do mundo, da vida humana.” Neste sentido também se verifica em ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, ano 1974, Tomo I, p. 29: “La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.”

¹⁷⁶ “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia” (CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, p.4)

Considerando, pois, a necessidade da utilização da prova no processo, pois ele é uma reconstrução de histórias, indispensável conceituá-la. Para fazê-lo, é necessário realizar um levantamento do estado da arte sobre o tema.

Ao verificar o conceito de prova em Couture é possível perceber que para o autor a prova advém do efeito de provar e provar nada mais é do que demonstrar a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação. Todavia, ele cuida de especificar um conceito jurídico processual de prova que entende se subdividir em duas coisas: um método de averiguação e um método de comprovação¹⁷⁷.

Ainda se esmera em dizer que a prova penal se assemelha mais a um método de averiguação, em que há uma busca, uma procura, como ocorre com a ciência. Já a prova civil representa um método de comprovação, uma vez que é utilizada apenas para comprovar, demonstrar, corroborar a verdade das alegações, como ocorre com a prova matemática, quando uma operação é utilizada para demonstrar a veracidade de outra operação¹⁷⁸.

Sendo assim, afirma logo em seguida o autor que a prova no processo civil é um meio de verificação das alegações trazidas pelas partes, alegações estas que buscam apresentar os fatos ocorridos no passado. Como os julgadores não conhecem os fatos, eles não podem se basear apenas nas alegações das partes para julgar o direito, é necessário que eles verifiquem a exatidão das proposições apresentadas pelas partes, sendo que o instrumento que eles se utilizam para essa verificação são as provas¹⁷⁹.

Entretanto, do ponto de vista das partes, não se pode negar que a prova é o meio que elas dispõem para criar no julgador a convicção acerca da existência ou não dos fatos por elas alegados em algum momento no processo¹⁸⁰.

Além disso, para o autor, ao conceituar prova, faz-se necessário também entender que ela tem relação direta com a formação da sentença, pois o convencimento do juiz depende diretamente da atividade probatória das partes no processo civil. Tal afirmação se baseia no fato de que a prova

¹⁷⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p.215.

¹⁷⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 215/216

¹⁷⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 217.

¹⁸⁰ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 218.

civil representa um método de verificação da exatidão das alegações das partes, como ocorre com as provas matemáticas¹⁸¹.

Em resumo, Couture conceitua prova civil como método de comprovação dos fatos alegados pelas partes, mas também reconhece o aspecto de convencimento que a parte busca ao criar no juiz a convicção de que o que ela alega é verdade. Além disso, ressalta a relação direta da prova com a construção da sentença como numa prova matemática, de verificação de erro e acerto de operação, a prova judicial serve para verificar o erro ou acerto das alegações das partes o que influirá diretamente na decisão judicial¹⁸².

Na doutrina nacional encontra-se forte adesão ao conceito tríplice de prova que a vê subdivida em atividade (ato de provar), meio de prova (técnicas de onde se extraem as provas) e resultado (convencimento do juiz obtido através das provas)¹⁸³.

Nesse sentido também se posiciona a doutrina processual penal¹⁸⁴. Para Tornaghi, por exemplo, a prova numa primeira acepção representa o “conjunto de atos processuais para averiguar a verdade e formar a convicção do juiz”¹⁸⁵; numa segunda acepção designa o “resultado dessa atividade”¹⁸⁶ e “num terceiro sentido refere-se aos meios de prova”¹⁸⁷.

Há que se ressaltar que tal acepção tríplice vem atravessando os tempos, pois apesar de se reconhecer como conceito clássico de provas, há obras bem recentes, como a tese de doutorado

¹⁸¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 218-219.

¹⁸² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 215-219.

¹⁸³ Nesse sentido DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 38-39. Eduardo Cambi também reforça esse pensamento afirmando: “Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurisignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio de fonte de prova, ao procedimento pela qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, a representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.)

¹⁸⁴ Ressalte-se que o objeto do presente estudo é Processo Civil, entretanto interessante destacar o entendimento do autor que será referido, pois suas ilações coincidem com o que se propõe para o Processo Civil.

¹⁸⁵ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 4. v. V.4, p. 196.

¹⁸⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 4. v. V.4, p. 196.

¹⁸⁷ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 4. v. V.4, p. 198.

defendida por Paulo Osternack Amaral em 2015 e transformada em livro¹⁸⁸, que reconhecem igualmente o referido caráter.

Por fim, ressalte-se que Humberto Theodoro Júnior entende que existem dois sentidos para conceituar as provas, quais sejam, o objetivo, que a reconhece como instrumento hábil para demonstrar a existência de um fato e o subjetivo, que a conceitua como a convicção gerada pela produção probatória de que determinado fato ocorreu¹⁸⁹.

Tais acepções encontram fundamentos sólidos na obra de Echandía que ressalva que a natureza da prova está tanto no resultado psíquico de convencimento do juiz, quanto no seu caráter de ato processual¹⁹⁰. O autor faz um estudo profundo sobre a questão e destaca seis pontos de vista diferentes sobre o conceito de prova encontrados entre os autores de Direito Processual ou Direito Probatório¹⁹¹.

Segundo levantamento feito pelo autor os dois primeiros pontos de vista trazem para a prova um caráter objetivo. Sob o primeiro ponto de vista, defendido por autores como Bentham¹⁹²,

¹⁸⁸ “O conceito de prova é tradicionalmente compreendido a partir de três perspectivas: atividade, meio e resultado. Prova como atividade relaciona-se com a instrução probatória, isto é, ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que amparam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio. Prova como meio traduz a ideia de emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para que o julgador forme a sua convicção sobre a matéria de fato e profira a sua decisão. E como resultado a pode ser visualizada como o desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença. A produção de provas no processo pode ser compreendida como a atividade destinada a provar as alegações sobre a matéria de fato, que sejam relevantes para o julgamento da causa. Trata-se de um método orientado a atingir a verdade quanto aos fatos da maneira mais fiel possível, de modo a permitir a formação do convencimento do julgador.” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-32)

¹⁸⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 4 v. V. 1, p. 867)

¹⁹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p.19

¹⁹¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 20

¹⁹² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos e escrita en francés por Estevam Dumont. Traduzida al castellano por C. M. V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 19-20.

Carnelutti¹⁹³ e Malatesta¹⁹⁴, a prova é um fato que dá credibilidade à existência de outro fato¹⁹⁵. O segundo ponto de vista, também objetivo, defende ser a prova um meio para se obter a convicção do juiz a respeito da ocorrência de determinado fato narrado na inicial¹⁹⁶.

O terceiro ponto de vista admitido pelo autor reconhece a prova como o resultado que ela traz, ou seja, a convicção que ela forma no intelecto do juiz, trazendo seu resultado na sentença. O autor afirma que esta concepção é admitida como complementar da concepção anterior que vê a prova como meio. Para ele é imprescindível que este caráter subjetivo da prova se alinhe ao objetivo para que se possa alcançar a finalidade e o objetivo perseguidos pela prova em matéria processual. O autor ressalta ainda neste aspecto que a unanimidade dos autores que admitem prova como meio também a admitem como resultado¹⁹⁷.

Quanto ao quarto ponto de vista, este trata de definir a prova como o conjunto de razões que levam ao conhecimento dos fatos para o convencimento do juiz¹⁹⁸, ou seja, é a atividade probatória não em si, mas que de alguma maneira reúne em seu conceito tanto os meios a serem utilizados quanto o resultado a ser atingido, são as razões que levam a determinado agir processual.

É como se os autores até então referidos apresentassem primeiramente o aspecto objetivo da prova e em seguida seu aspecto subjetivo e discorressem sobre cada um deles, mas

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Institución del Proceso civil*. Traduzido da 5. Ed. Italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ejea, 1959, v. 1, p. 257.

¹⁹⁴ “con la reflexión de la realidad física percibida directa y materialmente, lleva á afirmar una realidad física ó moral no percibida en sí, directa y materialmente” (MALATESTA, Nicolás Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madri: La España Moderna, 1895?, tomo 1, p. 27)

¹⁹⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p.21

¹⁹⁶ Nesse sentido, segundo ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 21/22/23: Carnelutti, Florian, Carrara, Lessona, Laurent y Del Giúdice, Planiol y Ripert, Malatesta, Rocco, Guasp, De La Plaza, Fenech, Rosenberg, Alsina, Silva Melero e Moacyr Amaral dos Santos.

¹⁹⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 23 e 25. “Esta tercera aceptación es admitida por la unanimidad de los autores ao lado de la anterior, y podemos afirmar que tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles em el lenguaje jurídico procesal, porque no puede desligarse la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido con ella.” (ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 25)

¹⁹⁸ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 25

posteriormente criassem enfim um conceito que reúne ambos os aspectos, acabando por criar um terceiro aspecto que são as razões da prova, a atividade probatória em si¹⁹⁹.

Para o autor em estudo, a conceituação da prova como uma conjunção de aspecto objetivo e subjetivo é a única escolha acertada, pois impossível separar tais concepções²⁰⁰.

Sobre o quinto ponto de vista, afirma que se confunde o conceito de prova com objeto de prova, ou seja, matéria que deve ser provada, razão pela qual deve ser desconsiderado pela boa técnica jurídica²⁰¹.

Quanto ao sexto ponto de vista, a prova seria a atividade dos sujeitos processuais, confundindo prova com a maneira de a produzir ou a valorar, o que também deve ser desconsiderado²⁰².

Por fim, o autor, da mesma forma que a doutrina clássica utilizada no ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje, conclui que a noção de prova possui três aspectos, notadamente, sua manifestação formal, como meio (meio); seu conteúdo substancial, ou melhor denominado essencial, representado pelas razões de trazer determinados meios para se alcançar determinado resultado (atividade); e seu resultado subjetivo ou convencimento do juiz (resultado).

Diante do exposto, cumpre salientar que a prova será analisada neste trabalho em seu amplo aspecto, tanto que se cuidará de analisá-la como meio, como atividade e como resultado que produz.

¹⁹⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 25/26/27

²⁰⁰ “Puede decirse que los autores citados em el párrafo precedente, que em forma expresa no se deciden en favor deste concepto mixto de la prueba, objetivo y subjetivo, em forma indirecta o acogen, ao presentarlos separadamente, pero como dos necesarias acepciones del término. Em consecuencia, podemos concluir que es el punto vista que gosa de mayores partidarios y, em nuestra opinión, el único que presenta una noción integral de la prueba, por lo cual lo acogemos.” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 27)

²⁰¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 27.

²⁰² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 27.

2.1.2 Finalidade da prova no processo civil.

Partindo do pressuposto de que a prova apresenta este triplo aspecto, ora como meio, ora como atividade e ora como resultado, cumpre analisar qual a sua finalidade dentro do processo, a que ela presta, quais os objetivos que ela pretende alcançar, ou melhor, quais objetivos que se pretende alcançar com sua produção.

Ao analisar o tema, é possível afirmar que a doutrina se divide em duas correntes. A primeira afirma que a prova tem função demonstrativa, ou seja, a prova é utilizada com o fim de se estabelecer a verdade²⁰³. Uma segunda corrente diz que o fim da prova não é demonstrar a verdade, mas sim obter o convencimento do juiz acerca da verdade de determinado fato²⁰⁴..

Quanto à primeira corrente que afirma que a prova tem função demonstrativa, apesar de boa parte da doutrina criticá-la sob o argumento de o resultado da prova poder não corresponder à verdade e ainda assim convencer o juiz²⁰⁵, verifica-se que não é menor o número de pensadores que a ela aderem, como se verifica em Ricci²⁰⁶, Bonnier²⁰⁷, Malatesta²⁰⁸, entre outros.

Divergindo do pensamento exposto, Echandía defende que a finalidade “da prova é obter o convencimento ou a certeza subjetiva do juiz”²⁰⁹, para o autor, dizer que a função da prova é

²⁰³ Por exemplo, BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos e escrita en francês por Estevam Dumont. Traduzida al castellano por C. M. V. Paris: Bossange Frères, 1825, p.85-86 e MALATESTA, Nicolás Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madri: La España Moderna, 1895?, tomo 1, p. 150.

²⁰⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.15-17.

²⁰⁵ Nesse sentido ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 239

²⁰⁶ RICCI, *Tratado de las pruebas en derecho civil e penal*. Madri: La España Moderna, s/d, t. 1, p.8-9.

²⁰⁷ Bonnier, Edouard; Vicente y Caravantes, José de. *Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil*. Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874, p. 18.

²⁰⁸ MALATESTA, Nicolás Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madri: La España Moderna, 1895?, tomo 1, p. 150.

²⁰⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 242.

demonstrar a verdade é não considerar que algumas vezes o juiz pode concluir que tem provas suficientes e ainda assim não ter chegado à verdade, e que, independentemente disso, julgará os fatos²¹⁰.

Em suma, aqueles que defendem a função subjetiva da prova o fazem sob o argumento de que não é possível garantir que se chegará à verdade com a produção probatória, mas certamente se pode garantir que a produção probatória trará o convencimento do juiz, ainda que este não se coadune com a verdade dos fatos.

Também há quem defenda uma função tanto subjetiva quanto objetiva da prova, como se observa na doutrina de Eduardo Cambi que destacou dupla função para prova mais agregou outros elementos, para o autor: “A prova tem função *interna* de servir de instrumento de *cognição* dos fatos e a função *externa* de buscar legitimação social do exercício do poder jurisdicional”²¹¹.

De toda a forma, compreende-se que não se pode desvincular da prova a sua finalidade objetiva. Neste sentido, as lições de Leonardo Greco²¹² e Michele Taruffo²¹³.

Leonardo Greco defende a ideia de que a justiça está ancorada na noção de verdade, e que os indivíduos só se sentem eticamente vinculados à lei quando creem que a justiça que lhe será entregue será baseada na verdade. Ele não nega o fato de a verdade ser questionada filosoficamente, mas reforça sua importância para subsidiar a teoria das provas, lhe emprestando função²¹⁴. Sendo assim, para o autor, a função da prova é demonstrativa.

²¹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, ano 1974, Tomo I, p. 242

²¹¹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 192.

²¹² GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003-2004 p. 213-269 Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2017, p. 232-245.

²¹³ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15/23

²¹⁴ O autor questiona a função subjetiva das provas, ou seja, objetivando apenas firmar convicção no espírito do juiz: “Será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a ideia de certeza em lugar da verdade? Na doutrina jurídica com frequência se encontra a apresentação da obtenção da certeza dos fatos como a função da prova. Assim, em Mittermayer a prova é definida como o complexo dos motivos produtores da certeza. Ora, a ideia de certeza é restritiva em relação à de verdade, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica. Penso que não. A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais,

Para Taruffo, a verdade não é um fim em si mesma, mas uma “condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa”²¹⁵, e a prova, por sua vez, “é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa”²¹⁶. O autor reconhece que a questão da finalidade da prova está intimamente ligada à questão da finalidade do processo, por esta razão dependendo da maior ou menor liberalidade da teoria do processo a qual se filia, diferente será como se vê a finalidade da prova.

Sendo assim, admite que existe uma teoria mais liberal acerca do processo, que tem como premissa que uma demanda civil é uma disputa entre particulares, sendo eliminada quando se soluciona o conflito restabelecendo a paz social e que para essa teoria a função da prova não pode ser demonstrativa²¹⁷. Todavia, para o autor supracitado a função da prova é demonstrativa da verdade²¹⁸.

Clarissa Guedes, em sua tese de doutorado, arremata a questão, apoiada nos doutrinadores supracitados, resumindo que ao mesmo tempo em que não se pode crer que a verdade é valor absoluto, devendo ser buscada a qualquer custo, sob pena de fadar o processo a uma busca intangível, também não se deve desprezá-la transformando o processo num jogo, onde quem ganha é o melhor preparado²¹⁹.

Em suma, ao se admitir que a verdade é um dos escopos do processo, já que este busca a solução justa²²⁰, é necessário, até por uma questão de coerência, que se admita a função objetiva

adotando critérios lógico-rationais comuns a essas ciências. Como diz Taruffo, a busca da verdade é teoricamente possível e ideologicamente oportuna e até necessária, para que o processo seja o meio de produzir decisões justas.” GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003-2004 p. 213-269 Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2017, p. 232-245, p. 233.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.23.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.15.

²¹⁷ Conforme demonstrado no item 1.1.

²¹⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15/23.

²¹⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 65-66.

²²⁰ Conforme se defendeu no item 1.2.

da prova de reconstrução da verdade, ainda que aliada à sua função subjetiva de convencimento do julgador.

A presente pesquisa por tudo o que vem sendo exposto até aqui, e pela teoria do processo à qual se filia, entende pela função demonstrativa da prova, ainda que se compreenda a necessidade do convencimento do juiz. Esta escolha coaduna-se com o marco teórico do trabalho.

Entendida, pois, a finalidade da prova, passa-se a analisar o direito das partes em relação a elas.

2.1.3 Direito fundamental à prova.

Ao se iniciar a discussão acerca do direito fundamental à prova, a primeira questão que se impõe diz respeito à relevância desse direito nos sistemas de *Civil Law*, como é o sistema brasileiro. Flávio Luiz Yarshell levanta o fato de o reconhecimento do direito à prova parecer ter surgido nos sistemas *Common Law*, em que a produção de prova é encargo das partes. Entretanto, logo em seguida, ele afirma que a despeito dessa impressão, não se pode negar a existência desse direito nos sistemas continentais europeus em que há a proeminência do papel do juiz na produção probatória²²¹.

Em resumo, ainda que nos sistemas de *Civil Law*, como o brasileiro, se entregue parte da atividade probatória ao julgador, lhe concedendo poderes instrutórios, tem-se que o direito à prova também é concedido às partes. Portanto o direito fundamental à prova é admitido tanto nos sistemas de *Common Law*, como nos sistemas de *Civil Law*.

Ao se refletir sobre a prova, como se fez até aqui, percebe-se seu objetivo de reconstrução da verdade, de reconstrução histórica dos fatos, é dessa reconstrução que se vale para a aplicação do direito positivo. Em outras palavras, é necessário utilizar as provas de maneira útil a reconstruir a verdade para só assim aplicar corretamente o direito objetivo reestabelecendo o *status quo*.

É com base nessa afirmação que Eduardo Cambi defende que o direito à prova está vinculado à máxima efetividade do processo, pois é o exercício pleno desse direito que permitirá a

²²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.208.

reconstrução fática mais aproximada da verdade e a aplicação adequada do direito objetivo, o que, sem dúvidas, traz a efetividade ao processo²²².

Sendo assim, pode-se afirmar que o direito à prova não é meramente acessório, trata-se de direito fundamental²²³, apto a construir um processo qualificado, pois quando se fala em processo efetivo, mais do que processo célere, busca-se um processo qualificado²²⁴.

Reconhecido, pois, como um direito fundamental inerente ao sistema de *Civil Law*, importante verificar se há previsão constitucional ou legal do referido direito em nosso ordenamento jurídico.

Ao se perquirir tais previsões, depara-se com as afirmações de Eduardo Cambi que defende a perspectiva constitucional do direito à prova no Brasil tanto na ordem interna quanto na ordem externa²²⁵.

Na ordem interna, afirma que o direito à prova está inserido no contexto dos incisos XXXV (que trata da inafastabilidade da jurisdição) e LIV (que trata do devido processo legal) do art. 5º da

²²² CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 147-148. Neste ponto o autor faz duras críticas àqueles que se propõem a entender o instituto da prova apenas pela categoria do ônus probatório, dizendo não ser ela suficiente para trazer máxima eficiência ao processo: “A compreensão do instituto jurídico da prova, pela categoria do ônus probatório, é eminentemente, negativa, porque atribui a cada uma das partes a possibilidade de agir em juízo, que é acompanhada dos riscos inerentes às incertezas ocasionadas quando os fatos não forem satisfatórios ou integralmente demonstrados. Percebe-se, pois, a necessidade da reformulação das categorias processuais, a fim de que o processo possa ser concebido como um instrumento mais eficiente para a atuação do direito material e para se conseguir pacificar, com justiça, os conflitos de interesses.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se tentar compreender o fenômeno probatório a partir de uma outra situação jurídica, a dos direitos (processuais) públicos subjetivos. Não se pretende, com isso, eliminar a perspectiva traçada pelos ônus probatórios, mas apenas dar outro sentido ao instituto jurídico da prova, para que o processo possa cumprir sua missão de proporcionar a tutela jurisdicional efetiva àqueles que buscam o devido amparo estatal, na expectativa de que o Poder Judiciário possa remediar as potenciais ou efetivas lesões às suas esferas jurídicas.” (CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 147)

²²³ RUBIN, Fernando. *Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade*. 17 out. 2013. Disponível em: < http://www.bdt.d.uerj.br/roteiro_uerj_web.pdf > Acessado em: 22. ago.2017.

²²⁴ RUBIN, Fernando. *Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade*. 17 out. 2013. Disponível em: < http://www.bdt.d.uerj.br/roteiro_uerj_web.pdf > Acessado em: 22. ago.2017. Importante salientar que efetividade e celeridade ou duração razoável do processo buscam um processo capaz de solucionar a lide da melhor maneira possível, gastando o menos que puder. Todavia, enquanto a efetividade considera qualquer tipo de gasto, a duração razoável do processo ou celeridade busca apenas a economia de tempo. Neste sentido BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Efetividade do processo e técnica processual”. In: *Temas de Direito Processual sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 17-29.

²²⁵ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 150.

Constituição Federal, eis que para o autor tais garantias têm sentido amplo e acabam por abarcar outras²²⁶.

Já na ordem externa, para o autor o direito à prova está garantido expressamente no art. 8º, §2º, alínea f, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e implicitamente no art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²²⁷. Todavia cumpre salientar que o Pacto São José da Costa Rica traz o direito à prova expresso apenas para o processo penal.

Além disso, Paulo Osternack Amaral destaca a previsão do direito à prova infraconstitucionalmente no art. 369 do Código de Processo Civil²²⁸, em que se assegura não só o direito de produção de prova, mas a necessidade de manifestação do juiz acerca delas, já que fala sobre a produção de provas capazes de influir na convicção do juiz.

Quanto à previsão de inafastabilidade da jurisdição, tem-se que nela está contido o direito de ação e defesa, e parece decorrência lógica do direito à pretensão ou à resistência de determinada tutela que se possam produzir as provas atinentes àquelas matérias com vistas a influir na decisão judicial.

Yarshell reconhece que o direito à prova vem sendo idealizado de um lado como instrumento capaz de utilizar meios que possam reconstruir a verdade e de outro que essa reconstrução esteja apta a influir no convencimento do juiz²²⁹. É com base nesta relação de causa e efeito que o mesmo autor defende, e com razão, a relação direta que a prova tem com a decisão imperativa do juiz²³⁰.

É certo que a doutrina de um modo geral admite o direito de prova como direito de ação e defesa, mas também é certo que se entende que o conteúdo do direito de prova se apresenta

²²⁶ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 150.

²²⁷ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 150.

²²⁸ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35

²²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.209.

²³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.209.

complexo, dentro dele estando inseridos vários outros direitos, quais sejam, o direito de buscar e ter acesso à prova, o direito de requerer a produção da prova no processo, o direito de ter admitida a referida produção, o direito de participar da produção e por fim o direito de que a produção da prova influa diretamente no julgamento, que seria o direito de valoração da prova²³¹.

É dentro dessa gama de direito que Flávio Luiz Yarshell identifica o direito à prova como um direito autônomo, que independe da existência de processo. O tema tem uma certa relevância para este trabalho, haja vista que no último capítulo reconhece a possibilidade de produção antecipada do depoimento das partes. Além disso, cumpre destacar que a possibilidade de produção antecipada de prova veio positivada no Código de Processo Civil de 2015, sendo que com a redação dada ao art. 381 e seguintes do referido diploma legal, hoje é possível a produção antecipada de prova, independentemente de cautelaridade.

Entende-se que essa produção antecipada deriva do direito autônomo à prova, o qual equivale ao direito de buscar a prova e a ela ter acesso, que, da maneira explicitada por Yarshell, é anterior ao processo e por isso independe dele e não está ligada ao direito de ação ou defesa²³². Entretanto, a despeito de não estar ligada ao direito de ação e defesa, importante ressaltar sua função essencial de evitar lides infundadas e fomentar a autocomposição, tendo, pois, importante contribuição para desafogar o Judiciário. O tema será tratado com mais vagar no último item.

Também é na complexidade inerente ao direito à prova que se encontra o direito à valoração das provas produzidas. Este direito está intimamente ligado ao direito à fundamentação das decisões, que corresponde à manifestação específica acerca de todas as provas produzidas, bem como sua utilização ou negação para subsidiar a decisão.

²³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.209. Paulo Osternack Amaral também admite essa complexidade do direito à prova dizendo que ele confere às partes o direito de produzir e contradizer as provas produzidas e de outro lado, dirige o comando ao julgador que deverá admitir todas as provas idôneas, e valorá-las crítica e fundamentadamente. (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36). No mesmo sentido Fredie Didier para quem o conteúdo complexo do direito à prova envolve a adequada oportunidade de requerer provas; o direito de produzir provas, o direito de participar da produção de provas, o direito de manifestar-se sobre a prova e o direito do exame do julgador da prova produzida. (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 41)

²³² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211-212.

Segundo João Batista Lopes, não basta garantir às partes que produzam as suas provas, é necessário garantir que a decisão judicial analisará cada prova produzida de modo a aceitá-la ou rejeitá-la. Além disso, a fundamentação é uma forma de fiscalização e controle da atividade jurisdicional²³³.

Como representado por Eduardo Cambi, o direito à prova está implícito também no devido processo legal²³⁴. Taruffo afirma que a prova tem sido objeto de reflexão no contexto das garantias fundamentais, e defende que se não fosse garantido à parte o direito à prova as demais garantias processuais seriam formais e vazias. Sendo assim, o autor conclui que o direito à prova é, pois, um dos aspectos do devido processo legal²³⁵.

Ao se falar em devido processo legal, não se deve perder de vista que o princípio é reconhecido como super-princípio que guarda em si todas as garantias processuais e dentre elas, e muito importante no tocante ao tema direito à prova, tem-se o contraditório e a ampla defesa. É possível afirmar que o direito à prova está inserido no contraditório e na ampla defesa e, mais do que isso, como afirmado por Tavares e Cunha, o direito à prova é a “projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório”²³⁶.

²³³ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 49-58, p. 52-53.

²³⁴ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 150.

²³⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.54. Para o autor: “De acordo com a opinião dominante, o direito de apresentar todas as provas relevantes é parte essencial das garantias gerais de proteção judicial dos direitos e do direito de defesa, uma vez que a oportunidade de provar os fatos que sustentam as pretensões das partes é condição necessária para a efetividade de tais garantias.” (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.54.) Leonardo Greco também falou sobre a relevância do direito fundamental à prova: “De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam” (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003-2004 p. 213-269 Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2017, p. 232-245, p. 238-239.)

²³⁶ TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, maio 2011, p. 111-136, p. 129. Paulo Osternack Amaral também releva que o direito à prova é assegurado pelo contraditório e ampla defesa. (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.)

O contraditório é princípio que guarda íntima relação com a produção probatória e será analisado pormenorizadamente no próximo item. Entretanto, merece destaque que no que tange o direito à prova o princípio do contraditório se apresenta em todas as suas facetas, tanto como direito de acesso integral ao material probatório produzido, como destacado por Paulo Osternack Amaral²³⁷, como direito de influência, como exposto acima.

Cumpre destacar que Eduardo Cambi afirma que além da ampla defesa e contraditório, o direito à prova é também garantidor da igualdade processual²³⁸ e conclui que o direito à prova é tão importante que “tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica ativa, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz.”²³⁹

Outra indagação que se segue é se a prova é um direito, uma garantia ou um aspecto do princípio do contraditório? João Batista Lopes defende ser uma garantia, mas que não deixa de ser sob outra perspectiva um aspecto do contraditório. Para o autor direito é declaratório, já a garantia é assecuratória, e a prova não é um direito em si, mas uma garantia a assegurar uma série de outros direitos. Entretanto, ele também admite que sob outra perspectiva a prova é um dos aspectos do contraditório abrangendo o direito à informação, reação, diálogo e participação²⁴⁰.

Decerto, de tudo exposto até aqui, resta clara a importância da prova para o processo, contudo, ela não pode ser tida como um direito absoluto e incondicionado. Segundo Taruffo, a parte deveria estar autorizada a provar se utilizando de todos os meios de prova relevantes e admissíveis, porém há diversas regras de exclusão e privilégio criadas por questões complexas que por vezes buscam a proteção de valores e interesses judiciais ou extrajudiciais²⁴¹.

²³⁷ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.

²³⁸ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 151.

²³⁹ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p.148

²⁴⁰ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 49-58, p. 50-51.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54-55.

Todavia, apesar dessas limitações na admissibilidade das provas, tem-se que o juiz não pode agir de maneira excessiva no indeferimento de provas, o que leva à nulidade da sentença. Para Taruffo, o perfil constitucional do direito à prova deve fazer com que o conflito de valores sempre penda a seu favor, sendo que somente a existência de outro direito constitucional ou fundamental justifique o sacrifício do direito à prova²⁴².

Para Eduardo Cambi, além dessas limitações que envolvem valores constitucionais e legais, ou seja, a fase de admissibilidade da prova, existe um certo grau de discricionariedade do juiz para determinar quais provas são necessárias. Essa discricionariedade no Processo Civil deve se pautar nos seguintes critérios: pertinência da prova, devendo ela recair sobre fato controvertido; relevância da prova, devendo ela corresponder a fato previsto abstratamente na norma a ser aplicada; e utilidade da prova, devendo ela estar apta a auxiliar o juiz na decisão da causa²⁴³.

Dessa forma, verificada a prova como uma garantia fundamental, passa-se a analisar a base principiológica em que se funda a sua produção.

2.1.4 Princípios do Direito Probatório.

Para tratar o tema da prova no processo civil não se pode olvidar de estudar a base principiológica que lhe dá sustentação, como destacou Ovídio Batista tratam-se dos “princípios norteadores da compreensão do fenômeno jurídico, como simples instrumentos de referência para a solução de um fenômeno jurídico qualquer”²⁴⁴. Diferente dos princípios que regem as ciências da natureza, que constituem normas inexoráveis²⁴⁵, os princípios no domínio do Direito, sem a

²⁴² TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 55-56.

²⁴³ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 143-159, p. 155-156.

²⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1. p. 281.

²⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1. p. 281.

intenção de esgotar o tema, buscam, linhas gerais, estruturar determinado tema, criando uma “rede de proteção” a ser utilizada para não se desviar da finalidade básica do instituto²⁴⁶.

É certo que a doutrina elenca para o tema de Direito Probatório, assim como para tantos outros temas, os princípios informadores de acordo com sua convicção, sendo encontrada uma vasta diversidade sobre quais são os princípios que norteiam o tema. Enchandía, por exemplo, enumerou vinte e sete princípios retores do Direito Probatório²⁴⁷, por sua vez, Ovídio Batista considerou necessário apenas três princípios para a construção de uma teoria geral da prova²⁴⁸.

Não se pretende discutir qual deles tem razão, até porque entre eles encontra-se mais uma gama de doutrinadores cada um trazendo sua impressão²⁴⁹, todavia, faz-se necessário adotar um critério com rigor científico para utilizar como base para o presente trabalho.

Entende-se, dessa forma, que os princípios trazidos por Ovídio Batista (ônus da prova, necessidade da prova e contradição da prova) conseguem dar ao tema a sustentação necessária, sendo que muitas vezes esses princípios se desdobram em outros, como se demonstrará.

Entretanto, julgou-se adequado para o estudo do tema em comento, qual seja “a importância da atuação cooperativa das partes e do juiz na busca da verdade no Processo Civil: o depoimento pessoal das partes à luz do princípio da cooperação”, que se inclui entre os princípios trazidos pelo autor o princípio da comunhão da prova.

Além disso, cumpre ressaltar que por uma questão metodológica de facilitar o entendimento do assunto e não de sobressair a importância de um princípio sobre o outro pela sua localização topográfica, optou-se por alterar a ordem dos princípios apresentada pelo referido autor.

²⁴⁶ Neste ponto, importante destacar dois conceitos de princípios trazidos por autores que são referência no assunto. Para Canotilho, princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1.255). Já Humberto Ávila conceituou princípios como sendo “normas-do-que-deve-ser: seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. Malheiros, 2006, p. 72)

²⁴⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 114-141.

²⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1. p. 281-284.

²⁴⁹ Didier, por seu turno, elencou seis princípios (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 82/130)

2.1.4.1 Princípio da necessidade da prova.

Ao iniciar a discussão do tema, optou-se, de forma a trazer um melhor entendimento acerca do assunto, por, primeiramente, explanar a respeito do princípio da necessidade da prova. Tem-se que da necessidade de haver a prova no processo que irá ser possível falar em outros princípios, afinal só se faz necessária a criação dessa base principiológica porque se admite que, em regra, as provas são indispensáveis no processo.

Como se pode notar, o presente trabalho tem como marco teórico a busca da verdade como uma das finalidades do processo e também com a função primordial da prova. Não se dispensando a necessidade de convencer o julgador, entende-se que a prova tem função demonstrativa, ou seja, de demonstrar a verdade.

Moacyr Amaral Santos já destacava que a verdade traz segurança aos indivíduos que compõem a sociedade²⁵⁰. Para o referido autor, a verdade dos fatos precisa aparecer, pois o Direito provém dos fatos²⁵¹. Daí pode-se concluir que é somente pela prova que a verdade pode transparecer.

É diante deste desenvolvimento de ideias que o autor reconhece que a função fundamental do processo é firmar a verdade jurídica com base em duas versões diversas apresentadas, versões estas sobre as quais deve se pesquisar a verdade. Ocorre que esta pesquisa não deve ser realizada nem só pelas partes, nem só pelo juiz²⁵².

O autor ainda destaca que se a pesquisa fosse realizada só pelas partes levaria ao perdimento da força de influir na decisão do juiz, contudo se ela é realizada somente pelo juiz ao seu arbítrio,

²⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.16.

²⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 327

²⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 327

sem a participação das partes leva a decisões despóticas²⁵³. Contra esse arbítrio dos juízes se luta há muito tempo e para contê-lo é que se tratou de regular o processo probatório²⁵⁴.

A citada pesquisa da verdade jurídica, a que se refere o autor, é baseada nas provas produzidas no processo, uma vez que o juiz não pode se valer do que sabe²⁵⁵, se isso não tiver sido demonstrado no processo, para fundamentar sua decisão. A decisão deve estar nas provas não podendo o juiz supri-las pelo seu conhecimento pessoal²⁵⁶⁻²⁵⁷.

Acerca do tema Barbosa Moreira se vale de uma importante analogia ao dizer que o juiz ao usar de seu conhecimento pessoal sobre os fatos, é como se valer de seu próprio testemunho para julgar, e é sabido que ao juiz não cabe valorar o seu próprio testemunho²⁵⁸.

²⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 327. O mesmo autor ainda afirma: “Se a verdade pudesse ser resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a Justiça seria o arbítrio e o Direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pela sociedade de distribuí-lo” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 16)

²⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 328.

²⁵⁵ SILVA, Ovidio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, p. 283.

²⁵⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallia, 1974, Tomo I, p. 115.

²⁵⁷ Neste sentido Silva Melero: “conforme a lo alegado y probado” (SILVA MELERO, Valentin. *La prueba procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I, p. 29.) e Aureliano Gusmão: “Se ao juiz fosse concedido decidir do direito só pelas suas impressões pessoais a respeito das contendas e litígios que ante ele se agitam, ou pelas simples alegações desacompanhadas de provas; daqueles que comparecem à liça das lutas jurídicas; se lhe fosse facultado julgar e cominar pena ao indigitado autor de um delito de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sobre cuja autoria lhe paira dúvida; se, numa palavra, ao juiz fosse lícito agir livremente e desprendido de quaisquer peias jurídicas ou morais, absolvendo ou condenando, sem se preocupar com o descobrimento e verificação da verdade, o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia de pessoas honestas e dos fracos, nem a mantenedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem, da harmonia, mas, sim, a força imane, despótica e tirânica, sempre pronta e aparelhada para negar, desconhecer e aniquilar o direito desprotegido e imbele” (GUSMÃO, Aureliano. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1922-1924, 2v. v.2, p.15)

²⁵⁸ Jeremías Benthan já havia ressaltado a questão: “no basta que su decisión sea justa, es menester también que lo parezca” “nada había más peligroso que el dejarle reunir el oficio detestigo al de juez” (BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos e escrita en francês por Estevam Dumont. Traduzida al castellano por C. M. V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 123-124.)

Com a sistemática processual moderna e a ordem de garantias que lhe é assegurada, é de fácil percepção que a necessidade da prova no processo vai ao encontro dos princípios do contraditório e publicidade²⁵⁹.

Com relação ao contraditório, pode-se afirmar que se é dado ao outro a oportunidade de conhecer a prova que está sendo produzida e se manifestar acerca dela, podendo inclusive produzir a contraprova, é nítido que a prova é indispensável no processo, não podendo as decisões serem fundamentadas em impressões pessoais do julgador não trazidas aos autos.

Já no que tange a relação da publicidade com a necessidade da prova essa se dá por dois motivos. Primeiramente porque o processo precisa estar preparado para ser revisto em segunda instância, se for o caso, e assim todos os seus elementos devem estar devidamente expostos nos autos. Além disso, o caráter publicista que o processo galgou faz com que todos os atos nele realizados estejam devidamente documentados até mesmo para eventual fiscalização por parte da sociedade.

Diante do exposto, Moacyr Amaral dos Santos expõe suas conclusões: “a) os fatos, em juízo, não se presumem; b) a lei precisa regulamentar o processo probatório.”²⁶⁰ Da primeira conclusão do autor se aduz claramente a necessidade da prova no processo²⁶¹.

Cumprido neste ponto destacar algumas questões interessantes, como por exemplo, o fato de alguns defenderem que a necessidade da prova é compatível apenas com o sistema legal de valoração de prova, o que não ocorre com o da livre motivação²⁶².

²⁵⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 115.

²⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 328.

²⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 328.

²⁶² “Algunos han creído que este principio es consecuencia del sistema de la tarifa legal o de la prueba legal (que no es lo mismo, como vimos en el núm. 26); por otra parte, al sistema de libre apreciación por el juez le formulan la objeción de que permitiría utilizar sus conocimientos privados sobre los hechos, violando los principios que acabamos de mencionar. Pero esto nos es cierto; la libertad de apreciación e inclusive la libertad de medios de prueba (la primera puede existir sin la segunda; cfr., núm 27, C), no implican que los hechos puedan fijarse en el proceso por el conocimiento personal del juez, sin que exista medio alguno de prueba que los demuestre, ni la prohibición de usar ese conocimiento privado limita en absoluto la libre apreciación ni la libertad de medios en donde se han consagrado.” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 115.)

Além disso, também se discute se atribuir poderes instrutórios ao juiz não seria circunstância em que ficaria demonstrada que as provas não são tão necessárias assim no processo²⁶³. Entende-se que o argumento é falacioso, uma vez que ao atribuir poderes a mais um sujeito processual para trazer provas a instruir o processo, se reconhece a importância da prova no processo, bem como a sua necessidade.

Em suma, Bentham expôs “*asi, pues, el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas*”²⁶⁴. Entretanto, a despeito de se admitir que a prova é necessária, mais do que isso, primordial para o processo, haverá situações em que a prova não é trazida ao processo. Sabe-se que não é mais admitido na processualística moderna o *non liquet*²⁶⁵, sendo assim deve-se primeiramente fazer o esforço necessário e possível para trazer as provas ao processo, entretanto caso não se consiga deve-se lançar mão do ônus probatório, objeto de estudo do próximo item.

2.1.4.2 Princípio do ônus da prova.

Ao se tratar de ônus probatório é comum vermos os doutrinadores falarem em encargo que a parte deve assumir para provar em juízo suas alegações e diferenciarem este encargo de dever, uma vez que a parte não está obrigada a provar se não o quiser, entretanto essa atitude omissiva acarretar-lhe-á ter de suportar as consequências de não ter se desincumbido do referido encargo que lhe fora determinado²⁶⁶.

De maneira bem clara, Humberto Theodoro Júnior define ônus probatório como sendo a “conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida

²⁶³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 116.

²⁶⁴ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos e escrita en francés por Estevam Dumont. Traduzida al castellano por C. M. V. Paris: Bossange Frères, 1825, p.4.

²⁶⁵ “No velho Direito Romano, quando o juiz não conseguia formar uma convicção segura sobre os fatos, dizia: “non liquet”, não está claro e o processo recomeça perante outro Juiz.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In *Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul - Set / 1984, p.3)

²⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015.

pelo juiz”²⁶⁷ e complementa que não se trata de uma obrigação, mas tão-somente de uma forma de se evitar um prejuízo, caso não seja possível se desincumbir de provar determinado fato no processo²⁶⁸.

Interessante destacar o conceito negativo de ônus da prova trazido por Couture, para o autor “*no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de non prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaran. Con el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir.*”²⁶⁹

Sabe-se que o *non liquet* é proibido, nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁷⁰, sendo assim apresentado o fato em juízo é obrigatório que o juiz faça a aplicação do direito.

Ocorre que para se reconstruir os fatos de acordo com a verdade é necessário que o processo conte com uma produção probatória suficiente, ou seja, tudo que ocorreu deve estar devidamente demonstrado, através de provas no processo, todavia, na prática, nem sempre isso é possível.

A questão é que por diversas razões, em não raras oportunidades, os fatos não são reconstruídos em toda sua extensão no processo e isso acaba causando ao julgador um problema, pois apesar de ter como função aplicar o direito aos fatos, ainda que não consiga reconstruí-los, está obrigado a dar o direito, ou melhor, entregar ao jurisdicionado uma decisão.

Cumprir destacar que, ainda que se entenda que para o processo ser justo exige-se além da presença de todas as garantias fundamentais no processo, a necessidade de se valorar a decisão como um critério autônomo, devendo esta decisão também ser justa²⁷¹, e para a decisão ser justa é

²⁶⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 893

²⁶⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁶⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 242

²⁷⁰ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988.

²⁷¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

preciso que haja uma “avaliação confiável dos fatos relevantes para o julgamento”²⁷². É preciso fazer mínimas adaptações para colocar um fim no litígio. Dessa forma, mesmo quando não é possível esta avaliação dos fatos relevantes para o julgamento, ainda assim o juiz está obrigado a proferir uma decisão.

Sendo assim, para cumprir sua função institucional é necessário criar regras para quando os fatos não houverem sido devidamente demonstrados no processo, o juiz ter parâmetros para proferir sua decisão e o ônus probatório cumpre esse papel. Ao determinar a quem incumbe a produção da prova, determina automaticamente quem arcará com o prejuízo caso a prova não seja produzida.

Neste sentido, há que se compreender que tendo a prova ligação íntima com o direito material, ou melhor, sendo a prova o que traz ao processo o fato pressuposto de direito material, o ônus da prova, ou seja, a responsabilização sobre a não atividade de provar, também está diretamente ligada com o direito material, pois na ausência da reconstrução do fato é o ônus probatório que indica como o juiz deve julgar.

Entretanto apesar de esse caráter de norma ligada ao direito material, o ônus probatório também estabelece procedimentos, tendo, pois, também características de direito processual, sendo assim, sua natureza pode ser identificada como mista²⁷³.

²⁷² O primeiro deles exige a correta identificação e interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso. O segundo impõe a avaliação confiável dos fatos relevantes para o julgamento. O terceiro, e último, avalia a observância de um procedimento válido e justo, ditando o *iter* a ser percorrido para a formação da decisão justa. (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva. P. 69)

²⁷³ É o que defende Humberto Theodoro Júnior: “Sem a prova do fato previsto como pressuposto de direito material, a situação da parte que o invoca remanesce envolvida em incerteza, impedindo que sua pretensão ou defesa seja acolhida em juízo” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 894)

Para boa parte da doutrina o ônus probatório apresenta duas facetas o ônus subjetivo ou formal e o ônus objetivo ou material²⁷⁴. Didier define que o ônus subjetivo determina quem deve provar e o ônus objetivo quem deve arcar com as consequências da não produção da prova²⁷⁵.

Saliente-se que não se trata de existirem duas espécies de ônus probatório, mas poder-se-ia dizer que, na verdade, existem dois momentos em que ele atua no processo, e em cada um desses momentos ele produz um efeito diferente.

Num primeiro momento, o ônus probatório é indicativo, determinando a qual das partes incumbe a produção de provas, neste caso atua como regra de procedimento²⁷⁶ ou regra de atividade²⁷⁷, tendo como função incentivar a produção da prova e com isso fomentar um processo democrático, fundado num processo justo no qual a reconstrução dos fatos resta altamente incentivada²⁷⁸.

²⁷⁴ Barbosa Moreira se situa entre aqueles que defendem estes dois aspectos do ônus probatório, sendo ele quem chamou pela primeira vez o ônus subjetivo de formal e o ônus objetivo de material. Para o ilustre autor: “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)”, ele continua conceituando o ônus material “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude a ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-82, p. 74-75).

²⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015.

²⁷⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁷⁷ SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015.. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.

²⁷⁸ Nos dizeres de Bruna Braga da Silveira: “(...) o aspecto subjetivo do ônus da prova contém em si uma nota de interesse privado, assim como uma nota de interesse público: o interesse privado está representado no estímulo que dá à parte em produzir provas visando influenciar o convencimento do juiz acerca dos fatos por ela alegados, diminuindo seus riscos de sucumbir; o interesse público reside na consideração de que ao Estado interessa – e é seu dever – a entrega da melhor e mais justa prestação jurisdicional possível, para o que a prova é elemento relevante, (...)” (SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015.. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.)

Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “quanto melhor e, portanto, mais produtiva for a prova coligida no processo, possivelmente maior será a segurança jurídica do juiz para julgar e, certamente, com maior justiça”²⁷⁹.

Todavia, a despeito desse reconhecimento da faceta subjetiva do ônus probatório, assim denominada por estar dirigida às partes, há quem discorde desta divisão, dentre eles Michele Taruffo. Para ele, tendo em vista no sistema da *Civil Law* existir inclusive a possibilidade de o próprio juiz atuar instruindo o processo com provas, pouco importa quem vai produzir a prova, até porque, pelo princípio da comunhão das provas²⁸⁰, provas produzidas no processo passam a fazer parte dele, pouco importando quem as produziu. Sendo assim, não há que se falar em qualquer ônus subjetivo de produção de provas²⁸¹⁻²⁸².

²⁷⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 83

²⁸⁰ Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, o ônus da prova se relaciona com o princípio da comunhão das provas em seu elemento objetivo. É sabido que o juiz não pode declarar o *non liquet*, sendo assim, em caso de ausência de provas, utiliza-se das regras de julgamento impostas pelo ônus objetivo. Isso porque pouco importa se quem tinha o ônus subjetivo de produzir a prova a produziu, mas quais as provas produzidas no processo. Já que pelo princípio da comunhão das provas, não importa quem produziu, mas se a prova está no processo. Apenas a falta da prova chama a atenção do juiz para determinar de quem era o ônus de produzir a prova e dessa forma quem sofrerá as consequências da não produção. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 127-130.

²⁸¹ “A situação é diversa nos sistemas de civil law devido à diferente estrutura do procedimento. Por um lado, com frequência o juiz possui significativos poderes para ordenar de ofício a produção de provas. Portanto, falar de um ônus de produção de provas no curso do processo pode parecer irrelevante, ainda que o papel das partes na produção de provas seja muito importante. Por outro lado quando o julgador valora as provas no momento de tomar a decisão final, seu único problema é determinar quais fatos foram provados e quais não foram. Quando se prova um fato, não é relevante <quem> produziu as provas sobre esse fato. Assim, um ônus de produção de provas não afeta significativamente a decisão do tribunal. Em verdade, cada parte tem um claro interesse em satisfazer seu ônus da prova com o objetivo de ganhar o caso, *i. e.*, tendo em vista a decisão final sobre os fatos, porém não está interessada em satisfazer qualquer ônus <subjetivo> ou <processual>. Quando não se apresentam provas suficientes, a parte que tinha o ônus de provar o fato sucumbirá, porém somente em virtude da não satisfação do ônus da prova, não do ônus de produção das provas. Se, pelo contrário, demonstra-se o fato por meio das provas apresentadas pela outra parte ou ordenadas de ofício pelo juiz, a parte que tinha o ônus de provar o fato sairá vitoriosa, ainda que não tenha apresentado qualquer prova acerca daquele fato. Dessa forma, realmente não existe qualquer ônus <subjetivo> de produção das provas. (TARUFFO, Michelle. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 147-148.)

²⁸² Neste mesmo sentido Yarshell (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação das provas sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009) e Vitor de Paula Ramos “O que a doutrina convencionou chamar de *ônus imperfeito* (aquele que não teria uma consequência jurídica automática), ademais, não pode ser enquadrado verdadeiramente na categoria dos ônus. Um advogado ir ter pessoalmente com um julgador, ou a parte contratar um bom advogado, certamente são causas que contribuem para o resultado almejado de vencer uma demanda; configuram, assim, um *direito*, um “interesse”, mas certamente não um *ônus* em sentido técnico. Da mesma forma que um advogado diligente, que vá ter pessoalmente com os julgadores, aumentará as chances de triunfo, a parte que leva ao processo provas certamente pode aumentar suas chances de triunfar; sem, entretanto, que isso possa ser considerado um *ônus*. Um direito (fundamental à prova), um “interesse”, mas não um *ônus* em sentido

Considerando a opinião do jurista italiano, bem como de outros que com ele compartilham a mesma opinião, ainda assim acredita-se nesses dois aspectos do ônus probatório, que se num primeiro momento se revela como regra de procedimento, num segundo momento se apresenta como regra de julgamento, indicando ao juiz como se posicionar em caso de ausência de material probatório suficiente para reconstruir os fatos e jugar.

Quanto ao ônus probatório como regra de julgamento, não há que se falar em divergências, pois é certo que ele existe como uma ficção jurídica, a fim de suprir as limitações objetivas do processo, quando o contexto probatório é precário²⁸³.

Sendo assim, pode-se afirmar que o ônus probatório como regra de julgamento é eventual e subsidiário, pois como demonstrado no item anterior a prova é necessária ao processo e deve ser buscada sempre que possível. Sendo assim, nos casos em que as partes tenham se desincumbido do ônus de provar, ou mesmo o juiz através de seus poderes instrutórios tenha trazido provas suficientes ao processo; ou, ainda, se houver no processo verossimilhança demonstrada, o juiz está autorizado a julgar sem lançar mão do ônus probatório objetivo²⁸⁴.

Em suma, o ônus probatório objetivo é regra que obriga o juiz a colocar sobre os ombros daquele que não se desincumbiu de provar o que lhe era determinado as consequências negativas dessa ausência de provas, julgando, pois, em desfavor dele.

2.1.4.3 Princípio da contradição da prova.

O princípio da contradição da prova, enumerado por Ovídio Baptista como um daqueles que informa o Direito Probatório, deriva do mais amplo princípio do contraditório, que ele naquela

técnico.” (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 263-282)

²⁸³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias*. v. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015.

época ainda denominava de princípio da bilateralidade da audiência²⁸⁵. Entretanto, é sabido que hodiernamente o referido princípio ganhou uma acepção mais ampla que passar-se-á a tratar.

Ao iniciar a exposição acerca do princípio do contraditório, interessante destacar que na Constituição de 1967, com as alterações inseridas pela Emenda Constitucional nº1/69, o referido princípio só restava consignado para o Processo Penal. Sendo assim, a despeito de alguns doutrinadores entenderem que o contraditório decorria do próprio direito de ação, este previsto constitucionalmente, o contraditório estava previsto apenas na legislação infraconstitucional²⁸⁶.

Cumprе ressaltar que naquela época, antes mesmo de representar uma garantia constitucional, Barbosa Moreira já defendia que o contraditório era o direito de participação das partes no processo, produzindo provas e se manifestando sobre elas, fazendo alegações, sendo que a igualdade entre as partes é corolário do contraditório. Afirmava, ainda, que a iniciativa de provar não era incompatível com as funções do juiz e do Ministério Público (nos processos em que atue como *custos legis*), entretanto, quando assim o fizessem deveria ser dada às partes a oportunidade de participar naquela produção²⁸⁷.

Também interessante neste ponto trazer à baila apanhado histórico pesquisado basicamente na doutrina italiana e concatenado por Greco sobre a evolução do princípio do contraditório. Em seu texto, o autor constata que a audiência bilateral, primeira característica do contraditório, tem origem na Antiguidade grega, mas é no século XII que o princípio passa a compreender todos os atos e decisões do processo e não mais apenas seu início, além disso, nesse momento passa-se a impor a igualdade de tratamento entre as partes²⁸⁸.

Entretanto, é na segunda metade do século XX que o contraditório dá um salto qualitativo e se “transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz”,²⁸⁹ e passa a apresentar a configuração e características que se apresenta hoje.

²⁸⁵ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, p. 284.

²⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *In Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 231 – 238. Jul - Set / 1984.

²⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *In Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 231 – 238. Jul - Set / 1984, p. 232.

²⁸⁸ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.24, 2005.

²⁸⁹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.24, 2005.

Antonio do Passo Cabral apresenta o princípio do contraditório de forma plural, como direito da parte de informação-reação no processo, como direito de influência, como o dever de colaboração e participação dos sujeitos no processo²⁹⁰.

Enquanto no passado o contraditório representava um princípio que garantia a audiência bilateral, o que significa o direito de ser cientificado e se manifestar acerca do processo, impugnando-o simplesmente, com o passar do tempo essa possibilidade de manifestar-se foi ampliando e alcançou o que se chama hoje de ampla defesa, que anda *pari passu* com o contraditório.

A ampla defesa, aliada ao contraditório, permite que se possa produzir provas no processo, impugnar as provas produzidas, fazer alegações, requerer a produção de provas que não se pode produzir sozinho, enfim, auxiliar o juiz na reconstrução da verdade dos fatos.

Ocorre que o processo evoluiu, o direito a uma jurisdição justa passa a ser considerado um direito fundamental, a dignidade da pessoa humana passa a ser pilar dos Estados Democráticos de Direito e isso obviamente chega até o processo. Sendo assim, o contraditório ganha novos aspectos como a flexibilidade de prazos e a igualdade concreta²⁹¹.

Mais do que isso, a figura do juiz, que trazia um ar de superioridade, se transforma com a quantidade de garantias que passam a ser asseguradas às partes; o processo deixa de ser um monólogo para se tornar um diálogo, em que partes e juiz devem estar em constante comunicação e colaboração para a busca da verdade²⁹².

Este novo processo dialético tudo tem a ver com o contraditório, que passa ainda a apresentar nova característica que é o direito de influência. Isso significa dizer que todas as provas produzidas no processo, todas as alegações têm que ser capazes de influir na decisão, isto faz parte de uma garantia fundamental que é o contraditório participativo, como é reconhecido na atualidade.

As partes poderão fiscalizar a sua influência na decisão através da verificação da motivação das sentenças, que deve perpassar por todos os argumentos e provas apresentados no processo. Cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 prestigiou tal garantia²⁹³.

²⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Organizadores: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁹¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.24, 2005.

²⁹² CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Nova York: New York University Press. 1956.

Entretanto, apesar das cortes internacionais estarem reconhecendo a necessidade desse contraditório-influência no processo, o mesmo não vem se observando nas cortes nacionais, apesar de haver alguns julgamentos isolados no sentido de reconhecer a necessidade da participação das partes influenciar na decisão do juiz, esta realidade ainda não é uma regra²⁹⁴.

Não se deve olvidar que este fato é muito importante, já que sendo o contraditório uma garantia fundamental, o reconhecimento de sua ausência no processo faz com que possa se afirmar que não houve processo. Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon: “ausente contraditório, inexistente processo”²⁹⁵. Sendo assim, é possível que tais decisões que não privilegiam o contraditório-influência sejam levadas às Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Outrossim importante relevar que, conforme Greco afirmou, o contraditório poder ser considerado um megaprincípio, abrangendo vários outros princípios, quais sejam:

audiência bilateral, a paridade de armas, a congruidade dos prazos, a participação de todos os interessados que possam ser atingidos pela decisão, a interação entre as partes e o juiz que assegure a efetividade da influência, tendo como consequências o diálogo humano, a oralidade, a tendência à gestão cooperativa do processo, o direito de defender-se provando, a fundamentação consistente das decisões que demonstre que estas efetivamente receberam a influência de toda a atividade argumentativa e probatória das partes e a publicidade dos atos processuais como instrumento indispensável de controle social do efetivo respeito ao contraditório e às demais garantias processuais.²⁹⁶

Sendo assim, ferir qualquer um dos princípios acima elencados é ferir o contraditório, reconhecido como garantia fundamental do processo e por isso resguardado não só pelos Tribunais pátrios, mas também pelos Tribunais Internacionais de proteção aos direitos humanos.

²⁹³ Vide art. 489.

²⁹⁴ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

²⁹⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa, requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada, identificação das decisões imotivadas. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 17, número 1. Jan-jun 2016. Pp. 164-192.

²⁹⁶ GRECO, Leonardo. “Contraditório Efetivo”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume 15. Jan-jun 2015. pp. 299-310

Por fim, resta uma crítica significativa que se pode observar no Código de Processo Civil de 2015, trazida por Greco²⁹⁷, que imprime uma contradição perigosa à referida legislação processual.

O problema ocorre porque a explosão do número de processos fez com que o legislador levasse muito em conta ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015 a efetividade. Dessa forma, o contraditório, com suas dilações necessárias, mas que não deixam de ser dilações, muitas vezes para ser garantido prejudica a efetividade.

O contrário também é verdadeiro, sendo assim, pode-se dizer que a efetividade muitas vezes para ser garantida prejudica o contraditório. Leonardo Schenk, ao tratar o tema da aceleração do processo, reconheceu que nos dias atuais a efetividade do processo se vê quase que umbilicalmente ligada à rapidez, questão que é cara não só em âmbito jurídico, mas em todos os campos da vida em geral. Todavia o autor destacou os riscos dessa busca desmedida sem a observância das garantias constitucionais²⁹⁸.

Tem-se, portanto, diploma processual com “duas almas diferentes”²⁹⁹ e, sem dúvida, essa incongruência pode fazer com que seja sacrificado muitas vezes o contraditório, o que se entende por inadmissível, até por entender que ele é de suma importância para a busca da verdade, ou seja, para a produção de um processo justo.

Destaca-se, ainda, o contraditório participativo como instrumento de cooperação das partes no processo de forma a contribuir para a busca da verdade principalmente no que tange ao depoimento pessoal das partes objeto deste estudo.

²⁹⁷ GRECO, Leonardo. “Contraditório Efetivo”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume 15. Jan-jun 2015. pp. 299-310

²⁹⁸ (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 135-139). Ele destaca os perigos desta “tirania da urgência” e da busca desenfreada pela rapidez acima de tudo, segundo ele “os riscos envolvem a erosão da ordem constitucional, levando a esquecer por completo, que o objetivo profundo de muitas regras jurídicas é o de retardar a tomada de decisão (...)”. (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 138.). Em outro ponto o autor destaca, com razão, entende-se: “Visto por esse ângulo, a duração de um processo não pode ser tida como irrazoável se ela se limita ao tempo necessário para assegurar e salvaguardar o direito de ação e o direito de defesa, o respeito ao juiz natural, ao contraditório, da imparcialidade e independência do órgão julgador. Mais do que fixar um critério rígido, a cláusula da razoável duração dos processos impõe ao intérprete e ao legislador o dever de pesquisar e de assegurar, caso a caso, a solução capaz de realizar em melhor ponto as várias garantias processuais asseguradas na Constituição. (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 110)

²⁹⁹ GRECO, Leonardo. “Contraditório Efetivo”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume 15. Jan-jun 2015. pp. 299-310

2.1.4.4 Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas).

Conforme ressaltado em ponto anterior, a despeito de se ter optado por trazer os princípios elencados por Ovídio Batista³⁰⁰ e o autor não ter incluído em sua lista o princípio da aquisição das provas, entendeu-se que o princípio da aquisição das provas ou comunhão das provas é de suma importância para a abordagem do tema.

Sua importância resta demonstrada no fato de a legislação processual somente permitir a colheita do depoimento pessoal quando este é requerido pela parte contrária ou por meio de interrogatório determinado *ex officio*. Sendo assim, não pode a parte requerer seu próprio depoimento, todavia, segundo o referido princípio, como se exporá a seguir, a prova dos autos é “dos autos” e não da parte que a produziu. Considera-se, pois, de certa forma inócua e incoerente tal proibição, o que se tratará com mais profundidade no capítulo 3.

Cumprido neste tópico elucidar algumas questões inerentes ao princípio da aquisição das provas, também chamado de princípio da comunhão das provas e, como advertido por Neves, pouco cuidado e explorado pela doutrina nacional³⁰¹.

Referido princípio resta previsto expressamente em nossa legislação processual, já que disposto no art. 371 do Código de Processo Civil de 2015 que prevê que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”. Tal redação deve ser interpretada de modo a entender que desde que produzida a prova adere ao processo, sendo irrelevante saber quem a produziu, passando, pois, a ser parte integrante do conjunto probatório do processo³⁰². Dessa forma, a prova produzida pode favorecer ou prejudicar qualquer das partes, contribuindo de maneira efetiva com a reconstrução dos fatos.

³⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, p. 281-284.

³⁰¹ O autor entende que ao próprio tema “provas” não é dispensado o cuidado necessário dentro da doutrina nacional. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 113).

³⁰² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2., p. 91-92.

Neves, ainda destaca, que a despeito de ser pouco explorado, o conceito que é dado ao princípio da aquisição das provas é sempre o mesmo, passando pela noção de que “uma prova produzida passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido o autor, réu, ou mesmo o juiz de ofício”³⁰³.

Partindo, pois, deste pressuposto de que cada prova produzida passa a fazer parte do processo, tem-se que irá se formar um conjunto unitário que representará toda a produção probatória. Nesse momento, como não se está submetido, por regra, a um sistema de tarifação legal de avaliação da prova, fica impossível determinar a quem beneficiará a prova produzida, sendo possível afirmar, inclusive, que a prova produzida por uma parte pode beneficiar a outra³⁰⁴.

Micheli destacou também que o princípio em estudo deriva da concepção romana sobre prova, em que o resultado do processo não pode ficar atrelado apenas ao desempenho da atividade das partes³⁰⁵. Isso se dá porque independentemente de quem atuou produzindo as provas, elas podem beneficiar a todos do processo, pois intentam sempre em buscar a verdade³⁰⁶.

Não se pode negar outrossim, a estreita relação entre o princípio da aquisição das provas e o princípio do interesse público da função da prova elencado por Echandiá³⁰⁷. O referido autor

³⁰³ (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 113). Neste mesmo sentido destaca AMARAL, para quem o que será avaliado é o conjunto probatório constante dos autos, sendo irrelevante quem produziu ou levou a prova ao conhecimento judicial (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37). Para o referido autor “A prova não pertence a parte que a produziu” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37) e isto é o que a doutrina defende de um modo geral, concluindo que se a prova faz parte de um conjunto probatório pertencente aos autos, não pode dela dispor a parte que a produziu, já que ninguém pode dispor de algo que não é seu. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 116)

³⁰⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37-38. O autor afirma: “Não há tarifação legal, o juiz se valerá do conjunto probatório.” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37)

³⁰⁵ MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Trad. del italiano por S. Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1961, p. 145-146.

³⁰⁶ Taruffo já criticava essa postura de valorizar apenas a atuação de cada parte no processo, que ele atribui ao sistema adversarial, no qual “não vence quem tem razão, tem razão quem vence”, transferindo a ética de mercado para o processo. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. Uma simples verdade, p. 131-132).

³⁰⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 119.

afirma que identificando a finalidade da prova³⁰⁸, fica demonstrado o interesse público que desempenha a prova no processo³⁰⁹.

A prova, pode-se afirmar, tem um duplo ponto de vista, de um ponto o exercício do direito subjetivo e de outro o ato processual, ou conjunto de atos processuais, que constituem etapa necessária do processo. É no segundo aspecto que reside claramente o interesse público da prova, pois, apesar de se originar na atividade das partes, não perde a característica de ato processual³¹⁰.

Em outras palavras, é notória a importância do referido princípio, bem como sua estreita relação com toda a sistemática que envolve o Direito Probatório como um todo e em especial o depoimento das partes.

De acordo, com o formulado pelo princípio da aquisição das provas, a prova não tem uma “identidade subjetiva”³¹¹, sendo que existe uma homogeneidade de sua eficácia probatória³¹² que faz com que sua valoração se aplique a todos os sujeitos do processo. Isso se dá por questões lógicas, já que ao considerar que a prova tem como finalidade recompor a verdade e convencer o juiz, seria ilógico imaginar que a verdade pudesse ser recomposta de forma diversa para cada uma das partes³¹³.

Todavia, neste aspecto há que se destacar que apesar de haver uma homogeneidade da valoração da prova, sendo que uma vez valorada aquela condição será aplicada a todos os sujeitos, não se pode entender que a iniciativa da produção da prova seja um fato irrelevante no processo.

³⁰⁸ Seja ela reconstruir a verdade ou apenas convencer o julgador.

³⁰⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 119.

³¹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 119-120.

³¹¹ Termo utilizado por Daniel Amorim (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p.113).

³¹² Termo utilizado por Didier (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2., p. 92).

³¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 111-130, p. 114-115.

Sobre o tema Yarshell discorreu, afirmando que dependendo de quem produz a prova, isso pode influenciar na valoração atribuída pelo julgador. Sobre o tema exemplifica com a prova testemunhal, dizendo que se uma testemunha, arrolada por uma das partes, dá o seu depoimento de forma a concordar com os argumentos da parte que não a arrolou, estas declarações serão “dignas de maior consideração” por parte do julgador³¹⁴.

Moacyr Amaral Santos já havia tratado a questão quando afirmava que “a própria atividade desenvolvida no processo pelo litigante pode fornecer elementos de prova, aparecendo, então, ao espírito investigador do juiz como preciso objeto de prova”³¹⁵, representado pelo próprio “organismo psicofísico do litigante”³¹⁶.

Em outras palavras, o esmero ou a indiferença das partes pode ser elemento para auxiliar o juiz na valoração das provas, sendo o comportamento das partes argumento de prova³¹⁷.

Outra crítica trazida por Neves e que aproveita a este trabalho é que se o princípio da aquisição de provas é trabalhado, ainda que superficialmente, apenas considerando o momento após a sua produção³¹⁸. Echandía já defendia que depois de produzida a prova, ninguém pode renunciar aos seus efeitos³¹⁹.

Ora, é sabido que a produção é apenas uma fase do procedimento probatório, que se divide em três ou quatro fases, a se admitir ou não a valoração como fase probatória³²⁰. Sendo assim,

³¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65-71.

³¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.57.

³¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 56.

³¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

³¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130.

³¹⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallia, 1974, Tomo I, p. 118. Didier também ao tratar o assunto fala apenas da aplicação do princípio pós-produção da prova. (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2., p. 91-93)

³²⁰ Barbosa Moreira em seu texto “O juiz e a prova” tratou de três fases da instrução probatória, que denominou: determinação da prova, realização da prova e valoração da prova. Todavia, é nítido em seu texto que a fase de

como não se verifica nenhuma exceção à aplicação dos princípios a outras fases, assim deveria ocorrer. Entretanto, observa-se na *práxis* que o princípio só é considerado após a produção da prova³²¹.

Ora, não se pode negar que o princípio se aplica desde a segunda fase probatória, que é quando a prova é admitida no processo passando a compô-lo e saindo da autonomia da parte que a requereu. Echandía adverte que nos sistemas em que se admite o poder instrutório do juiz menos importância tem o momento que se pode renunciar à prova, pois o juiz pode ordená-la de ofício³²². Porém sabe-se que nem sempre o juiz age com tanto zelo no processo, portanto é necessário que ao desistir de uma prova seja aberto espaço ao contraditório para que se fomente um processo dialético e justo³²³.

Necessário destacar que, por razões lógicas, se aberto o contraditório a parte contrária discordar da desistência haverá “inversão do ônus de adiantamento para a produção de prova”,

determinação da prova agrega duas fases reconhecidas como fase da proposição (pelas partes) e da admissão (pelo juiz) das provas. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In *Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul - Set / 1984.) Já Moacyr Amaral Santos não incluiu entre as fases probatórias a fase da valoração (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 235-265), essa exclusão da valoração é porque ela não ocorre no processo e sim na decisão (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2., p. 78), portanto não resta incluída na dilação probatória.

³²¹ Neves traz um exemplo em que a produção de prova pericial foi requerida por ambas as partes, todavia o autor requereu a inversão do ônus da prova, o que foi indeferido pelo juiz. Diante do requerimento do réu da mesma prova, o autor ficou inerte. Foi nomeado perito e apresentados quesitos, e neste momento o réu desistiu da prova o que foi deferido pelo juiz, independentemente da oitiva do autor. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p.112)

³²² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 118.

³²³ Interessante aparte faz Rui Portanova sobre o tema: “Entendemos que no sistema brasileiro vige o princípio da comunidade da prova e que não raras vezes, a parte-ré deixa de arrolar testemunha comum já arrolada pela parte autora. Assim, uma desistência pode causar danos à outra parte (particular) e à busca da verdade real (em geral). A melhor solução para o caso de desistência não suficientemente motivada de testemunha é colher a concordância da parte contrária e, em caso de dúvida, ouvir tanto a nova testemunha indicada como a testemunha que se tentou substituir” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999, p. 217). Cumpre salientar ainda que o referido princípio e esta forma de aplicação deve se dar para todos os meios de prova e não apenas a testemunhal.

ficando esta parte que discordou responsável pelo adiantamento das custas da prova se necessário o seu pagamento³²⁴.

Outra questão que é relevante quando o tema é o princípio da aquisição das provas é o art. 391 do Código de Processo Civil³²⁵, que trata da confissão e seus efeitos para com eventuais litisconsortes. O referido dispositivo parece ser uma exceção ao princípio em comento, se analisado em sua literalidade. Todavia, deve-se observar, primeiramente, que a confissão não tem, em regra, força de prova plena, à luz do princípio da persuasão racional. Entretanto, nota-se, na prática, que sempre que ela ocorre representa importante elemento de convencimento do juiz.³²⁶

Sendo assim, se o juiz se vê convencido de determinada verdade, respaldado pela confissão, não se pode dizer que esta verdade vincula apenas o confitente, mas também a parte contrária e os litisconsortes em razão da comunhão das provas e a lógica exigida pelo sistema processual, em que não existe verdade subjetiva, ou seja, verdade que se opera apenas para alguns sujeitos. Se a confissão convence o juiz, todos os sujeitos sofrerão estas consequências, inclusive os litisconsortes, independentemente de se tratar de litisconsórcio unitário ou simples. Não existe a possibilidade de aplicação do princípio da autonomia dos litisconsortes em matéria de prova, tendo em vista a comunhão das provas³²⁷.

Diante do exposto, encerra-se a exposição acerca da base principiológica que sustenta o Direito Probatório, ficando claro que para se alcançar um processo justo, é necessário que as partes, juntamente com o julgador se esforcem ao máximo numa atitude colaborativa para contribuir com a formação de um escorço probatório apto ao máximo a reconstrução da verdade. Cumpre estabelecer quem são os destinatários ou o destinatário dessas provas produzidas.

³²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 122-125

³²⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

³²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 122-125

³²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130, p. 122-125

2.1.5 Destinatário da prova no processo civil.

Para identificar o destinatário da prova, é preciso compreender qual a finalidade dela, a depender da convicção acerca desta finalidade, muda o destinatário dela. Echandía não acreditava nessa relação, para ele qualquer que fosse a finalidade da prova, o destinatário dela seria sempre o mesmo, qual fosse, o juiz³²⁸.

A despeito do entendimento do autor, não se pode deixar de considerar que para ele o objetivo único da prova é o convencimento do juiz, partindo, pois, desse pressuposto não há como se vislumbrar outro destinatário que não seja o próprio juiz. Em outras palavras, se a prova é produzida com objetivo único e exclusivo de convencer o juiz, é lógico entender que o único destinatário dela é o juiz³²⁹.

Leonardo Greco critica essa posição, para ele essa ideia (tanto de convencimento do juiz como única finalidade da prova quanto do juiz como seu único destinatário) leva à justiça do caso concreto, “renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo as experimentais”³³⁰. Ele conclui que esta é uma concepção subjetiva de uma realidade objetiva³³¹.

Sua crítica se estende às exclusões e regras de avaliação em matéria de prova que acabam por dificultar a investigação da realidade objetiva. Para o autor, a prova vira um ato de fé, no qual o juiz crê na existência de determinados fatos e transforma isso em juízo de certeza. Lamenta também o fato, de, por essas regras limitantes, ser mais fácil a qualquer ciência se chegar à verdade do que ao Direito, inclusive reportagens sensacionalistas fazem esse papel. O prejuízo é muito

³²⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 265.

³²⁹ Leonardo Greco reconheceu esta relação afirmando que a convicção do julgador é a função da prova para alguns autores, os quais concluem que na prova judiciária o juiz é o único destinatário da sua produção, sendo o único objetivo da realização da prova o de produzir no julgador um juízo negativo ou positivo sobre os fatos. (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104)

³³⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104-105.

³³¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 105.

grande, pois, principalmente quando ocorrem as referidas reportagens, acabam se criando duas “verdades” que muitas vezes não se coincidem, uma investigada pelo Direito, com suas exclusões e regras de julgamento, e a outra trazida pela reportagem. Não restam dúvidas de que isso e leva ao desprestígio da Justiça³³².

No Código de 1973, o juiz era o único destinatário das provas, só a ele cabia decidir a respeito de sua admissão. “Às partes caberia, no máximo, fiscalizar eventual abuso do juiz, que arbitrariamente deferisse ou indeferisse determinada prova”³³³. Observa-se essa tendência demonstrada em alguns dispositivos do Código de 1973, sendo que houve a preocupante repetição de alguns no atual Código de Processo Civil³³⁴. O afirmado é comprovado pelo fato de os referidos dispositivos utilizarem o vocábulo “pode”, o que faz entender que houve uma concessão legal ao juiz para decidir sobre a prova, utilizando-se de um juízo de valor estritamente pessoal e discricionário³³⁵.

Outra situação que muito preocupa é que segundo o atual entendimento jurisprudencial do STJ o juiz é o destinatário da prova, assim concluiu o levantamento realizado por Lanes e Pozati³³⁶.

³³² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 105.

³³³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 106.

³³⁴ Art. 385. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.).

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.)

Correspondente do 385 no Código de 2015:

Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

³³⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 106.

³³⁶ LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106, p. 92-93.

Os autores cuidaram de analisar o tratamento do tema realizado por todas as turmas competentes para tal e concluíram que o entendimento é uniforme³³⁷.

Sendo assim, de acordo com esse entendimento fixado pela referida Corte, cabe às partes alegar e provar os fatos e ao juiz interpretar o direito. Conforme demonstrado acima, esse entendimento está ligado à concepção de que o único propósito do processo é convencer o juiz, contudo a concepção moderna do Estado de Direito garantido por direitos fundamentais, exige a participação das partes na reconstrução dos fatos de maneira ativa³³⁸.

É possível afirmar que a concepção mais moderna do Direito Probatório, sob a influência do contraditório e da ampla defesa, garantiu o direito a se defender provando (é o direito fundamental à prova). Não basta propor as provas, existe um direito de produzir todas as provas que entender úteis, à luz da perspectiva da linha de argumentação da parte que propôs a prova. Com base nisso, na dúvida o juiz deve deferir toda a prova requerida³³⁹.

Essa nova concepção de não ser o juiz o único destinatário do processo, mas também as próprias partes e as instâncias superiores que eventualmente irão julgar o processo vem ao encontro da ideia de que a atitude colaborativa dos agentes do processo contribuirá para a reconstrução da verdade e dessa forma contribuirão para que se obtenha uma solução justa³⁴⁰.

³³⁷ Para exemplificar citaram os seguintes julgados: AgRg no AREsp 622.786/MG (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. AgRg no AREsp 622.786/MG. Brasília, 18 de dezembro de 2014.); Resp 1440298/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Segunda Turma. Resp 1440298/RS. Brasília, 29 de março de 2015.); AgRg no AREsp 569.565/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. AgRg no AREsp 569.565/RS. Brasília, 10 de março de 2015.); AgRg no AREsp 264.054/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. AgRg no AREsp 264.054/RS. Brasília, 18 de dezembro de 2014.). Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, a produção de prova é destinada exclusivamente ao juiz; e será produzida no limite do que ele entender necessário para o seu convencimento, ficando legitimado o automático indeferimento da prova. Essa orientação parte de uma orientação conjunta dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973, por meio dos quais, segundo a ótica daquela Corte Superior, se extrai uma regra (o “princípio do livre convencimento motivado”, referido nas ementas acima analisadas) aplicável não só para a valoração da prova, mas também para a admissibilidade dela. (LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106, p. 93)

³³⁸ LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106, p. 99.

³³⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 106.

³⁴⁰ Nem que se diga que esse novo paradigma poderá vir a prejudicar a celeridade do processo, transformando o juiz num fantoche nas mãos das partes, porque essa compreensão humanística e tolerante da relação juiz-partes se completa com as modernas técnicas de antecipação de tutela que permitem ao julgador, já convencido do direito do

Ademais, essa ideia de convencer as partes, ou seja, de as provas também terem como destinatárias as partes, fica evidenciada na autocomposição, quando, fundamentada no conjunto probatório dos autos, é que a parte tem condições de decidir até onde exigir e o que pode renunciar em eventual acordo³⁴¹. Outro exemplo em que se evidencia a parte como destinatária das provas se observa nos casos de antecipação de prova, sem urgência. Nessas situações também se vê constatado que o destinatário da prova antecipada é a parte, a qual verificará da utilidade ou não da propositura da ação, de acordo com o resultado da prova³⁴².

Importante ressaltar que se reconhece que os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973³⁴³ serviam de base de apoio para o reconhecimento jurisprudencial do juiz como destinatário da prova. Nesse ponto, vislumbra-se uma possível mudança de comportamento, uma vez que os novos artigos do referido instrumento processual que correspondem aos referidos dispositivos suprimiram o termo “livremente”, o que, de certa forma, afasta a ideia de que cabe ao juiz valorar a admissibilidade da prova.

De acordo com a nova legislação, o juiz valora a prova apenas para julgar. Com relação à admissibilidade da prova a atividade do juiz se limitará a verificar se as provas são úteis e não protelatórias, o sendo, deve admitir sua produção. Destaca-se que em caso de se optar pelo indeferimento, deverá o juiz apresentar decisão fundamentada que identifique as provas como não

autor, antecipar em seu favor os efeitos da sentença de mérito, sem prejuízo da continuidade do processo em benefício da mais ampla possibilidade conferida ao réu de demonstrar que tem razão. Em síntese, o juiz não é o único destinatário das provas. Ainda que o fosse, ele colhe provas que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas. Mas, de fato e de direito, também são destinatárias das provas as partes que com elas pretendem demonstrar a veracidade dos fatos que alegaram, e que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias ou úteis a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz. (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 107).

³⁴¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2., p. 52

³⁴² “Trata-se da ideia que precisa igualmente ser revista, porque as partes são também, embora de forma diversa, destinatárias das provas existentes ou que possam ser pré-constituídas – mercê dos atos praticados antes mesmo do processo ou mesmo para instauração de processo para essa finalidade. Tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69)

³⁴³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

úteis ou protelatórias, conforme disposto nos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil de 2015³⁴⁴.

Dessa forma, pode-se verificar mais uma vez o princípio da colaboração exercendo forte influência em todas as fases do processo, incluindo-se entre elas a fase de admissão das provas, já que o juiz não é o único destinatário delas³⁴⁵. A reconstrução da verdade é o objetivo do processo e as partes devem colaborar com ela³⁴⁶.

Importante salientar que esse entendimento de o juiz não ser o único destinatário da prova foi reconhecido pelo Fórum Permanente de Processualistas que emitiu o enunciado 50 que prevê que “os destinatários da prova são aqueles que dela possam fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.”³⁴⁷.

Diante do exposto conclui-se que, considerando que a finalidade da prova é a reconstrução dos fatos e secundariamente a obtenção da convicção do juiz acerca dessa reconstrução, não se pode entender que o juiz é o único destinatário da prova. Ao contrário disso, a prova pode servir a todos aqueles que interessam a reconstrução dos fatos.

Essa, inclusive é a real importância de a prova reconstruir os fatos para aplicação correta do direito em busca de um processo justo, e, como irá se demonstrar ao longo desse trabalho, apenas com a colaboração de todos os agentes que atuam dentro e fora do processo é que será possível se alcançar um arcabouço probatório sólido capaz de conduzir a uma decisão justa.

³⁴⁴ LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106, p. 97-98.

³⁴⁵ O princípio da colaboração, que imputa ao juiz os deveres do diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio para com as partes, na busca de um processo justo. (LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106, p. 99).

³⁴⁶ “Diante da garantia fundamental de acesso à justiça mediante um processo justo, comprometido com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real, a produção da prova pertinente e adequada é um direito da parte e um dever do juiz” (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZbIJoN1lxMDRPV2s/view>> . Acessado em: 10 out. 2017, p.22.)

³⁴⁷ Enunciado nº 50. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – II FPPC*. Salvador, 2013. Disponível em: < <http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> >. Acesso em 10 ago. 2017.

É diante dessa concepção que surge a necessidade de se investigar os poderes instrutórios do juiz, pois restou evidente que sua atitude colaborativa no tema provas conduz ao processo justo. É o que, pois, se passa a fazer.

2.2 Poder de instrução do juiz no processo civil

Para se tratar do tema dos poderes de instrução do juiz no Processo Civil indispensável se faz que se tangenciem os modelos de processo, mesmo que de forma a não esgotar o assunto. Isso se dá porque a primeira questão é relativamente proporcional à segunda, ou seja, quanto mais poderes concedidos ao juiz num sistema, mais se verifica um modelo inquisitorial que se afasta de um modelo adversarial.

Entretanto essa dicotomia maniqueísta não é mais compatível com os tempos atuais em que o processo se encontra fundamentado em uma série de garantias constitucionais aptas a assegurar o desenvolvimento de uma sociedade democrática, o que deve se refletir em âmbito processual³⁴⁸.

Didier cuidou da questão ao dissertar acerca dos sistemas inquisitorial e adversarial e ressaltar o surgimento de um novo modelo baseado nos preceitos democráticos do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório³⁴⁹.

O autor destaca que o modelo inquisitorial é mais presente nos sistemas de *Civil Law* e tem como premissa valorizar o princípio inquisitivo, em que o juiz não é um mero espectador do

³⁴⁸ Barbosa Moreira, apesar de fazer duras críticas ao modelo adversarial constata uma aproximação entre os dois modelos, antes tão representativos dos sistemas de *Civil law* e *Common law*, prevendo que chegará o dia em que haverá mais pontos de aproximação do que de distanciamento entre eles. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual nona série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55-67, p.66-67)

³⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Revista de Processo*. vol. 198/2011. p. 213 - 226. Ago./ 2011, p. 1-3. Acerca do tema da importância do contraditório num modelo cooperativo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acessado em: 08 ago.2017, p. 10/11).

processo, mas dele participa ativamente, sendo o grande protagonista. Já o modelo adversarial, ao contrário, encontra mais adeptos nos sistemas do *Common Law*, em que se identifica uma disputa entre adversários, que são as partes, estas protagonistas do processo, e o juiz é passivo³⁵⁰.

No modelo cooperativo, segundo Didier, com o redimensionamento do contraditório, esse protagonismo deixa de existir, passando os sujeitos do processo, em que se incluem juiz e partes, a atuarem de modo paritário na condução do processo, em uma “divisão de trabalho”³⁵¹. Apenas na decisão é que o juiz atua com exclusividade³⁵²⁻³⁵³.

Humberto Theodoro Júnior também se ocupou de tratar o tema da relação entre os poderes instrutórios e o modelo de sistema adotado. Para o autor o processo era como um jogo em que o juiz era mero espectador. O juiz não se preocupava com a busca da verdade. Apenas após a Revolução Francesa que essa preocupação passa a existir. A partir de então as decisões começam a se basear em uma operação mais racional em que as provas carreadas aos autos passam a ser consideradas com mais ênfase³⁵⁴.

O autor ainda ressalta a importância de a verdade real ou material³⁵⁵ passar a valer como escopo do processo em substituição à verdade formal, haja vista que a produção probatória à disposição única e exclusiva das partes trará ao processo apenas o que lhes convém, construindo o

³⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de Direito Processual*: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*. vol. 198/2011. p. 213 - 226. Ago./ 2011, p. 1.

³⁵¹ Termo utilizado por Barbosa Moreira em “O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44.)

³⁵² MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil> Acessado em: 09 ago. 2017, p. 5-6. Nesse sentido merece destaque a afirmação de Dierle Nunes: “Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo*: horizontes para a democratização processual civil. 2008. 219f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 163).

³⁵³ Ressalta-se que o tema processo colaborativo é muito caro ao desenvolvimento deste trabalho e será retomado no item 3.5

³⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1xMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.8.

³⁵⁵ Salienta-se o desprestígio dessa dicotomia, já que hoje se considera a verdade processual única.

que a doutrina chamou de verdade formal. Para ele, essa busca da verdade como meta traz ao processo um caráter publicista, que defende ser mais adequado, já que “a eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade”³⁵⁶.

Interessante que o próprio autor admite ter revisto sua posição. Ele afirma que não acreditava que o juiz cível pudesse ir à busca da verdade, isso o transformaria em um grande inquisidor³⁵⁷ e conclui que a transformação de sua crença no que diz respeito aos poderes instrutórios vem da “crescente valorização do princípio da verdade real”³⁵⁸.

Outra questão debatida quando se levanta o tema dos poderes instrutórios do juiz é a aplicação da máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, Joan Picó y Junoy critica, segundo ele, a errônea recepção do brocardo, que já não é mais compatível com a processualística moderna. Para ele, a aplicação do que chamou de princípio deve sofrer alguma limitação e explica: se faz sentido somente às partes caber as alegações dos fatos, a prova desses fatos não deve ser exclusividade delas³⁵⁹.

O autor disserta sobre o problema a partir de uma necessária diferenciação dos princípios dispositivo e da aportação da parte. Segundo afirmado, o princípio dispositivo apresenta as seguintes notas essenciais: “o início da atividade jurisdicional só é possível por iniciativa da

³⁵⁶ THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.9.

³⁵⁷ THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.9.

³⁵⁸ THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.3. O autor é enfático em afirmar que o juiz não pode ser neutro, indiferente para buscar a verdade e automaticamente as provas (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.12). Para ele “Como a justiça da prestação jurisdicional se vincula ao compromisso do processo com a verdade real; e como a essa só se chega mediante a instrução probatória, tornou-se evidente e imperioso atribuir ao juiz o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar” (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.10).

³⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p 85.

parte”³⁶⁰; “a determinação do objeto do processo corresponde unicamente aos litigantes”³⁶¹⁻³⁶²; “as decisões judiciais devem ser congruentes com as pretensões das partes”³⁶³.

A partir dessas notas essenciais, ele conclui ser o princípio dispositivo a expressão no processo da proteção constitucional da propriedade privada, portanto sua validade é eminente³⁶⁴. Todavia, deve-se atentar que o princípio atua exclusivamente no que diz respeito à delimitação dos fatos que se submetem à jurisdição³⁶⁵.

Neste contexto, o autor diferencia o princípio do dispositivo do princípio de aportação da parte. Enquanto aquele prevê que cabe a parte exclusivamente apontar o material fático do processo, este entende que à parte cabe exclusivamente não só indicar o material fático, como também as provas para o demonstrar³⁶⁶.

O autor identifica no princípio dispositivo um caráter de garantia, já que inserido, de alguma forma, constitucionalmente³⁶⁷. Já com relação ao princípio de aportação da parte, enxerga-o

³⁶⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

³⁶¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

³⁶² Ressalta-se que Bedaque vê na determinação do objeto do processo através de pedido e causa de pedir como uma limitação ao poder instrutório do juiz. P.165

³⁶³ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

³⁶⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 88.

³⁶⁵ “A finalização da atividade jurisdicional se atribui exclusivamente a vontade dos litigantes, que podem dispor livremente tanto da *res in iudicium deductae*, mediante a renúncia, ou reconhecimento ou a transação, como da continuação do processo, através da desistência ou prescrição da ação.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 88)

³⁶⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89

³⁶⁷ Ressalte-se que apesar de sua análise se basear no ordenamento jurídico espanhol, este é o mesmo sentido encontrado no ordenamento jurídico brasileiro.

meramente como uma característica técnica que está passível de concepções políticas para ser ou não adotado.

Daí conclui que a escolha do sistema espanhol pela inserção de tal princípio advém de uma concepção liberal do processo que não o enxerga com seu caráter público. E segue afirmando, o processo apresenta duas facetas, a primeira que se apresenta como um “instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados”, e a segunda que se apresenta como “função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento desta função”³⁶⁸.

O que se observa é que o moderno Processo Civil concilia os princípios do dispositivo e inquisitivo. Esse movimento, segundo Theodoro Jr. se inicia com a reformulação do acesso à justiça em meados do século passado por Cappelletti³⁶⁹. A partir de então, o acesso à justiça passa a ser visto como um acesso a um processo justo e efetivo e nessa visão não se pode privar do juiz a colaboração na instrução do processo³⁷⁰.

Ao se observar a evolução legislativa do tema no Brasil, pode-se constatar que antes mesmo da introdução no ordenamento jurídico do Código de Processo Civil de 1939, o Código de Processo Civil do Estado da Bahia já concedia ao juiz poderes instrutórios, é o que se denota dos comentários de Eduardo Espínola:

o juiz, que não é, na processualística moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatórios que, de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da

³⁶⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89-90. “A ideologia social emergente no presente século leva consigo na Europa o fenômeno da “socialização” do processo civil que, com o objetivo de incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social de Direito, põe de manifesto a distinção entre objeto do processo e processo como instrumento idôneo para alcançar a efetiva e real tutela, por parte do Estado, dos interesses litigiosos.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.90).

³⁶⁹ Cappelletti, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

³⁷⁰ Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles. (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.5)

causa. Os clássicos princípios - o juiz deve julgar pelo alegado e provado - e - compete provar àquele que allega - já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos códigos mais modernos.³⁷¹

Em seguida, o próprio Código de Processo Civil de 1939, de modo a reconhecer os poderes instrutórios do juiz, previu em seu art. 117 que “a requerimento ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”. Em outras palavras, pela exposição de motivos do referido instrumento legislativo resta muito claro que o juiz deveria ter poderes na direção do processo para incrementar “a investigação dos fatos e descoberta da verdade”³⁷².

Bedaque afirma que essa tendência de ampliar os poderes do juiz, fundamentada em processo mais publicista, na doutrina, surge na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, através das lições

³⁷¹ ESPÍNOLA, Eduardo. Código do processo do Estado da Bahia anotado. Salvador: Romualdo Santos Livreiro Editor, 1916, v.1, p. 412-413

³⁷² “A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>). Acessado em: 15 jan. 2017.

de Aureliano de Gusmão, inspiradas pelas legislações alemã, austríaca e húngara³⁷³. Apesar disso, parte da doutrina ainda se apresentava resistente às mudanças relativas às ampliações de poderes³⁷⁴.

No Código de Processo Civil de 1973, os poderes instrutórios do juiz, de um modo geral, estão dispostos no art. 130³⁷⁵. Todavia outros dispositivos tratam dos poderes instrutórios especificamente, quais sejam, art. 335 (uso da experiência comum na falta de normas jurídicas particulares), art. 342 (determinação de depoimento pessoal), arts. 355 e 360 (determinação de apresentação de documentos), arts. 381 e 382 (determinação de exibição de livros comerciais), art. 399 (requerimento de provas documentais nas repartições públicas), art. 418 (determinação de oitiva de testemunha referida ou acareação de testemunhas), art. 427 (possibilidade de indeferir perícias), arts. 426, 436 e 437 (outros poderes relacionados à perícia) e art. 440 (proceder a inspeção de pessoas e coisas)³⁷⁶.

³⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79. Observa-se Aureliano de Gusmão: “se é certo serem as partes litigantes as mais direta e imediatamente interessadas nessa operação, não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos direitos individuais a todos seja plenamente assegurada e consequentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de direito privado, se realize, quanto possível, do modo o mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema das provas por iniciativa única e exclusiva das partes. (...) O juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes” (GUSMÃO, Aureliano Manoel. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva, 1922-1924, 2v. v.2, p.105-106)

³⁷⁴ Nesse sentido, verifica-se Moacyr Amaral Santos: “se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para outro; nunca para completar a prova no sentido de fazer pesar a balança para um lado ou para outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 336).

³⁷⁵ Segundo Theodoro Jr. o art. 130 deixa claro a intenção do legislador na busca da verdade real, prevalece o “princípio da investigação – princípio inquisitório com a prevalência da atividade do juiz sobre a das partes. (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017, p.14)

³⁷⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 58.

O Código de Processo Civil atual, segundo Leonardo Greco, não trouxe qualquer avanço em matéria de iniciativa probatória do juiz³⁷⁷. Os dispositivos do diploma anterior encontram equivalentes idênticos, com mera alteração de redação ou mudanças muito pouco significativas³⁷⁸.

Hoje a doutrina nacional, em sua maioria, acredita em maior ou menor grau nos poderes instrutórios do juiz no processo, com algumas exceções. A seguir, passar-se-á a expor essas correntes doutrinárias atuais a respeito do tema.

Há quem defenda amplos poderes instrutórios do juiz como, por exemplo, Bedaque, que acredita no caráter publicista do processo, no qual o Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social e, por isso³⁷⁹, conclui serem “amplíssimos” os poderes instrutórios do juiz, embora apresentem limites na técnica processual, quais sejam, os fatos determinados pelo processo, a submissão ao contraditório e à motivação da decisão, a revelia

³⁷⁷ GRECO, Leonardo. *Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS SOBRE A DISCIPLINA DAS PROVAS NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017. O autor ainda afirma que seria necessário que a lei definisse com clareza os limites da iniciativa probatória do juiz, não para eliminá-la, mas para esclarecer o seu caráter subsidiário e os fundamentos em que ela se justifica, como nos litígios sobre interesses indisponíveis e nos litígios entre desiguais. Um freio a uma postura autoritária do juiz nessa matéria poderia ser a consagração do dever de advertência, adotado em outros países, que obrigasse o juiz a anteceder a iniciativa de ofício da consulta às partes sobre a conveniência e possibilidade de produção da prova. (GRECO, Leonardo. *Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS SOBRE A DISCIPLINA DAS PROVAS NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017, p.6)

³⁷⁸ O art. 130 (1973) tem como equivalente o art. 370 (2015); O art. 335 (1973) tem como equivalente o art. 370 (2015) art. 342 (2015), com relação a este dispositivo foi eliminada da redação o termo “falta de normas jurídicas particulares, entretanto não se vê muita diferença prática, uma vez que o julgador encontra-se adstrito ao princípio da legalidade; O art. 355 (1973) tem como equivalente o art. 396 (2015); O art. 360 (1973) tem como equivalente o art. 401 (2015), neste caso houve um aumento de prazo para a entrega dos documentos, o que não representa mudanças no intuito da lei; O art. 381 (1973) tem como equivalente o art. 420 (2015), observa-se apenas uma atualização do conceitos de livro comercial; O art. 382 (1973) tem como equivalente o art. 421; O art. 399 (1973) tem como equivalente o art. 438 (2015); O art. 418 (1973) tem como equivalente o art. 461 (2015), há pouca alteração em termos de representação de ampliação de poderes, o novo dispositivo apenas cuida de regulamentar o procedimento da acareação e incluir a possibilidade de utilização de meios tecnológicos; O art. 427 (1973) tem como equivalente o art. 472; O art. 426 (1973) tem como equivalente o art. 470 (2015); O art. 436 (1973) tem como equivalente o art. 479 (2015), este um pouco mais inovador, mas acompanhando o que a doutrina já vinha defendendo de que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, entretanto a modificação está inserida no momento de valoração da prova; O art. 437 (1973) tem como equivalente o art. 480 (2015), talvez a mais significativa mudança em relação aos poderes instrutórios, pois cria um dever para o juiz, onde antes havia apenas uma faculdade, de determinar nova perícia se a anterior for inconclusiva; e, O art. 440 (1973) tem como equivalente o art. 481 (2015). (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (coords). *Novo Código de Processo Civil*: anotado e comparado: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro, Forense, 2015.)

³⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 111-146, p.118.

decretada mediante apresentação de fatos verossímeis, a determinação de provas para fatos incontroversos³⁸⁰⁻³⁸¹.

Também se encontra na doutrina quem, em sentido diametralmente oposto, entende que a concessão de poderes instrutórios ao juiz é inconstitucional, como se vê defender Sérgio Luiz Almeida. Para o autor, a iniciativa probatória do juiz faz com que as partes fiquem privadas de participarem do processo, bem como o juiz se afasta de sua imparcialidade para buscar a sua verdade³⁸²⁻³⁸³.

Outras correntes se apresentam moderadas, defendendo a iniciativa oficial, mas lhe impondo limites. Estas, pode-se dizer que se subdividem em três posições diferentes. A primeira encontra amparo nas lições de Didier e Arruda Alvim, para quem a atividade instrutória do juiz é complementar e se apresenta subsidiária à atuação da parte. Para Didier, caberá intervenção do juiz nesse momento somente em substituição à atividade da parte em situações que ela se apresentar

³⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 111-146, p. 118, 145.

³⁸¹ Também defendem os amplos poderes instrutórios do juiz, Trícia Navarro Cabral Xavier que afirma: “Assim, o magistrado passou a efetivamente dispor das técnicas processuais, atuando com mais iniciativa e autonomia no processo, através de mecanismos adequados às particularidades do caso em concreto, sem, contudo, desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes. Esse comportamento tem como resultado uma prestação jurisdicional mais condizente com os escopos do processo, incrementando a entrega da tutela jurisdicional em um tempo razoável, deixando de lado o formalismo excessivo, que em nada contribuía para a nossa Justiça.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 59) e Alexandre Freitas Câmara: “Não nego, evidentemente, o caráter democrático de processos que não permitem ao juiz a busca da verdade. Limite-me a dizer que tal modelo de processo não está de acordo com o tipo de Estado que a Constituição da República criou para o Brasil. O juiz brasileiro, agente do Estado Democrático de Direito regulamentado pela Constituição da República aprovada em 1988, deve buscar, através da sua atuação, a realização dos escopos do Estado Nacional, insculpidos no texto da Lei Maior. E não é possível a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da Constituição da República) se o processo não produz decisões verdadeiras. É preciso, então, reconhecer que no direito processual civil brasileiro a regra do art. 130 do Código de Processo Civil tem legitimidade constitucional, e deve ser interpretada no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.65-78, p. 76)

³⁸² 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; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.639-646, p. 646. Neste sentido também se denota das lições de Maria Elizabeth de Castro Lopes para quem “ao transformar-se em pesquisador ou investigador, o juiz envolve-se psicologicamente na disputa e tem comprometida sua imparcialidade.” (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 4.)

³⁸³ Muitas críticas há que se fazer a esse posicionamento, o que cuidar-se-á no próximo item.

vulnerável tanto técnica quanto economicamente e desde que haja inércia da parte, pois se ela manifestar a sua vontade de não produzir provas, o juiz está impedido de fazê-lo *ex officio*³⁸⁴⁻³⁸⁵.

Arruda Alvim entende que a intervenção subsidiária somente se dá nas

situações em que, da prova já produzida, seja possível extrair outras fontes ou meios de prova; quando se verifique um desequilíbrio entre as partes que se revele prejudicial à defesa de seus direitos ou, ainda, quando os fatos versados em juízo sejam insuscetíveis de confissão ou se refiram a direitos indisponíveis.³⁸⁶

Glauco Gumerato Ramos, também acreditando nessa possibilidade limitada dos poderes instrutórios, diz que deve haver um escalonamento na atuação do juiz, para não se comprometer a imparcialidade do julgador. Dessa forma, as etapas do processo devem ser divididas para que um mesmo juiz não concentre as funções de conceder tutela antecipada, instruir o processo e julgar³⁸⁷.

Não se crê ser esta a melhor solução, principalmente nas provas orais, pois a imediatidade do juiz, tão aclamada pela oralidade, ficaria relegada a segundo plano e não traria os benefícios que apresenta ao processo.

Por fim, Yarshell, também nessa linha de não negar, mas limitar os poderes instrutórios do juiz, defende que o juiz só pode intervir de ofício para instruir o processo quando a relação jurídica processual se apresentar controvertida. Sendo assim, quanto maior a disponibilidade dos direitos materiais em jogo, menor o poder de instrução do juiz, relação inversamente proporcional. Afirma também o autor que a desigualdade substancial entre as partes influi diretamente nos poderes instrutórios, ou seja, quanto maior a desigualdade entre elas maior a possibilidade de atuar o juiz instruindo o processo, relação diretamente proporcional³⁸⁸.

³⁸⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2.

³⁸⁵ Cumpre ressaltar que a questão da possibilidade de convenções processuais impeditivas do poder instrutório do juiz será melhor debatida no item 2.3.1.

³⁸⁶ ARRUDA ALVIM. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.97-110, p. 109.

³⁸⁷ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.255-271, p. 271.

³⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI,

Nesse mesmo sentido, concluíram Leonardo Greco e um grupo de estudos por ele orientado formado na Faculdade de Direito da Uerj, entre os anos de 2010 e 2014, que tinha por objetivo estudar a reforma do Direito Probatório no Brasil, propondo um amplo anteprojeto de lei que abarcasse da maneira mais completa possível as questões probatórias do Processo Civil brasileiro³⁸⁹.

O referido grupo cuidou de estudar os poderes instrutórios e, assim como Yarshell³⁹⁰, concluiu acerca de sua relevância para o sistema e que a possibilidade de iniciativa probatória do juiz deve continuar, porém deve haver limitações a essas iniciativas, principalmente quando se percebe uma desigualdade entre as partes (que pode ser das mais variadas espécies) e o processo tiver como objeto interesses indisponíveis³⁹¹.

O mérito do anteprojeto apresentado consiste em ter estabelecido minuciosamente os limites e deveres que envolvem o dever do juiz de instruir o processo, inclusive clarificando conceitos, como da indisponibilidade de direitos da Fazenda Pública, sempre tão fluidos na legislação.

O anteprojeto reconhece a necessidade de um juiz comprometido no processo, mas privilegia o diálogo entre juiz e partes, estabelecendo o poder instrutório do juiz como subsidiário ao da parte a fim de impedir que suas inserções prejudiquem a liberdade das partes ou mesmo a parcialidade do juízo³⁹².

José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.199-206, p. 200-203.

³⁸⁹ GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.6.

³⁹⁰ Deve-se ressaltar que Yarshell contribui com o grupo de estudos, formulando críticas e sugestões (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.13).

³⁹¹ GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.3

³⁹² GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.3

Toda a disposição acerca do tema de poderes instrutórios do juiz está delimitada no art. 11³⁹³, sobre as quais passa-se a tecer alguns comentários.

Verifica-se, logo no *caput* do dispositivo já resta assentado que o poder de determinar provas de ofício será subsidiário e se estabelece *numerus clausus* as hipóteses de incidência da norma em seus incisos.

A primeira possibilidade trazida pelo anteprojeto de o juiz determinar de ofício as provas se dá quando estão em jogo direitos indisponíveis. Ao referir-se aos direitos indisponíveis o anteprojeto é específico ao definir o que são direitos disponíveis para a Fazenda Pública no §1º do dispositivo, determinado que somente o são os “que envolvam a preservação do interesse público primário³⁹⁴” ou aqueles “em que a lei não admita a transação, a conciliação ou a renúncia administrativa³⁹⁵”.

A outra possibilidade de o juiz determinar provas, independentemente do requerimento das partes é quando pretende coibir simulação, falsidade ou fraude. Segue, o anteprojeto, permitindo a determinação de provas de ofício nas hipóteses em que se verifica a incapacidade da parte de propor

³⁹³ Art. 11. O juiz somente determinará de ofício a produção de provas não propostas pelas partes:

I – para evitar dano ao direito indisponível de uma delas;

II – para coibir simulação, falsidade ou fraude;

III – para suprir, em caráter subsidiário, a deficiência de iniciativa probatória da parte que não se encontre comprovadamente em condições favoráveis de propor ou produzir as provas de seu interesse;

IV – para submeter ao contraditório fatos e provas relevantes cujo conhecimento tenha adquirido fora do processo.

§ 1.º Versam sobre direito indisponível as causas da Fazenda Pública:

I – que envolvam a preservação do interesse público primário; ou

II – em que a lei não admita a transação, a conciliação ou a renúncia administrativa.

§ 2. O juiz somente determinará de ofício a produção da prova se tiver sido inócua a advertência à parte sobre a conveniência da sua produção.

§ 3.º A iniciativa probatória do juiz não se sujeita à preclusão.

§ 4.º Nas hipóteses deste artigo, o juiz poderá determinar a qualquer tempo a produção de provas anteriormente inadmitidas, desde que haja motivo que a justifique.

§ 5.º Na decisão em que determinar de ofício a produção de provas, o juiz indicará com precisão os fatos a que se referem.

§ 6.º A iniciativa probatória oficial respeitará as disposições protetivas da privacidade, do segredo de Estado e do segredo profissional, constantes do capítulo V deste título. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

³⁹⁴ Art. 11, § 1º, I. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

³⁹⁵ Art. 11, § 1º, II. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

ou produzir provas, o que deve estar comprovado no processo³⁹⁶. Este dispositivo indubitavelmente visa preservar a paridade de armas no processo, ou seja, a isonomia processual, uma das garantias necessárias para o desenvolvimento de um processo justo³⁹⁷.

Por fim, também se permite a iniciativa probatória de ofício “para submeter ao contraditório fatos e provas relevantes cujo conhecimento tenha adquirido fora do processo”. Aqui se está diante do que se discutiu no item 2.1.4.1 que é o princípio da necessidade da prova. Ficou claro que não pode o juiz julgar com base em conhecimentos pessoais que não estão no processo, entretanto, como se trata de uma ciência social aplicada, não se nega que fatos levados a juízo por muitas vezes fazem parte do arcabouço de conhecimento do julgador.

Nesses casos, o julgador saber de determinada questão e não poder julgar com base nela, apesar de preservar alguns princípios, o que é necessário, faz com que a prova jurídica se afaste do tema prova nos demais campos, que é uma função demonstrativa, sendo que, baseado em limitações do sistema, não poderá o juiz julgar segundo seus conhecimentos.

Nesse ponto, mais uma vez homenageia-se o mérito do anteprojeto, pois ao mesmo tempo que privilegia a busca da verdade, reconhece a importância da necessidade da prova no processo para que seja submetida ao contraditório e estimule assim o diálogo no processo.

Importante destacar que o anteprojeto se preocupou também em estimular o diálogo quando no §2º do dispositivo em comento limita a determinação de ofício a uma anterior comunicação às partes que o julgador deve fazer a respeito das suas impressões sobre a conveniência da produção da prova, deixando, pois, ao cargo das partes a atuação primordial em sede de instrução probatória³⁹⁸.

³⁹⁶ Ao se falar de incapacidade processual, entende-se factível se utilizar do conceito de vulnerabilidade processual trazido por Fernanda Tartuce para quem essa vulnerabilidade não é só econômica, pode ser relativa à “legitimidade dos argumentos invocados, a formulação de ideias criativas, a determinação em não ceder ou a habilidade em provocar princípios morais”. (TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf>> Acessado em 05/10/2016, p. 16-17.)

³⁹⁷ Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

³⁹⁸ A preponderância da iniciativa probatória das partes também impõe ao juiz, no exercício de um diálogo humano, um dever de advertência (§ 1.º). Há um abismo de comunicação entre as partes e o juiz, pois aquelas normalmente não têm qualquer possibilidade de prever o efeito que as provas requeridas ou produzidas possam produzir no entendimento do julgador. Cabe a este, sem qualquer prejulgamento, informá-las da conveniência de complementação probatória, para que aquelas avaliem se devem tomar a iniciativa de requerê-la. (FARIA, Márcio Carvalho. *et. al.* A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: segunda parte Anteprojeto do grupo

Além disso, com vistas a esgotar o tema, o anteprojeto possibilita o juiz determinar provas que anteriormente tenha inadmitido³⁹⁹, obviamente apenas nas hipóteses permitidas no *caput*, e esclarece que “a iniciativa probatória do juiz não se sujeita à preclusão⁴⁰⁰”.

Outra importante disposição trazida pelo anteprojeto é a necessidade de fundamentação das decisões acerca da iniciativa probatória de ofício⁴⁰¹. E finalizando impõe todas as limitações “protetivas da privacidade, do segredo de Estado e do segredo profissional” às intervenções de ofício do juiz.

Por tudo exposto, acredita-se que o anteprojeto assumiu a postura mais condizente com um Estado de Direito Democrático, que entende que a busca da verdade é apenas uma das exigências de um processo justo que deve ser permeado por uma série de garantias fundamentais. Além disso, muito bem se posiciona, na tensão estabelecida entre o interesse público e a autonomia privada⁴⁰². Por estas razões, o presente trabalho se baseia nessa concepção de concessão de poderes instrutórios do juiz, primando por um ponto de equilíbrio.

de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 111 – 201. Mar./2015, p.10).

³⁹⁹ Art. 11, § 4º. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

⁴⁰⁰ Art. 11, § 3º. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

⁴⁰¹ O que se tratará com mais vagar no item 2.2.2.

⁴⁰² Na difícil tarefa de harmonizar os poderes do juiz e os ônus das partes, sob a tensão histórica entre o interesse público e a autonomia privada do direito substancial, do qual o processo é instrumento, tomou-se como desiderato buscar um ponto de equilíbrio entre os princípios dispositivo e inquisitório,⁸⁴ deixando espaço para que o julgador atue subsidiariamente em sede probatória – afinal destinatário indireto do art. 339 do CPC/1973 –, de modo a evitar situações de injustiça. (FARIA, Márcio Carvalho. *et. al.* A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: segunda parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 111 – 201. Mar./2015, p.9).

2.2.1 A (in)existência de confronto entre os poderes instrutórios do juiz e o ordenamento jurídico brasileiro

Conforme levantado acima, vê-se na doutrina alguma resistência em se admitir a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício. Para quem advoga essa tese, independentemente de a legislação processual conceder poderes instrutórios ao juiz, esses seriam incompatíveis com a Constituição Federal.

Como já se expôs também no item acima, acredita-se que a concessão de poderes instrutórios ao juiz é plenamente compatível com o processo justo, norteado por garantias constitucionais. Todavia, entende-se relevante enfrentar o tema para combater os argumentos que se enxergam falaciosos.

Optou-se por utilizar como paradigma para o desenvolvimento do item os argumentos contrários à possibilidade de concessão de poderes instrutórios ao juiz apresentados na obra de Joan Picó i Junoy⁴⁰³. Destaca-se que referido autor não entende pela impossibilidade de o juiz de ofício determinar provas no processo, mas o que ele cuidou de fazer foi um levantamento dos argumentos mais comumente utilizados para negar legitimidade a esse poder.

Nesse embalo, identifica-se o primeiro argumento que diz que o Processo Civil trata de interesses privados, não cabendo, pois, a interferência do juiz em questões relativas à prova. Tem-se que, apesar de os interesses tratados pelo Processo Civil, regra geral, serem privados⁴⁰⁴, não se pode afirmar que o processo tem caráter privado. A visão publicista do processo advém principalmente do fato de ele ser concebido como primordial para a função jurisdicional do Estado, portanto, ainda que os interesses pertençam a particulares, o modo de desenvolver do processo deve ser primordialmente conferido ao Estado⁴⁰⁵.

⁴⁰³ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 91-102.

⁴⁰⁴ No Brasil nem todos os são, pois o Processo Civil é utilizado para dirimir também matérias de interesse público, inclusive do Estado.

⁴⁰⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 92

Sendo assim, como se afirmou algumas vezes neste trabalho, talvez sob outras abordagens, a dicotomia entre o publicismo e o privatismo do processo da maneira como se colocou no passado está superada. Hoje, é possível perceber que o processo se compõe de uma parcela privada, em que se busca atingir os direitos subjetivos das partes, e de outro lado uma parcela pública, em que se busca garantir a efetividade do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos e garantias fundamentais como um todo sempre que a jurisdição estatal é acionada⁴⁰⁶.

Portanto, o argumento de que o Processo Civil é um processo que trata de interesses privados e por isso não admite a interferência dos poderes instrutórios do juiz não pode ser aceito. A uma, porque o Processo Civil no Brasil cuida também de interesses público; a duas, porque o fato de tratar de interesses privados não elide a necessidade de uma postura ativa do juiz, a fim de garantir uma série de preceitos fundamentais encartados na Constituição da República.

A segunda argumentação diz respeito a ser “interesse único das partes a obtenção de uma solução favorável às suas pretensões”⁴⁰⁷. Contudo, ainda que se reconheça que as partes estão mais bem preparadas para alimentar o processo de material probatório, haja vista seu interesse, se pergunta o porquê de se excluir o julgador dessa atividade. Em que aspecto ele “atrapalharia”? Não se consegue vislumbrar nenhum argumento que faça crer que o fato de ser interesse único da parte a solução favorável de suas pretensões, faria com que se o juiz interferisse na instrução probatória feriria o ordenamento jurídico⁴⁰⁸.

Ademais, como já ressaltado inúmeras vezes, a solução da lide não é interesse único das partes, tem interesse nela não só o Estado, mas quiçá a sociedade como um todo.

⁴⁰⁶ Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absenteísta do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2.º Pós-Guerra, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais. (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo*. vol. 164/2008. p. 29-56. Out./2015, p. 14).

⁴⁰⁷ P. 92

⁴⁰⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 92.

Outro argumento utilizado por aqueles que são contra os poderes instrutórios do juiz é que existe uma “incompatibilidade entre o direito à prova das partes e a iniciativa probatória do juiz”⁴⁰⁹. Joan Picó i Junoy ressalta que o direito à prova corresponde à liberdade que a parte tem de provar no processo, para bem utilizar seus direitos de ação ou defesa. Porém, o fato de o juiz poder instruir o processo não tira da parte o direito fundamental que ela tem de provar. Não é possível vislumbrar uma relação entre a necessidade de proibir a instrução probatória do juiz e o direito fundamental à prova que têm as partes⁴¹⁰.

Neste ponto, destaca-se que uma das características do poder instrutório do juiz é ele ser autônomo, ou seja, não se submete a alvedrio das partes⁴¹¹. Porém, recomenda-se que ele só seja utilizado em momento posterior à iniciativa da parte de produzir provas⁴¹², o que demonstra haver respeito ao direito de provar da parte. Dessa forma, não se pode estender a noção de defender-se provando para uma proibição de o órgão jurisdicional buscar a verdade, principalmente se, de *lege ferenda*, somente se permitir os poderes instrutórios nas situações elencadas no anteprojeto capitaneado por Leonardo Greco⁴¹³.

Outra argumentação contrária à instituição dos poderes instrutórios do juiz diz que eles levariam à “destruição do ônus da prova”⁴¹⁴. Vale lembrar, conforme já salientado, que o ônus da prova, apesar de sua faceta subjetiva, apresenta maior relevância para o processo em sua faceta objetiva, que estipula regra de julgamento, ou seja, ele terá sua aplicação apenas na sentença. A

⁴⁰⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 93.

⁴¹⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 93.

⁴¹¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 69.

⁴¹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 71.

⁴¹³ GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.

⁴¹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 94.

aplicação das regras de julgamento impostas pelo ônus probatório só tem lugar quando o material probatório trazido aos autos não é suficiente para reconstruir a verdade.

Considerando que a produção probatória se dá em momento anterior à sentença, o poder instrutório atribuído ao juiz em nada prejudicará a eventual aplicação das regras de julgamento do ônus probatório. Cumpre salientar, como exposto no item 2.1.4.2, que dentro de uma sistemática processual em que se releva a busca da verdade, ainda que se entenda que nem sempre isso é possível, a utilização das regras de julgamento impostas pelo ônus probatório devem se apresentar de maneira mais esporádica possível. Isso porque, principalmente, considerando o processo colaborativo⁴¹⁵, trata-se de um paradigma do processo em que todas as partes nele envolvidas, incluindo-se o juiz, devem obrar de modo a reconstruir a verdade. Não se têm dúvidas de que uma das maneiras de bem desempenhar o referido ofício é produzindo provas.

O argumento mais utilizado para ser contra a atribuição de poderes instrutórios ao juiz é “a vulneração da devida imparcialidade do juiz”⁴¹⁶, uma vez que ao utilizar-se de poderes instrutórios se confundiria o papel de julgador e investigador. O argumento é falacioso e Picó i Junoy traz argumentos para combatê-lo. Para o autor, ao determinar a prova, o juiz não conhece seu resultado, portanto não se pode dizer que ele está sendo imparcial, ou seja, tendendo a favorecer alguma das partes⁴¹⁷.

Seguindo, o autor argumenta que os sistemas que não admitem a concessão de poderes instrutórios aos juízes cíveis muitas vezes os admitem a juízes penais, por exemplo. Ao se concluir que a concessão de poderes instrutórios ao juiz macula a imparcialidade, estar-se-ia admitindo a parcialidade do juiz em outras áreas⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Defendido por Didier, conforme exposto acima (DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Revista de Processo*. vol. 198/2011. p. 213 - 226. Ago./ 2011)

⁴¹⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.97

⁴¹⁷ Cumpre salientar que é comum ver a doutrina combater o argumento da imparcialidade com o fato de o juiz na conhecer o resultado da prova que pretende produzir, pode-se citar Castro CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308) e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 111-146, p. 128.

⁴¹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 98.

Destaca-se também que se admitir que o poder de ordenar determinada prova desprestigia a imparcialidade, mesma razão assiste quando o juiz indefere provas ou participa de sua produção, fazendo perguntas à testemunha, por exemplo⁴¹⁹.

Outra importante argumentação apresentada por Picó i Junoy é que, se o juiz determina a prova, existiria uma tendência de ele outorgar a ela um valor probatório maior. Importa salientar que não existem dados que possam comprovar a afirmação, além disso a necessidade de se fundamentar a decisão faz com que se afaste essa possibilidade, uma vez que o magistrado se vê obrigado a justificar, detalhada e racionalmente, as razões que o levaram a valorar a prova desta ou daquela maneira. Entretanto, se isso ocorrer, ainda que se acredite que apenas excepcionalmente, a decisão pode ser corrigida através de recurso⁴²⁰.

Por último, alega que o juiz pode abusar de seu poder de instruir o processo. Aqui, mais uma vez, acredita-se que se utiliza uma questão excepcional para proibir o todo. Além disso, a possibilidade de abuso de poder judicial não se dá apenas em relação aos poderes instrutórios e nem por isso são excluídos determinados poderes dos juízes⁴²¹.

Cumpre salientar que existe uma maneira muito eficaz de se controlar o abuso, que é regulamentando a questão, como foi sugerido pelo anteprojeto já mencionado. Ademais, a própria necessidade de fundamentação das decisões e a reanálise da decisão em duplo grau, buscam juntas conter esse abuso, não só para os poderes instrutórios, mas para qualquer poder judicial.

Para Rui Portanova, existe uma impossibilidade de os poderes instrutórios do juiz ferirem a imparcialidade porque “na busca da verdade real, o juiz não está favorecendo diretamente uma

⁴¹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errónea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 99.

⁴²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errónea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 99.

⁴²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errónea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 99-100.

ou outra parte. A inércia judicial, sim, seria favorecimento. Pela prova, há a revelação processual da verdade e este, pelo menos, deve ser o interesse das partes e da sociedade”⁴²²⁻⁴²³.

Por fim, Picó i Junoy traz o argumento resistente de verificar-se um “caráter autoritário da iniciativa probatória do juiz”⁴²⁴. Para o autor, esse caráter autoritário não existe, porque autorizar que o juiz instrua o processo não significa autorizar que ele faça isso lesando qualquer garantia instituída pelo processo justo⁴²⁵. A busca pela verdade por si só não representa um processo autoritário; o processo autoritário advém de falta de garantias para o jurisdicionado em face do Estado, o que não se verifica automaticamente só porque foram concedidos poderes instrutórios ao juiz⁴²⁶.

Isto posto, verifica-se a necessidade para a consistência do sistema processual que sejam concedidos aos juízes poderes instrutórios. Não obstante, esses poderes encontram óbices, que podem ser reconhecidos como limites à atuação do juiz. Além disso, a algumas questões se impõem serem estudadas com mais vagar. Sendo assim, é o que se passa a fazer ao analisar os “limites” dos poderes instrutórios e algumas questões que se destacam.

⁴²² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999, p. 207.

⁴²³ Humberto Theodoro Júnior arremata: “o juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria.” (THEODORO JR., Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>> . Acessado em: 10 out. 2017, p. 11)

⁴²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.100.

⁴²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 101.

⁴²⁶ Joan Picó i Junoy conclui: “Em minha opinião, a bondade técnica (ou validade) de uma norma depende de seu próprio conteúdo e alcance, mais que da época em que tenha sido redatada, da ideologia de seu autor ou da forma em que se aplique na prática forense, pelo que podem existir códigos processuais de grande rigor científico ou tecnicamente incorretos com independência do caráter mais ou menos liberal ou social do regime político em que foram criados. (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 102).

2.2.2 Limites dos poderes instrutórios do juiz

Ao se tratar do tema de limites aos poderes instrutórios do juiz, o que se vê na doutrina são parâmetros de atuação do juiz. A palavra limite leva a uma interpretação de que se trata de uma barreira que não deve ser ultrapassada. Em sede de poderes instrutórios, faz crer que se trata de situações em que eles não podem ser utilizados. Entretanto, ao consultar a doutrina que trata do assunto, percebe-se que denominam limites tanto as situações em que o juiz está impossibilitado de utilizar seus poderes instrutórios, quanto situações em que os denominados “limites” representam apenas parâmetros de atuação determinados pela ordem jurídica em vigor.

Cumprir destacar que quando se utiliza a palavra “limites” com significado de “parâmetros”, o que se pretende não é impedir que o juiz de ofício determine provas, mas ao contrário, ele está permitido a determinar as provas a serem produzidas, contudo existem algumas regras às quais ele deve se submeter a fim de compatibilizar sua atuação com o processo justo⁴²⁷.

Primeiramente, neste tópico cuidar-se-á de apresentar os parâmetros de atuação do juiz ao determinar de ofício a produção de provas, em seguida, tratar-se-á especificamente dos limites.

O primeiro parâmetro que se observa para a instrução do processo pelo juiz é relacionado aos pedidos e à causa de pedir⁴²⁸. O juiz, para instruir a produção probatória, determinando de ofício a produção de provas que não foram requeridas pela parte, deve balizar sua atuação pelos pontos controvertidos trazidos pelas partes.

Isto é o que determina o princípio da demanda, fundamentado na inércia do Poder Judiciário e reforçado pelo conteúdo do princípio dispositivo⁴²⁹. Não está o juiz autorizado a julgar fatos que

⁴²⁷ Interessante o posicionamento de Trícia Navarro Xavier Cabral que ao dispor sobre o tema, especificamente no tocante o contraditório, faz essa observação, que a doutrina chama de limite o que na verdade é legitimar atos processuais. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p.240)

⁴²⁸ Nesse sentido: Joan Picó i Junoy (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103), Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.165) e CASTRO (CASTRO, Daniel Penteadó. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-194)

⁴²⁹ CASTRO, Daniel Penteadó. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-194.

não foram trazidos ao processo, também o processo está limitado à produção de provas úteis. Por este motivo, o juiz, ao determinar a produção de provas de ofício, não deve buscar provar fatos que não estão delimitados no pedido ou causa de pedir. Qualquer produção probatória neste sentido se revelaria inútil e traria ineficiência ao processo com produção de atos desnecessários, já que o juiz, como regra, não está autorizado a julgar aquilo que não consta do pedido ou causa de pedir.

Para Picó i Junoy, este parâmetro estende-se às fontes de prova, entendendo que o juiz não está autorizado a trazer aos autos fonte de prova que teve conhecimento fora do processo, pois do contrário feriria sua imparcialidade⁴³⁰.

Por sua vez, Trícia Navarro Xavier Cabral entende que nada obsta a utilização de fontes de provas não apontadas pelas partes, pois o juiz ao agir deve se utilizar de dados concretos para a solução do litígio, e trazer novas provas não significa que está “investigando os fatos aleatoriamente ou em benefício de uma das partes”⁴³¹.

Salienta-se que o anteprojeto citado acima cuidou da questão, como já destacado, obrigando, porém, que essas novas fontes de prova trazidas ao processo pelo juiz devem ser submetidas ao contraditório⁴³².

Esse balizamento consubstanciado na submissão da iniciativa probatória do juiz ao contraditório é o entendimento da doutrina como um todo. Não é possível que se entenda que em um processo justo, que tem como seus princípios informadores o devido processo legal, no qual

⁴³⁰ “Em segundo lugar, é necessário que constem no processo as fontes de prova sobre as quais tem lugar posterior atividade probatória do juiz (assim, por exemplo, a identidade da testemunha que deverá declarar). Só desta forma se evita que o juiz atue inquisitivamente ou utilize seu “conhecimento privado” a margem dos resultados que figuram nos autos. Este limite tende a garantir a devida imparcialidade do julgador, na medida em sua atuação se restringe unicamente às fontes probatórias que já constam nos autos e nunca a investigar novas fontes. A margem do uso destas fontes probatórias entendo que o juiz não pode ter iniciativa probatória, pois será incontrolável sua fonte de conhecimento a respeito dos elementos probatórios por ele utilizados, o que pode comprometer a debida (*sic*) confiança que objetivamente o juiz deve merecer do justificável. (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103)

⁴³¹ Ora, nessa hipótese, o contexto fático trazido pelas próprias partes aponta meios de obtenção da verdade que o julgador não pode ignorar. O juiz não está investigando os fatos aleatoriamente ou em benefício de uma das partes, mas sim se utilizando de dados concretos na busca da solução do litígio. Portanto, nada obsta que o juiz ouça pessoas que não foram referidas, mas que, indiretamente, ainda que em princípio não identificadas, constaram das situações relatadas pelos próprios litigantes. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 78).

⁴³² Art. 11, IV. (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.18.)

estão contidos o contraditório e ampla defesa, a atividade do juiz não esteja submetida ao contraditório. Como já se afirmou, a concepção moderna de contraditório clama por um diálogo processual entre as partes, mas também entre elas e o juiz⁴³³.

Do exposto, é possível inferir que necessariamente ao determinar a produção probatória de ofício, deverá o juiz submeter ao contraditório tanto a sua decisão quanto a produção efetiva da prova, como acontece com as demais provas produzidas no processo. Isso significa dizer que ao determinar provas, o juiz deve necessariamente, abrir prazo para que as partes se manifestem com relação a ela. Merece destaque que o anteprojeto acima apresentado propõe que antes de determinar a prova o juiz deve advertir as partes da importância de sua produção e só diante da inércia delas é que determina sua produção de ofício. Dessa forma, a proposta de *lege ferenda* propõe uma técnica eficaz da inserção do contraditório na determinação de produção de provas ofício pelo juiz.

Neste pensamento e como consequência lógica do próprio contraditório, tem-se que a instrução de ofício também resta submetida à ampla defesa⁴³⁴.

Junto com a observação do contraditório, muitos autores ressaltam a importância da motivação das decisões⁴³⁵, hoje consagrada constitucionalmente (art. 93, IX, Constituição

⁴³³ Entendem que o contraditório é um dos parâmetros que se submete os poderes instrutórios do juiz: PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103), CASTRO (CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195-196), BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165, CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 114-119)

⁴³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103; CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195-196; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.165; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 114-119

⁴³⁵ Neste sentido: CASTRO (CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194-195) e Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.165). Já Trícia trata o tema juntamente com os princípios da demanda e da legalidade (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 119-123)

Federal)⁴³⁶ e na legislação infraconstitucional no Código de Processo Civil (art. 489)⁴³⁷. A motivação da decisão, saliente-se, é anterior ao contraditório, pois apenas baseado nos fundamentos trazidos pelo juiz é que é possível combatê-los.

Sobre o tema motivação e seu papel no Estado Democrático de Direito e na formação de um processo justo, cabe tecer algumas considerações.

Considerando que a decisão judicial é um ato emanado do Estado com vistas a interferir diretamente na vida dos jurisdicionados, impondo-lhe deveres ou abstenções⁴³⁸, é necessário que, para que não haja arbítrio, de forma a interferir indevidamente na vida dos cidadãos, sejam firmadas algumas condições ao julgador para garantir ao jurisdicionado que sua esfera não seja atingida indevidamente.

Neste cenário, surge a necessidade da motivação da sentença, pois “o Estado de Direito não está autorizado a interferir na nossa esfera pessoal sem justificar a sua interferência”⁴³⁹. Sabe-se que a lei também tem como fundamento limitar essa atuação arbitrária, mas é na motivação que o julgador justifica seu entendimento acerca dos fatos e da norma que mais se adequam à situação trazida em juízo.

Liebman alerta que o movimento histórico que se verifica para que o juiz motive suas decisões tem cunho inclusive na necessidade de “limitar o âmbito de arbítrio do juiz e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão”⁴⁴⁰. Para o autor, exige-se que “os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente”⁴⁴¹.

⁴³⁶ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988.

⁴³⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia . In: *Temas de Direito Processual oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107-115, p.107

⁴³⁹ Tradução livre de: “el Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia . In: *Temas de Direito Processual oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107-115, p.107)

⁴⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. In *Revista de Processo*. vol. 29/1983. p. 79 – 81. Jan.- Mar./1983, p.1.

⁴⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. In *Revista de Processo*. vol. 29/1983. p. 79 – 81. Jan.- Mar./1983, p.2.

A questão é que, como afirma Didier, o processo é limitado, busca a verdade possível, sendo assim, para ser legitimada a decisão do juiz, ela deve indicar todos os elementos acerca dos fatos e do direito que o conduziram àquele entendimento⁴⁴². O princípio da motivação é verdadeiro consectário do devido processo legal⁴⁴³. Guarda íntima relação com o princípio da publicidade⁴⁴⁴, pois é possível afirmar que a motivação é a publicização da explicação de que o processo se desenvolveu sob os trâmites do devido processo legal.

Essa publicidade que se exige da motivação é para atender a dupla função do princípio, quais sejam, a endoprocessual e a exoprocessual⁴⁴⁵. A primeira função tem relação com as partes envolvidas e os juízes de instâncias superiores, que muitas vezes precisarão rever as decisões e para revê-las é necessário entender as razões que as conduziram⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷. Já a segunda é a expressão do Estado Democrático de Direito que assumiu uma democracia participativa. Sendo assim, se a decisão é emanada do Estado e o poder advém do povo, é como se o juiz exarasse sua decisão em nome do povo, que tem, pois, legitimidade para fiscalizar o que se tem “dito” em nome dele⁴⁴⁸.

Discute-se, ainda, em qual momento a motivação é formada, se antes da decisão⁴⁴⁹ ou após ela⁴⁵⁰. Ou seja, o juiz já tem em sua psique formada a sua decisão e busca argumentos para motivá-

⁴⁴² DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017, p. 4.

⁴⁴³ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017, p. 4.

⁴⁴⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade, dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. In *Revista de Processo*. vol. 190/2010. p. 257-269. Dez./2010, p.1.

⁴⁴⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017, p.5.

⁴⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017, p.5.

⁴⁴⁷ Neste sentido Sérgio Nojiri: “fica claro que os aspectos endoprocessuais são insuficientes para revelar todas as facetas que o dever de fundamentar as decisões judiciais implica. Se acaso a fundamentação só se prestasse para que os juízes de instância superior pudessem melhor conhecer as razões pelas quais um juiz de instância inferior decidiu desta ou daquela forma, não haveria necessidade de se fundamentar uma decisão de última instância, o que, vimos, não é verdadeiro”. (NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: RT, 1998, p. 32.)

⁴⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017, p.5.

⁴⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Nova York: New York University Press. 1956, p.93.

⁴⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traduzido por Lorenzo Cordova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

la, ou é através de um exercício racional que com as motivações o julgador chega à decisão? Liebman afirma que este momento varia de situação para situação e que não é da maior relevância para o Direito saber quando e como se dá esse processo, o que importa é que a decisão esteja devidamente motivada.

Verifica-se que o Código de Processo Civil chega a ser redundante quando o assunto é a exigência da motivação das decisões, todavia essa redundância não deixa de representar um significativo avanço na ciência processual civil no Brasil⁴⁵¹.

Retomando, pois, o tema da necessidade de motivação nas decisões que determinam provas de ofício, encontra-se importante passagem na obra de Barbosa Moreira: “*Al rechazar una iniciativa de la parte el juez tiene el deber de justificar la negativa, declarando el motivo por que la prueba requerida es, en su opinión, inútil*”⁴⁵². Ou seja, se o juiz tem obrigação de motivar quando indefere determinada prova, mesma razão assiste quando determina a produção de prova não requerida.

Retomando os parâmetros balizadores da iniciativa de ofício de produção da prova, apresenta-se mais um, referido por Bedaque, e que segundo ele é a compatibilidade da produção da prova com a efetividade do processo. Para o autor, a produção da prova não pode fazer com que o processo demore excessivamente, sob pena de se ferir o princípio da duração razoável do processo, insito no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁵³. Faz ainda uma ressalva importante com relação ao tema: “se a produção da prova se mostrar inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com fundamento no juízo de probabilidade ou segundo as regras da distribuição do ônus da prova”⁴⁵⁴.

Como já afirmado acima, ao tratar do contraditório, a efetividade vista apenas como duração razoável do processo muitas vezes representa algo perigoso, o que denota sua utilização crítica.

⁴⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade, dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. In *Revista de Processo*. vol. 190/2010. p. 257-269. Dez./2010, p.5.

⁴⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de Direito Processual oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107-115, p.112

⁴⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.169.

⁴⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.169.

Dessa forma, faz-se necessário fazer uma análise minuciosa, caso a caso, com o intuito de observar se a segurança jurídica não será totalmente aniquilada por uma busca intangível de um processo célere.

Esses são os pontos mais específicos acerca das garantias fundamentais do processo que devem ser asseguradas quando da concessão de poderes instrutórios do juiz. Todavia, não se deve olvidar que, como afirmou Greco, a “preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito”⁴⁵⁵ permeiam os poderes instrutórios do juiz, principalmente de modo a assegurar a autonomia das partes.

Traçadas essas considerações sobre os parâmetros que se deve utilizar para determinar de ofício a instrução probatória, passa-se a apresentar os efetivos limites a tal determinação.

O primeiro deles que se vislumbra na doutrina nacional sobre o tema é a hipótese de revelia⁴⁵⁶. Ao se deparar com a inércia do réu para contestar a demanda, aplicam-se os efeitos da revelia, ou seja, nos termos do art. 344 do Código de Processo Civil⁴⁵⁷, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Sendo assim, presumidos verdadeiros os fatos, o juiz fica impossibilitado de instruir o processo com novas provas, haja vista a presunção legal.

Verifica-se que já era assente na doutrina que era possível o juiz instruir o processo, caso os fatos alegados pelo autor fossem inverossímeis⁴⁵⁸. Nesse mesmo sentido o Código de Processo Civil de 2015 acrescenta o inciso IV, ao seu art. 345⁴⁵⁹, dispondo que não se aplicarão os efeitos

⁴⁵⁵ A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: 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; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 1/2007. p. 7-28. Out.-Dez./2007, p.10.)

⁴⁵⁶ CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196-197; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.166-167.

⁴⁵⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁵⁸ CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196-197; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.166-167.

⁴⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

da revelia, quais sejam a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, se “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”. Sendo assim, o que já era admitido pela doutrina foi confirmado pela legislação.

Castro também fala que não é possível que o juiz determine a produção de provas ilícitas⁴⁶⁰ e Bedaque ressalta que certos meios de prova não são admitidos em certos procedimentos, como se dá em relação à perícia nos Juizados Especiais⁴⁶¹. Entende-se, contudo, que essas observações beiram o óbvio, pois se não se admite a prova, porque se admitiria sua produção caso fosse determinada de ofício pelo juiz?

Dessa forma, traçadas essas considerações, ficam delimitados os parâmetros de atuação do juiz, impostos pelo processo justo, para determinação de ofício de produção de prova, bem como as situações em que não é permitido que o juiz se utilize desses poderes instrutórios.

Interessante ressaltar a possibilidade ou não de as partes convencionarem que o juiz não pode determinar provas de ofício. Essa convenção representaria verdadeira limitação aos poderes instrutórios do juiz. Porém, tendo em vista a relevância da questão para o presente trabalho, principalmente no tocante ao depoimento pessoal das partes, o tema será tratado no item 4.3.

⁴⁶⁰ CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196.

⁴⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168.

A nomenclatura “depoimento da parte” é utilizada nesse trabalho para designar as oportunidades previstas no Código de Processo Civil para a parte ser ouvida no ínterim processual. É sabido que a doutrina critica a utilização do termo “depoimento pessoal” para representar o meio de prova através do qual a parte é chamada ao processo, de ofício ou a requerimento da parte contrária, para depor com vistas a se obter a sua confissão⁴⁶².

Referida crítica ocorre porque não só a parte presta depoimento pessoal no processo, mas também as testemunhas o prestam quando são ouvidas suas declarações. Sendo assim, a expressão “depoimento pessoal” não seria adequada para designar apenas o depoimento pessoal das partes, mas também o depoimento prestado pelas testemunhas. Além disso, nem sempre o “depoimento pessoal” é prestado pessoalmente, já que ele o pode ser através de procurador, como se verá adiante. Nessa linha, o que é tradicionalmente denominado “depoimento pessoal” no Direito brasileiro teria uma designação mais adequada se fosse chamado “depoimento da parte”⁴⁶³.

A despeito da crítica, e apesar de com ela concordar, a designação “depoimento da parte” será utilizada, como já exposto acima, para designar um gênero do qual o “depoimento pessoal” é espécie. Saliente-se, ainda, que apesar de discordar desta nomenclatura (depoimento pessoal), ela será utilizada, seguindo o parâmetro estabelecido pelo Código de Processo Civil, para que se torne mais claro o que se pretende defender.

O presente capítulo cuidará, pois, do depoimento das partes como gênero e todas as suas possibilidades dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tanto aquelas dispostas expressamente na legislação quanto aquelas que se acredita possível utilizar *de lege ferenda*, tendo em vista tudo o que foi exposto até aqui.

⁴⁶² Esta única finalidade do depoimento pessoal é criticada por parte da doutrina (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: Processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.), todavia apenas a título de diferenciá-la das outras oportunidades em que a parte fala no processo é que se referiu a essa única finalidade. Ressalte-se que ao longo deste capítulo o tema será tratado com o rigor que ele merece, e será demonstrada a opção feita por esta pesquisa de alargar a finalidade do depoimento pessoal.

⁴⁶³ Neste sentido Pontes de Miranda: “O depoimento da parte, ou depoimento pessoal (expressão defeituosa porque são pessoais os depoimentos das testemunhas e a confissão em depoimento da parte pode ser por procurador) (...)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 303)

Primeiramente se trabalhará o depoimento pessoal, previsto nos arts. 385 ao 388⁴⁶⁴ do Código de Processo Civil, passando posteriormente à análise da confissão, prevista nos arts. 389 a 395⁴⁶⁵ do mesmo diploma legal e, por fim, será estudado o interrogatório livre, que Greco defende ser figura inovadora do atual instrumento processual⁴⁶⁶, previsto no art. 139, VIII também deste diploma⁴⁶⁷.

Depois de apresentadas todas essas oportunidades de manifestação da parte no processo e suas peculiaridades, tratar-se-á de apresentar uma proposta de sistematização dos institutos para sua melhor adequação às garantias fundamentais.

3.1 Depoimento pessoal

O Código de Processo Civil dispôs nos seus artigos 385 a 388⁴⁶⁸ sobre o depoimento pessoal das partes, estabelecendo procedimentos diante dos quais é possível se definir regras gerais sobre conceito, finalidade, objeto e legitimação para o depoimento. Cumpre ressaltar que a legislação revogada tratava do referido instrumento em seus artigos 342 a 347⁴⁶⁹ e que em linhas gerais o instituto sofreu poucas modificações.

Essas modificações podem ser brevemente enumeradas⁴⁷⁰ da seguinte forma: (I) a previsão de que cabe ao juiz determinar de ofício o depoimento pessoal da parte, sujeito à confissão,

⁴⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁶⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.174.

⁴⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁶⁹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁴⁷⁰ Ressalte-se que se tratará com rigor de cada uma delas ao longo desse capítulo

solucionando antiga controvérsia; (II) a possibilidade de ouvir as partes que residem em comarcas, seção ou subseção judiciária diferentes da que tramita o processo por meio de videoconferência; (III) a inserção de duas novas oportunidades em que se poderá recusar o depoimento, quais sejam, a proteção da honra e da vida sua e de familiares próximos; (IV) a supressão do dispositivo que previa que as partes deveriam ser ouvidas de acordo com o procedimento determinado para a oitiva de testemunhas.

Como se pode observar as alterações foram poucas e nada muito substanciais de forma a modificar o instituto e suas formas de aplicação. Acredita-se que se perdeu uma grande oportunidade de implementar alterações importantes de modo tanto a compatibilizar o instituto com a nova ordem constitucional, principalmente no que tange ao direito fundamental à prova. Outra oportunidade perdida foi de ressignificar o instituto de modo a dele extrair toda sua potencialidade como instrumento apto a buscar da verdade para o processo e colaborar com o desenvolvimento de um processo justo⁴⁷¹.

3.1.1 Conceito e finalidade.

Feitas essas breves considerações, cumpre, primeiramente, conceituar o depoimento pessoal. É sabido que parte da doutrina considerava o depoimento pessoal como meio apto a obter a confissão da parte⁴⁷², todavia esta não é a melhor definição para o instrumento. Primeiro porque

⁴⁷¹ Nesse sentido Leonardo Greco: “O artigo 385 do Código de 2015, reproduzindo regra idêntica constante do artigo 343 do Código de 1973, somente faculta a produção do depoimento pessoal da parte por determinação oficiosa do juiz ou a requerimento da parte contrária, não prevendo a sua produção a requerimento da própria parte que pretenda depor, que deveria ser cogitada. Trata-se de limitação probatória que já deveria ter sido expungida do nosso sistema porque restringe o direito de autodefesa, um dos aspectos mais importantes do contraditório humanizado. Toda a disciplina do depoimento pessoal, reproduzida do Código de 1973, exacerba a sua função de instrumento de confissão, quando sistemas mais modernos atribuem a essa prova duas outras finalidades: a clarificação ou esclarecimento dos fatos da causa e a instauração de um diálogo humano das partes com o juiz.” (*Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS_SOBRE_A_DISCIPLINA_DAS_PROVAS_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017, p. 9)

⁴⁷² Assim se observava em Câmara Leal, para quem o depoimento pessoal: “não gera por si a certeza, sua força probante emana da confissão, da qual ele é somente um dos instrumentos de manifestação. A confissão é a espécie, o depoimento é a forma” (CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. *Do depoimento pessoal: teoria e prática*. Saraiva, São Paulo, 1923, p.20)

“a confissão judicial direta é raríssima”⁴⁷³, sendo assim ao ser considerado apenas como instrumento para se obter a confissão seu âmbito de alcance fica estritamente reduzido. Ademais, como já advertia Cappelletti: a parte, não resta dúvida, é a melhor fonte de prova, já que ela conhece melhor do que ninguém os fatos, mais do que isso, muitas vezes ela pode ser a única fonte de prova⁴⁷⁴. Sendo assim, não se pode admitir que se utilize esse importante elemento de prova apenas para se obter a confissão.

Neste sentido, João Batista Lopes já afirmava que não lhe parecia “correto definir o depoimento pessoal como o meio de provocar a confissão do adversário em juízo”⁴⁷⁵, uma vez que ainda que não se provoque a confissão, é possível que o instrumento possibilite colher “informações ou elementos para sustentar”⁴⁷⁶ a tese alegada pela parte contrária que presta o depoimento. Leonardo Greco critica o ordenamento jurídico brasileiro que atribuiu ao depoimento pessoal a única função de provocar a confissão do depoente, quando além de provocar a confissão, o instrumento deve ter outras duas finalidades, quais sejam: esclarecer os fatos da causa e possibilitar um contraditório participativo, fomentando o diálogo entre as partes⁴⁷⁷.

Humberto Theodoro Jr. conceituou o instituto de modo mais abrangente, dizendo que “é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte no processo”⁴⁷⁸. De fato, o depoimento

⁴⁷³ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. In *Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. P. 235-238, abr. 1991, p. 1.

⁴⁷⁴ CAPPELLETI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile*. Milano: A. Giuffrè, 1974, p.47.

⁴⁷⁵ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p. 5.

⁴⁷⁶ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p.5

⁴⁷⁷ “Essa é uma concepção inteiramente incompatível com a busca efetiva da verdade, porque as partes, mais do que quaisquer outras pessoas, conhecem os fatos tal como ocorreram e o seu depoimento pessoal, na implementação do contraditório participativo, deve cumprir duas outras funções essenciais: a de clarificação ou esclarecimento dos fatos ou circunstâncias, que podem ter alguma relevância para a apreciação do juiz, e a de instaurar um diálogo humano, entre os três sujeitos principais do processo, propiciando aos sujeitos parciais influir eficazmente na formação e desenvolvimento do raciocínio do juiz.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 173)

⁴⁷⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 4 v. V. 1, p.945.

pessoal representa no processo um meio de prova apto a realizar o interrogatório da parte, porém não é o único meio de prova que tem a parte como fonte, isso ocorre também com o interrogatório livre.

No ordenamento jurídico brasileiro não se pode extrair outra conclusão a não ser a de que que a confissão é uma das finalidades do depoimento pessoal, contudo não se pode olvidar que dele podem ser extraídos outros elementos de prova. A questão gera muita confusão, pois não foi sistematizada devidamente na legislação. Por vezes, se observa a doutrina se confundindo entre depoimento pessoal e interrogatório livre, como se se tratassem de um mesmo meio de prova. Entende-se, como se esclareceu no início do capítulo que o depoimento das partes é gênero, do qual o depoimento pessoal e o interrogatório livre são espécies.

Importante destacar que o Código de Processo Civil português, editado em 2013, apesar de ter sido elaborado com mais cuidado pelo legislador no que tange às oportunidades de a parte falar em juízo, considerou também que o depoimento da parte⁴⁷⁹, que pode ser determinado de ofício ou a requerimento da parte contrária⁴⁸⁰, é “o modo processual (modo de prova) de obter o meio de prova confissão”⁴⁸¹.

Sendo assim, tendo em vista o que foi exposto até aqui e admitindo-se uma releitura constitucional do instituto, tem-se que o depoimento pessoal pode ser considerado o momento em que a parte será interrogada com a finalidade: de se obter a confissão, ficta ou real; de se reunirem elementos aptos a fundamentar uma argumentação contrária ou à favor da tese do depoente; e, além disso, pode valer para convencer a parte que o requereu de que o acordo é a melhor saída para solucionar a lide.

⁴⁷⁹ Em terras lusitanas eles chamam o depoimento pessoal de depoimento da parte.

⁴⁸⁰ Vide art. 452 do Código de Processo Civil português. (PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.pgdlisboapt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acessado em: 07 jul. 2017).

⁴⁸¹ CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p.16.

3.1.2 Legitimação para requerer o depoimento pessoal: a inconstitucionalidade de sua determinação de ofício.

Outra questão extremamente polêmica e que se relaciona diretamente com a possibilidade de no depoimento pessoal se obter a confissão ficta do depoente é a que diz respeito sobre a legitimidade para requerer o depoimento e a possibilidade de se determiná-lo de ofício. Como se elencou acima, uma das mudanças realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito ao depoimento pessoal, foi possibilitar que o juiz determine de ofício o depoimento pessoal que é sujeito à confissão.

Em outras palavras, hodiernamente o Código de Processo Civil autoriza o juiz a determinar o depoimento pessoal de ofício e que dessa prova advenha a confissão ficta. A questão era controversa na vigência do Código de Processo Civil de 1973, apesar de boa parte da doutrina considerar que não era possível aplicar a pena de confesso quando o depoimento era determinado pelo juiz, tal interpretação não restava clara pelos dispositivos do referido instrumento.

Ocorre que o art. 342⁴⁸² previa a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento da parte a qualquer tempo para interrogá-la e apenas no dispositivo seguinte (art. 343⁴⁸³) previa o depoimento pessoal requerido pela parte contrária e sujeito à confissão ficta. A grande controvérsia que se impunha era que o citado art. 342⁴⁸⁴ constava da seção do depoimento pessoal, o que gerava a dúvida se estava ou não submetido a pena de confesso. Para Didier, a questão veio solucionada pelo art. 139, VIII do Código de Processo Civil de 2015, sendo que ele defende que, pela redação dada, a única interpretação possível é de que determinado o depoimento pessoal de ofício, dele não pode advir a confissão ficta⁴⁸⁵.

⁴⁸² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁴⁸³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁴⁸⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁴⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015. Para o autor: “Há também, o *interrogatório*, determinado *ex officio* pelo juiz, em qualquer estágio do processo, inclusive em instância recursal, não sendo possível, neste caso, entretanto, cominar a pena de *confissão ficta* para o caso de não-

Todavia, a despeito do entendimento do referido autor, crê-se que este não foi o sentido trazido pelo diploma processual em vigor, uma vez que agora o art. 385⁴⁸⁶, que trata de depoimento pessoal, prevê expressamente em seu *caput* que este pode ser requerido pela parte ou determinado de ofício e em seu §1º alerta para a possibilidade da pena de confesso no caso de não comparecimento. Além disso, no art. 386 também prevê a possibilidade de aplicação de pena de confesso para o caso de resposta evasivas ou ausência de respostas.

Sendo assim, por uma questão topográfica não pode ser dada outra interpretação ao dispositivo que não seja de que é possível a pena de confesso, ainda que o depoimento for determinado de ofício. No que tange ao art. 139, VIII⁴⁸⁷, o que se tem é que, aos moldes do que ocorre na Itália e em Portugal, o que se demonstrará adiante, criou-se uma nova modalidade de oitiva da parte no processo, que é o interrogatório livre, este sim não submetido à pena de confesso⁴⁸⁸.

Ressalte-se que, conforme se demonstrará ao longo do trabalho, não se está a defender o mérito do que está disposto no Código de Processo Civil de 2015 ao autorizar a pena de confesso para o depoimento pessoal quando este é determinado de ofício. Pelo contrário, como se verá adiante, defende-se que referida previsão é inconstitucional. Contudo, não se pode negar a evidente intenção do legislador.

Defende-se que o juiz de ofício pode determinar a oitiva das partes, contudo apenas através de interrogatório livre. Considerando que do depoimento pessoal pode advir a confissão, não se

comparecimento ou recusa (art. 385, *caput, fine*, combinado com o art. 139, VIII, CPC). (...) O inciso VIII do art. 139 do CPC resolve antiga discussão sobre se a pena de confesso poderia ser aplicada na hipótese de não-comparecimento ao interrogatório. Agora, está claro que não é possível. A discussão, então, passa a ter interesse histórico.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 151).

⁴⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁸⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁴⁸⁸ Neste sentido, Leonardo Greco: “O Código de Processo Civil de 2015 prevê dois tipos de depoimento pessoal: aquele que a parte presta na audiência final e que pode ter sido requerido pela parte contrária ou determinado de ofício pelo juiz, sujeitando-se à pena de confissão em caso de não-comparecimento ou de recusa a depor (art. 385); e aquele que o juiz pode determinar a qualquer tempo, para que as partes com ele colaborem na elucidação dos fatos da causa, que o juiz pode determinar que se realize a qualquer tempo, mas que não sujeita a parte à pena de confissão (art. 139, VIII).” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.172).

pode admitir que o juiz a determine de ofício, caso contrário se possibilitaria que de uma determinação judicial possam advir os efeitos da confissão, que apesar de submeter o depoente a uma presunção relativa⁴⁸⁹, não representa um objetivo do juízo.

Explica-se: ao estabelecer a busca da verdade como um dos escopos do processo e se entender que o juiz deve se esforçar para buscá-la, concedendo a ele, inclusive, poderes de iniciativa probatória, partiu-se da convicção de que o julgador deve buscar elementos a sustentar a correspondência dos fatos ocorridos com as provas carreadas ao processo. Em nenhum momento se entende que o juiz deve se esforçar na busca de presunções, sejam elas relativas ou não, ao contrário disso, o juiz deve se esforçar ao máximo para não decidir com base em presunções.

Pode parecer contraditória a posição, já que se defendeu que o depoimento pessoal tem outras funções além da obtenção da confissão. Todavia, a despeito dessas outras funções, tem-se que uma das consequências do depoimento pessoal é a confissão. Além disso, o Código de Processo Civil trouxe a oportunidade de o juiz, de ofício, requerer o comparecimento da parte para inquiri-las sobre os fatos do processo, o denominado “interrogatório livre”, ocasião em que não incide a pena de confissão⁴⁹⁰. Sendo assim, conclui-se que a diferença entre os dois institutos, além da legitimidade para o requerimento, é que o depoimento pessoal tem como consequência a confissão e o interrogatório livre não. Dessa forma, ao determinar o depoimento pessoal e não o interrogatório livre, o juiz estaria a buscar a confissão, em outras palavras, o juiz estaria a buscar a presunção, o que não coaduna com o sistema processual a que o ordenamento brasileiro se filia.

Mais grave do que isso, ao se imaginar que um juiz determina uma prova a fim de buscar uma presunção contra uma parte, é de se questionar se ele não estaria agindo imparcialmente no processo, ou seja, tendendo à parte a quem a presunção beneficiaria. Nestes termos, tendo em vista a garantia do juiz natural⁴⁹¹, que prevê julgamento por um juiz imparcial, pode-se concluir que é inconstitucional a possibilidade de o juiz determinar de ofício o depoimento pessoal de quaisquer das partes⁴⁹².

⁴⁸⁹ Como se demonstrará no item 3.1.5

⁴⁹⁰ Vide art. 139, VIII (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1).

⁴⁹¹ Vide art. 5º, VII e LIII (BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988).

⁴⁹² Observa-se que na Itália e na França não é possível o juiz determinar de ofício o depoimento das partes com vistas a buscar a confissão. Na Alemanha, para preservar a imparcialidade, assim como também na França só é permitido o

Dessa forma, a título de criar parâmetros para esta pesquisa, a partir de aqui o depoimento pessoal será considerado como o momento em que a parte pode se manifestar no processo, a requerimento da parte contrária, com vistas a buscar elementos de prova, contrários ou não ao depoente, até mesmo a sua confissão ficta, ou fomentar um acordo entre as partes.

Com relação à confissão ficta, como se trata de um tema um tanto quanto ardiloso, reservou-se o item 3.1.5 para conceder um pouco mais de cuidado na sua análise. Ademais, algumas questões de procedimento que envolvem o depoimento pessoal precisam ser trabalhadas, o que se passa a fazer.

3.1.3 Regras procedimentais acerca do depoimento pessoal.

Quando se fala em regras procedimentais do depoimento pessoal uma das primeiras questões que se impõe diz respeito à proibição de quem não depôs não assistir o depoimento do outro. Referida proibição se fundamenta no fato da necessidade de o depoimento de uma parte não influenciar no depoimento da outra⁴⁹³. Greco considera a regra ingênua, já que ambas as partes conhecem a versão dos fatos da outra parte e sugere que, ainda que se ouça separado, se faculte a uma parte de se pronunciar pessoalmente sobre o depoimento da outra como forma de fomentar o

juiz determinar que as partes venham falar no processo, sem a sanção da confissão, quando o faz com relação a ambas as partes (CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p.68). Em Portugal, é permitido que o juiz determine de ofício Código de Processo Civil português também autorizou o juiz a determinar de ofício o depoimento pessoal e mereceu também críticas da doutrina: “Em relação a este último elemento, e que parece essencial sob o ponto de vista da imparcialidade do tribunal, verifica-se que não há compromisso com o resultado de tais diligências probatórias, que não é previamente conhecido/adivinhado pelo tribunal. Não assim no caso do depoimento de parte, visto que decorre da lei que este se destina a obter a confissão da parte, ou seja, a demonstrar factos desfavoráveis ao depoente. Acresce que obtido pelo depoimento de parte resultado confessorio, essa prova seria valorada como prova plena. Finalmente, há ainda que ter presente que, do ponto de vista da coercibilidade sobre o depoente, é possível que não resulte indiferente ser o seu depoimento determinado face a requerimento da parte contrária ou oficiosamente pelo juiz. Do que resulta, então, uma sua difícil utilização oficiosa, sob pena, pelas razões apontadas de compromisso de imparcialidade do tribunal.” (CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 187).

⁴⁹³ Marinoni e Arenhart destacam um problema de ordem prática nos casos de o réu advogar em causa própria, situação em que seria retirado da sala e o depoimento do autor se daria sem a sua presença, o que traria severo prejuízo ao contraditório. Nesses casos sugere que seja designado ou nomeado advogado para acompanhar o ato de depoimento do autor a fim de que não haja esse prejuízo. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. 5, t. 2, São Paulo: RT, 2005, p.72)

contraditório participativo⁴⁹⁴. Considerando os objetivos do depoimento pessoal, e sua possível influência na formulação de acordo entre as partes, mais do que fomentar o contraditório participativo e o diálogo no processo, a possibilidade de se manifestar sobre o depoimento da outra parte representa a possibilidade de se alcançar uma composição entre as partes litigantes.

Quanto à possibilidade de realização do depoimento pessoal por videoconferência, a despeito de Greco defender a necessidade de uma disciplina mais detalhada de forma a preservar o contato humano com o juiz e garantir que o depoente preste suas declarações “em ambiente em que não esteja sujeita a qualquer tipo de pressão ou influência”⁴⁹⁵, crê-se que nos tempos atuais a videoconferência não afasta o contato humano necessário para um julgamento, todavia considera-se importante a preservação das partes de qualquer influência⁴⁹⁶.

Quanto à exigência de que o procedimento seja oral, entende-se pela aplicação por analogia do Código de Processo Penal⁴⁹⁷ no que tange ao depoimento de surdos e mudos⁴⁹⁸, bem como a adaptação para todos aqueles que por condições físicas ou psíquicas não puderem prestar o depoimento, nos termos do art. 80 do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁴⁹⁹. Além disso, quanto à proibição de escritos anteriormente preparados, entende-se que o julgador deve ter parcimônia ao julgar o que são “simples notas”, pois, por vezes, o depoente “em razão da complexidade dos dados

⁴⁹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: Processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 178.

⁴⁹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: Processo de conhecimento. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 179.

⁴⁹⁶ Neste sentido Trícia ao tratar do depoimento das testemunhas, mas a justificativa por ela utilizada é aplicável ao depoimento pessoal: “O segundo e último assunto envolvendo a prova testemunhal diz respeito à possibilidade de declarações orais¹⁵⁹ serem apresentadas por meio escrito, por videoconferência, por telefone ou por outro meio tecnológico disponível. Essa autorização, sem dúvida, conferiria maior agilidade ao processo, implicaria menor gasto com deslocamentos e proporcionaria maior satisfação aos jurisdicionados, sem contar que evitaria indesejáveis constrangimentos eventualmente sofridos pelas testemunhas; deve-se ressaltar ainda que a presença física da testemunha nem sempre acrescenta qualidade ou veracidade às afirmações, ainda que devidamente advertidas das consequências legais.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p.78-79)

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 80.

⁴⁹⁸ Vide art. 192 (BRASIL. *Decreto-lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acessado em: 21 nov. 2017).

⁴⁹⁹ BRASIL. *Lei n° 13.146*, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm> Acessado em: 13 jan. 2018.

objetivos a que tem de fazer referência ou das deficiências de sua memória, precisa recorrer a registros escritos que excedem muito os limites de ‘breves notas’”⁵⁰⁰.

Discute-se, outrossim, a tradicional proibição de depoimento do incapaz, tendo em vista o seu impedimento legal de praticar ato de renúncia ou disposição⁵⁰¹. Greco destaca que essa proibição advém da concepção de o depoimento pessoal está unicamente vinculado à confissão e só presta a isso, sendo assim tratar-se-ia de ato negocial ⁵⁰². Entretanto, ao se admitir que o depoimento pessoal também tem como objetivo esclarecer os fatos para a parte que o requereu, fomentando a possibilidade de acordo entre as partes, não há porque se negar a possibilidade de depoimento pessoal do incapaz.

Ademais discute-se a possibilidade de os presentantes e representantes das pessoas jurídicas prestarem depoimento pessoal. Entende-se que isto é possível desde que eles tenham conhecimento da causa, mas para lhes ser imposta a pena de confissão, faz-se necessário que tenham poderes para isso. Quanto aos presentantes, é presumível que muito raro os terão, haja vista que não é comum se observar no instrumento de constituição de pessoa jurídica a concessão de poderes específicos

⁵⁰⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 179

⁵⁰¹ Não se pretende neste ponto adentrar as regras de capacidade civil fortemente alteradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm> Acessado em: 13 jan. 2018.), entretanto, cumpre ressaltar que as regras acerca da capacidade devem obedecer aos parâmetros trazidos por aquela lei.

⁵⁰² Neste ponto, importante destacar o entendimento de Moacyr Amaral Santos era de que o depoimento pessoal estava vinculado à confissão como ato negocial, portanto ficava evidente a proibição do incapaz de prestar depoimento. (SANTOS, Moacyr Amaral *apud* GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 176), entretanto se deve ressaltar que o entendimento do autor mudou, como se verifica da 3ª edição de sua obra. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1963, 5 v. V. 2, p.29-30)

para o sócio confessar⁵⁰³. Já com relação aos representantes esses poderes podem constar da procuração⁵⁰⁴, e nesta pode lhes ser concedidos poderes específicos para confessar⁵⁰⁵.

Por fim, discute-se a possibilidade de a parte requerer ou fazer perguntas no seu próprio depoimento pessoal. Tendo em vista, a função que se entende ter o depoimento pessoal, tendo como destinatário direto a parte contrária. Defende-se que não há possibilidade de ocorrer o requerimento, mas admite-se a possibilidade de fazer perguntas. Explica-se, quanto ao requerimento, ele somente pode ocorrer por requerimento da parte contrária, considerando inconstitucional a possibilidade de o juiz o determinar de ofício. Sendo assim, possibilitar que a parte requeira seu próprio depoimento é contrariar a vontade do legislador. Ademais por presunção lógica, não tem a parte depoente interesse na sua confissão, não haveria porque, pois, requerer seu depoimento.

Já com relação à possibilidade de o advogado fazer perguntas à parte que ele representa, entende-se factível sempre que essas perguntas forem no sentido de esclarecer um depoimento dúbio de forma a evitar a confissão. De resto, entende-se que o representante da própria parte poderá fazer perguntas de modo a esclarecer os fatos de forma geral na ocasião do interrogatório livre que será tratado no item 3.3.

Passar-se-á, pois, a tratar as hipóteses legais de recusa ao depoimento pessoal e em seguida, trabalhar-se-ão os efeitos da confissão ficta.

⁵⁰³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 152.

⁵⁰⁴ Ressalte-se que o advogado da causa não poderá ser preposto por impedimento do Código de Ética, vide art. 23 (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução nº 02*, de 19 de outubro de 2015 (Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151104-01.pdf> > Acessado em: 13 nov. 2017.)

⁵⁰⁵ Moacyr Amaral Santos exigia a concessão de poderes específicos para confessar: “a indicação da causa ou ação, cujos fatos devam ser confessados, ou, em linhas gerais, os fatos que o mandante autoriza sejam reconhecidos como verdadeiros” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.120).

3.1.4 Recusa ao depoimento pessoal justificado e a busca da verdade.

Como declinado acima, o depoimento pessoal é um ônus processual, que se a parte dele não se desincumbir fica obrigada a responder por uma sanção que é a confissão ficta. Contudo, o legislador previu algumas hipóteses em que é possível a parte não prestar o depoimento pessoal, hipóteses essas que a doutrina denominou como hipóteses de recusa ao depoimento pessoal. Obviamente, para não acarretar a sanção, essas recusas devem ser legítimas.

No tocante ao tema, podem-se diferenciar dois tipos de recusas. A regra geral, que exige justo motivo a ser avaliado a critério do juiz⁵⁰⁶, disposta no art. 486 do Código de Processo Civil. Referido dispositivo prevê que se a parte sem justo motivo deixar de prestar o depoimento porque não respondeu ou respondeu com respostas evasivas, o juiz poderá analisar se houve recusa a depor. Se a possibilidade de se aplicar sanção se dá apenas se não houver justo motivo, significa, *a contrario sensu*, que com justo motivo a parte pode se negar a depor.

Leonardo Greco entende que o tema das limitações probatórias deve ser tratado com cuidado, pois se se devem proteger os direitos fundamentais, não se pode fazê-lo em dissonância com a busca da verdade. Faz-se necessário harmonizar a existência dos dois⁵⁰⁷. Ao se ter como

⁵⁰⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 4 v. V. 2, p.153.

⁵⁰⁷ GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.4. Também neste sentido Taruffo: “Capítulo importante do meu estudo dediquei às denominadas *limitações probatórias*, que defini como todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas. Embora restritivas da investigação da verdade, essas limitações são tradicionalmente justificadas: na necessidade de assegurar a celeridade do procedimento, como ocorre na imposição de prazos e de preclusões e na vedação de provas inúteis ou procrastinatórias; na segurança de certas relações jurídicas, como a apresentação da certidão do registro público para a prova de determinados fatos; na proteção de direitos fundamentais do homem, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou o próprio interesse público, como ocorre em muitas provas consideradas ilícitas; ou na inconveniência na produção de provas que a própria lei considera suspeitas, como nos casos de incapacidades, impedimentos ou motivos de suspeição de pessoas arroladas como testemunhas. Depois de apresentar um extenso rol das diversas espécies de limitações encontradas no Código de Processo Civil e de analisar os seus variados fundamentos, propus alguns critérios para harmonizar essas limitações com a necessidade de assegurar a mais ampla apuração da verdade, em igualdade de condições com os métodos de investigação dos fatos adotados em todas as áreas de conhecimento. Se a dignidade e o respeito a direitos fundamentais podem impor limites à investigação da verdade, é preciso reduzir essas restrições ao mínimo, maximizando a veracidade do conhecimento judicial sobre os fatos e, portanto, também a validade das decisões judiciais, pois são graves e irremediáveis os danos à tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e à própria sociedade que resultam de uma cognição errônea.” (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.54-55)

fundamento a busca da verdade no processo, não é possível que se posicione de maneira diversa, não se está aqui a violar preceitos fundamentais, mas é preciso entender que o direito à prova também é fundamental e ao ser chocado com outro, deve-se lançar mão da ponderação para analisar cada caso.

Sendo assim, inevitável que a aplicação das recusas apresentadas no art. 388⁵⁰⁸ deva ser feita sob esse prisma de busca da verdade. Quanto ao primeiro inciso do respectivo dispositivo legal, que prevê a escusa de depor sobre fatos criminosos ou torpes, será tratado no item 4.4.

Quanto ao segundo inciso, que se refere ao respeito ao sigilo, tem-se aqui a hipótese de verdadeiro dever de recusa, pois decorre de um sigilo previsto constitucionalmente⁵⁰⁹. Referido inciso diz respeito ao sigilo profissional e de estado⁵¹⁰. Com relação ao sigilo profissional, tem-se que busca proteger a confiança profissional, baseado sempre nas regras da profissão. Para Greco, existem gradações entre estes sigilos profissionais. No caso do advogado, por exemplo, o sigilo está relacionado à liberdade pessoal e política do indivíduo, sendo assim o advogado só pode depor com relação a fatos públicos, ainda que a revelação seja autorizada pelo cliente, nos termos do art. 7º, XIX, do Estatuto dos Advogados⁵¹¹. Já os médicos podem depor se tiverem autorização de seus pacientes, bem como em casos que se trate de doença de notificação compulsória. Todavia, em relação aos bancários, Greco entende haver uma proteção de 2º grau de privacidade⁵¹², sendo assim,

⁵⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁰⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 4 v. V. 2, p.153

⁵¹⁰ O segredo relacionado ao estado, segundo Greco, diz respeito ao estado religioso, ou seja, o segredo que deve ser armazenado pelos sacerdotes, rabinos, pastores entre outros (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 181). Já Didier defende que se refere a situações relacionadas ao estado da pessoa (DIDIER p.157)

⁵¹¹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acessado em: 17 dez. 2017.

⁵¹² Leonardo Greco ao tratar das recusas de depor conclui que elas têm íntima ligação com a proteção à privacidade e se recorre à jurisprudência alemã para analisar as recusas sob o prisma da “teoria dos três graus de proteção da privacidade”, o autor explica: “O primeiro grau, intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana; o segundo grau corresponde a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores e o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem às relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo da comunicação sempre

apesar de ser assegurado o sigilo, faz-se necessária a ponderação para que se entenda qual direito está sendo violado⁵¹³.

O terceiro e o quarto incisos tratam de inovação do Código de Processo Civil de 2015, que parece ter tido inspiração no Código Civil⁵¹⁴. Referem-se especificamente a fatos relativos à desonra ou que coloquem em perigo a vida, protegendo não só o depoente, mas seu cônjuge ou companheiro ou parente em grau sucessível. Para Greco essa mencionada honra deve estar ligada à privacidade de 1º grau⁵¹⁵, caso contrário, obriga o julgador lançar mão da ponderação. No caso de entender que não há motivo para recusa, o julgador deve determinar segredo de justiça, vinculando todos os atores do processo⁵¹⁶.

Quanto ao quarto inciso, que dispõe o perigo da vida do depoente ou seus parentes, Greco faz uma crítica severa, dizendo que ele advém do reconhecimento do fracasso do Estado em proteger a vida alheia, tratando-se de verdadeira submissão à vantagem do crime organizado. Ressalta ainda que a proteção da vida não consta como escusa de depor da testemunha, o que denota que a vida das partes e seus parentes são mais importantes do que da testemunha. Além disso, se remete ao Processo Penal que se utilizou de outros artifícios para proteger a vida de quem depõe. Sendo assim, considera o dispositivo inconstitucional, pois violador das garantias do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, alerta que ainda que não for reconhecido inconstitucional, deve haver verificação da situação de ameaça de morte com muito rigor para não violar, inadequadamente, o direito de a parte se defender provando⁵¹⁷.

Apesar disso, para que o depoimento das partes tenha a valia, que se acredita que ele tem, para o processo, é necessário criar ao depoente um ambiente de confiança em que se sinta seguro

prevalece sobre qualquer interesse individual. (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 140).

⁵¹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 181-182

⁵¹⁴ Vide art. 229 (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 17 dez. 2017)

⁵¹⁵ Ver nota de rodapé 514.

⁵¹⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 182.

⁵¹⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 181-182.

para depor, pois ninguém irá colaborar com o processo quando vê em xeque sua própria vida. Trata-se de questão de sobrevivência.

Sendo assim, ainda que não se negue que a inserção do dispositivo no diploma legal representa o reconhecimento da falência do estado, principalmente no que toca a proteção contra à violência tão difundida entre nós, não se pode admitir que o depoente deixe de colaborar com o processo, pois se veja ameaçado. Ou seja, se esta é a maneira que se encontrou de se possibilitar a colaboração plena do depoente, deve-se dela lançar mão de modo a contribuir para a busca da verdade.

A omissão de determinado fato pode ser mais interessante para a busca da verdade do que a vontade de não colaborar em nada. Como já afirmado, a parte é suspeita, sabe-se disso, permitir-lhe omitir fatos para defender sua vida não é permitir-lhe mentir. Sendo assim, é possível dentro do contexto do depoimento, mesmo com as omissões relativas ao perigo de morte, buscar alcançar a verdade. Em contrapartida, oferece-se ao depoente um ambiente colaborativo, o que é extremamente importante.

Por fim, o parágrafo do referido art. 388, excepciona a aplicação das hipóteses de recusa nas ações de família ou estado. Greco também tece críticas ao dispositivo, para ele, é fato que nas ações de estado e família existe um núcleo comum de privacidade que envolve autor e réu do processo, contudo apesar desse núcleo comum, pode haver questões pessoais relativas à privacidade de 1º grau que devem ser protegidas. Dessa forma, mais uma vez o autor invoca a ponderação para solucionar o problema.

Entendidas as razões para a escusa em depor, resta estabelecer, em sede de depoimento pessoal, quais os efeitos da confissão ficta que advêm da recusa injustificada em depor.

3.1.5 Efeitos da confissão ficta: uma exceção lógica à regra da busca da verdade ou uma incongruência ilógica do sistema probatório?

A confissão ficta, nos termos dos artigos 385, §1º e 386 do Código de Processo Civil⁵¹⁸, é a sanção decorrente do não comparecimento da parte ou do seu comparecimento com recusa a depor ou com respostas evasivas sem motivo justificado⁵¹⁹. Esta confissão ficta, em linhas gerais, faz presumir serem verdadeiros os fatos alegados pelo requerente do depoimento, todavia não se pode permitir que essa presunção seja absoluta, tendo em vista a vertente processual que se adota neste trabalho.

Leonardo Greco reconheceu que a parte diligente não deve pagar pela inércia do seu adversário, mas a despeito disso, afirma que a confissão ficta tem força probante muito reduzida, já que significa a ausência de prova. É preciso que os fatos alegados pelo requerente do depoimento sejam ao menos verossímeis, se harmonizem com os demais fatos provados no processo e não contrariem fatos notórios⁵²⁰.

Há que se ressaltar que no caso de o depoente comparecer para depor, mas não responder as perguntas ou o fizer de modo evasivo, deverá o juiz apreciar “as demais circunstâncias e os

⁵¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵¹⁹ Nesse ponto, primeiramente deve-se pontuar que o depoimento pessoal é um ônus para a parte no processo e não um dever, uma vez que ao ser intimada para o depoimento pessoal se não comparecer ou comparecendo não depor ou oferecer respostas evasivas, pode incidir a sanção de confissão ficta. Em outras palavras, a obrigação é determinada para um sujeito que se não a cumprir será sancionado. Não se assemelha em nada como o dever no qual se estabelece uma relação jurídica na qual se uma das partes tem um dever, decorre logicamente que a outra tem um direito. Nesse sentido João Batista Lopes: “Não há, portanto, no conceito de depoimento pessoal, a ideia do dever jurídico mas somente de ônus processual, ou seja, a subordinação de um interesse a outro interesse próprio.” (LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p. 5).

⁵²⁰ “Por isso alguns preferem denominar a confissão simples de simples admissão, para que o juiz, ao avaliar a presunção de veracidade, não seja levado a acreditar que a parte omissa tenha concorrido efetiva e conscientemente para a aceitação do fato como verdadeiro.” (GRECO, Leonardo. *Processo de conhecimento: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.171).

elementos de prova”⁵²¹ para que possa justificar na sentença a sua opção por aplicar a sanção da confissão ficta⁵²².

Trata-se de *conditio sine qua non* para a aplicação da pena de confissão que da intimação para prestar o depoimento pessoal conste a advertência da possibilidade da aplicação da pena em caso de não comparecimento da parte.

A partir dessa sanção que é a confissão ficta, uma pergunta se apresenta inevitável dentro do contexto desse trabalho, qual seja: trata-se a confissão ficta de uma exceção lógica à regra da busca da verdade ou uma incongruência ilógica do sistema probatório? Pelo exposto até aqui nem uma alternativa nem outra. Pelo contrário, a confissão ficta deve ser aplicada, considerando-se a busca da verdade como escopo do processo, representando, pois, uma alternativa lógica, e não ilógica, ao sistema probatório com vistas a se alcançar a efetividade do processo.

Como já foi demonstrado até aqui, uma decisão justa, que compõe um processo justo, precisa primar pela verdade. Sendo assim é dever do julgador se esforçar para trazer, dentro das limitações legais, a verdade para o processo. Essa é uma premissa à qual todo esse trabalho está atrelado e, por razões lógicas, não se pode abandoná-la em nenhum momento, nem mesmo para a aplicação da sanção de confissão ficta. É isso que se demonstrará.

Sendo assim, primeiramente, não se pode concluir que a confissão ficta é uma exceção à busca da verdade, simplesmente porque não pode existir dentro desse panorama que se desenhou no Processo Civil brasileiro uma exceção à busca da verdade. É, inclusive, baseado nesta premissa que se defendeu acima a impossibilidade de o juiz requerer o depoimento pessoal da parte, porque neste caso ele estaria buscando uma presunção e não a verdade.

A confissão ficta é uma sanção decorrente de um ônus de que a parte depoente não se desincumbiu, optando por calar quando é chamada a prestar um depoimento acerca dos fatos. Não se pode negar que o depoimento pessoal é instrumento de busca da verdade, pois como demonstrado acima tem entre suas finalidades esclarecer os fatos, disso conclui-se que ao requerer

⁵²¹ Vide art. 386 (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

⁵²² Barbosa Moreira explicou: “(...) em casos tais, à luz das outras circunstâncias e elementos de prova, verificar se a atitude da parte deve ser considerada como recusa de depor – hipótese em que naturalmente, lhe imporá a pena de confissão. Deve o juiz esclarecer na sentença as razões de seu convencimento a respeito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 78).

o depoimento pessoal, por mais que possa também objetivar a confissão do depoente, estar-se-á de alguma forma fomentando a busca pela verdade no processo. Entretanto, se o depoente não colaborar, não comparecendo ou não se manifestando, ele será obrigado a arcar com o ônus daquela conduta, porque não é possível que se obrigue o depoente a falar.

Porém, como se afirmou, a ausência de prova decorrente da confissão ficta não pode por si só gerar uma presunção absoluta, pois o processo não pode se desvincular da verdade apenas porque uma parte não colaborou. Sendo assim, juntamente com os outros elementos probatórios do processo pode-se aplicar a confissão ficta. Em outras palavras, nesse caso não se abriu exceção à busca da verdade, pelo contrário, tentou-se alcançá-la, mas não foi possível, então entendem-se confessados os fatos, somente se essa confissão não for contrária aos demais elementos do processo.

Quanto a representar uma incongruência ilógica ao procedimento probatório, também não faz sentido, já que a presunção derivada da confissão ficta vai ao encontro de todos os princípios e normas que regem o Direito Probatório. Contudo, não se pode olvidar que pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e a proibição do *non liquet*, haja vista a necessidade de se chegar a uma decisão justa, faz-se necessário que alguma solução seja dada para os casos em que há uma negativa do depoente de se manifestar, pois o processo precisa chegar ao seu final. A solução é a presunção relativa advinda da confissão ficta.

Sendo assim, tomando o devido cuidado de não se presumir verdadeiros fatos contrários às provas produzidas nos autos ou que não sejam verossímeis o suficiente, a confissão ficta se apresenta como instrumento lógico e adequado a um sistema probatório que tem como um de seus objetivos a busca da verdade.

Diante do que foi exposto até aqui, tem-se delimitado o instituto do depoimento pessoal, passa-se, pois, a analisar a confissão real e em seguida o interrogatório judicial, concluindo as oportunidades de as partes serem ouvidas no processo para fins de produção de prova oral.

3.2 Confissão real

Leonardo Greco definiu a confissão como sendo “o ato probatório que consiste no reconhecimento intencional por uma das partes da veracidade de fatos a ela desfavoráveis e que, assim, possivelmente beneficiará a parte contrária”⁵²³.

Do referido conceito é possível extrair alguns elementos, sendo que o primeiro deles diz respeito à natureza da confissão. Como se vê, o autor supracitado reconheceu tratar de ato probatório. Sabe-se que a questão é conflitante, por muito tempo sobressaiu a tese de que a confissão era ato negocial⁵²⁴, entretanto hoje a tendência da doutrina majoritária é entendê-la como meio de prova⁵²⁵.

Cumprе ressaltar que Moacyr Amaral Santos em sua obra “Prova judiciária no cível e no comercial”, referência para o estudo do Direito Probatório, reviu sua opinião a respeito da questão. Diz-se isso porque em sua primeira edição admitiu que a confissão tinha natureza de um negócio jurídico de disposição⁵²⁶, todavia na terceira edição, “correta e atualizada”, admitiu que sendo “instrumento idôneo, assim, para formar a convicção do juiz no tocante aos fatos litigiosos, corresponde a confissão, pois, a legítimo meio de prova”⁵²⁷. O presente estudo, por tudo exposto

⁵²³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 167.

⁵²⁴ Nesse sentido Ovídio A. Batista da Silva: “Ora, se o legislador admitiu a possibilidade de invalidar a confissão – pondo-a ao lado da desistência e da transação – parece intuitivo supor que a considerou, com a estas outras duas categorias, um ato de vontade e não de simples conhecimento.” (SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, p. 304).

⁵²⁵ Assim DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 4 v. V. 2, p.162-163; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 4 v. V. 1, p.949.

⁵²⁶ *Apud* SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, p. 302

⁵²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1963, 5 v. V. 2. p. 28. Continua o referido autor “Negar à confissão natureza probatória, apenas porque por ela fica a parte contrária dispensada do ônus da prova, à evidência é mostrar desconhecer questões que não se confundem: a referente a quais sejam os meios de prova e a relativa ao ônus da prova. O problema do ônus da prova não repudia a confissão como prova. Se provar cabe a quem tem interesse em demonstrar a verdade dos fatos alegados, nem por isso deixará de haver prova quando exatamente quem podia permanecer inativo se propõe a produzi-la” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1963, 5 v. V. 21, p.395.p.29)

até aqui, entende ser a confissão meio de prova, pois é hábil a demonstrar a verdade no processo, provocando o convencimento do julgador.

O outro elemento a extrair do conceito exposto é o elemento subjetivo, que diz que a confissão deve ser intencional, ou seja, a confissão real, diferentemente da ficta, não é uma presunção a partir de um não-ato da parte, mas um ato consciente e intencional. Não pode a confissão real decorrer de conclusões acerca da análise dos fatos que a cercam, como por exemplo a incompatibilidade de duas declarações ou a omissão da parte em algum momento do processo. Leonardo Greco ressalta que a confissão espontânea no superado Código de 1973 exigia a sua redução a termo, o que caiu em desuso e não foi repetido no Código atual, mas demonstrava a necessidade de ficar clara a intenção do agente.

O terceiro elemento do referido conceito diz respeito ao objeto da confissão, que é o reconhecimento dos fatos desfavoráveis a quem confessa. Por último, mas não menos importante vem o valor da confissão, que não pode ser absoluto. Ainda que a confissão seja real, os fatos confessados necessitam harmonizar-se com as demais provas do processo.

A diferença entre confissão e reconhecimento do pedido reside no fato de a confissão dizer respeito apenas aos fatos e constituir elemento probatório⁵²⁸. Já o reconhecimento do pedido é um negócio jurídico, em que uma das partes reconhece o pedido feito pela outra, resolvendo o mérito da causa. A confissão não resolve o mérito da causa. Já a admissão difere da confissão porque aquela decorre de uma omissão da parte com relação a fato alegado pela parte contrária, e sua conduta omissiva gera uma presunção relativa e mais fraca do que da confissão ficta, já que admite prova em contrário⁵²⁹.

⁵²⁸ “A confissão judicial, prevista no § 288, é elemento probatório: a admissão por uma parte da verdade dos fatos alegados pela parte contrária, que, por esse motivo, não necessitam de ser provados e devem ser tomados em consideração pelo Juiz, na sentença, em face do direito aplicável e das demais provas produzidas. A admissão da verdade do fato alegado não importa em submissão à pretensão exercitada. Ao contrário, o reconhecimento do direito pleiteado pelo autor importa, necessariamente, na submissão à pretensão exercitada e vincula o pronunciamento do juiz. A sentença, a ser proferida a requerimento do beneficiado com o reconhecimento, deve ser meramente declarativa da condenação que o réu emitiu contra si mesmo, pelo fato de reconhecer o direito pleiteado.” (COSTA, Moacyr Lobo da. Confissão e reconhecimento do pedido. In *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 67, n. 2, p.167-212, 1967, p.169).

⁵²⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 165. Também neste sentido Echandía: “*Por consiguiente, consideramos que en cuanto a los requisitos necesarios para su existencia, los únicos elementos diferenciales entre admisión y confesión judicial son cuatro: 1) en la admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2) la admisión debe ser siempre espontánea,*

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, apesar de ser um meio de prova a ser utilizado no processo. A confissão judicial se dá nos autos, podendo ser espontânea ou provocada, sendo que a confissão espontânea pode ocorrer em qualquer momento processual, já a provocada só ocorrerá no depoimento pessoal da parte.

A confissão extrajudicial é mais polêmica, pois não se sabe em que condições foi prestada. Ela pode ser escrita ou verbal. O Código de 1973 dava a mesma eficácia da confissão judicial à confissão extrajudicial por escrito. O Código de 2015 não repete o dispositivo, dizendo apenas que a confissão extrajudicial verbal não terá efeito quando para o fato exigir-se prova literal. Greco concorda com a alteração, pois, segundo ele, confissão extrajudicial muitas vezes é prestada, pois o confitente está obrigado a confessar para manter sua subsistência. Isso ocorre, por exemplo, quando tenta parcelar dívida fiscal e precisa, para conseguir o parcelamento, de confessar a sua dívida. Para o autor, como já ressaltado, a confissão tem natureza probatória e não de ato negocial; disso decorre que ela deve ser valorada como prova, ou seja, deve-se analisá-la com outras provas e, principalmente, analisar o seu elemento subjetivo, ou seja, o *animus confitendi* do confitente⁵³⁰.

Outra classificação para a confissão é que ela pode ser real, quando conta com o *animus confitendi* do confitente, ou ficta, quando decorre de um ônus relacionado ao depoimento pessoal. A confissão ficta foi tratada no item anterior, já a confissão real é essa que está sendo tratada neste item.

A força probante da confissão real é grande, ou seja, é grande a persuasão que ela exerce sobre o julgador, entretanto ela não é absoluta, pois o juiz não está obrigado a reconhecê-la quando haja prova cabal do contrário ou até mesmo quando ela versar sobre direitos indisponíveis⁵³¹. Cumprе ressaltar que apesar de haver uma gradação entre a força probante da confissão ficta e a

mientras que la confesión puede ser también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3) las consecuencias de la admisión pueden ser favorables o desfavorables al admitente (lo primero cuando el hecho resulte adverso a las pretensiones o excepciones de la parte contraria que lo había alegado, y lo segundo, cuando favorezca a éste únicamente), mientras que en la confesión csa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contra-parte; 4) la admisión sólo puede ocurrir en el proceso, y la confesión puede ser también extra procesal.” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 644-645).

⁵³⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 168-170.

⁵³¹ Sobre a indisponibilidade do direito ver o item 3.1.1.

força probante da confissão real nenhuma delas é absoluta. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro para valoração da prova, nenhuma prova pode ser considerada absoluta.

Também representa uma característica polêmica da confissão a sua indivisibilidade prevista pelo art. 395 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo prevê que em regra a confissão não pode ser invocada no tópico que lhe beneficiar e afastada no tópico que lhe for desfavorável. Não há que se negar que essa concepção é oriunda do reconhecimento da confissão como ato negocial, em que se respeita a autonomia da vontade do confitente⁵³²⁻⁵³³. Entendendo a confissão como meio de prova, ela deve ser analisada dentro do conjunto probatório, podendo haver fatos que se valorem positivamente e outros que se valorem como não condizentes com as demais provas do processo.

Outra característica da confissão é a sua irrevogabilidade, por admiti-la como meio de prova, ela não pode ser revogável. Entretanto, é possível que se faça outra declaração em sentido diverso, situação em que ambas confissões serão analisadas dentro do conjunto probatório. A segunda não revoga a primeira, mas passa a com ela conviver dentro do contexto probatório do processo, podendo resultar numa valoração mais favorável ao confitente⁵³⁴. Apesar de não poder ser revogada, a confissão pode ser anulada em ação própria, se depois da coisa julgada por meio de ação rescisória, se a confissão for alcançada por erro de fato ou coação. Destaca-se que referida ação é personalíssima, só cabendo a sucessão dos herdeiros se o confitente falecer depois de proposta a ação⁵³⁵.

⁵³² Num contrato não é possível requerer o cumprimento do que lhe beneficie e afastar o que não lhe é favorável. Ou o contrato é válido ou inválido em todas as suas disposições.

⁵³³ GRECO. Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.185. “Das partes se espera um comportamento processual leal e de boa-fé, com estrita observância do que alguns chamam de *dever de veracidade*, ou seja, de que não tenham receio de reconhecer a veracidade de fatos que as prejudicam, o que aliás é seu dever (CPC de 1973, art. 14, inc. I; CPC de 2015, art. 77, inc. I), porque desse reconhecimento não poderá o seu adversário extrair qualquer ilação sobre a veracidade de outros fatos que não foram expressamente confessados. Então, na verdade, a correta exegese dos artigos 354 e 395 citados dá-se no sentido de que a confissão se interpreta restritivamente, de modo que não é possível, por ilação, presumir que o réu confessou determinado fato, se ele categoricamente não o fez.” (GRECO. Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.185).

⁵³⁴ GRECO. Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.18

⁵³⁵ O anteprojeto de Direito Probatório elaborado junto ao Professor Greco, cuidou especialmente da possibilidade da revogação, não a permitindo, mas permitindo a retratação a qualquer momento: “A regra do art. 352 do CPC é substituída, no art. 16 do anteprojeto, pela possibilidade de retratação de todas as declarações das partes “até decisão final da causa nas instâncias ordinárias, se decorrerem de erro de fato ou vício de vontade, da inobservância dos

Por fim, a respeito da possibilidade de confissão por representante, tem-se que o assunto já foi tratado no item 3.1.3. Sendo assim, tecidas as considerações necessárias acerca da confissão, passa-se ao estudo do interrogatório livre.

3.3 Interrogatório livre

A figura do interrogatório livre remete a alguns institutos previstos ao redor do mundo, como se dá, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano, no qual o *Codice di Procedura Civile* prevê, em seu art. 117, onde trata dos poderes do juiz, a possibilidade do interrogatório informal (*interrogatorio non formale delle parti*)⁵³⁶, que apesar de não constituir meio de prova, propriamente dito, pode servir de fundamento para o juiz formar o seu convencimento⁵³⁷. O instrumento permite que em qualquer fase do processo o juiz possa ordenar o comparecimento das partes para interrogá-las livremente sobre o caso em litígio, sendo que as partes podem ser assistidas pelos seus procuradores⁵³⁸.

Também o ordenamento português prevê o interrogatório livre, disposto nos n.º. 2 e 3 do art. 7º do Código de Processo Civil Português:

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

requisitos estabelecidos nesta lei ou se, por qualquer outro motivo, não violarem direito adquirido da parte contrária, a sua expectativa legítima ou a boa fé”. Após a decisão nas instâncias ordinárias, a retratação poderá ser objeto de ação autônoma ou de ação rescisória, desde que preenchidos os respectivos pressupostos” (GUEDES, Cintia Regina. *et. al.* A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: terceira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 242, p. 91 – 164. Abr./2015, p. 3)

⁵³⁶ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p. 2.

⁵³⁷ CAPPELLETI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile*. Milano: A. Giuffrè, 1974, p.6.

⁵³⁸ Art. 117 - *Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori.* (ITÁLIA. Regio Decreto 28 ottobre 1940 (Codice de Procedura Civile) Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2013/04/10/disposizioni-general-dei-poteri-del-giudice>> Acessado em: 25 set. 2017).

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.⁵³⁹

Discutia-se em Portugal sobre a possibilidade de o referido interrogatório valer como prova. Hoje entende-se que sim, haja vista a possibilidade de confrontar o que foi declarado no interrogatório com as provas testemunhais ou mesmo com o interrogatório prestado pela outra parte⁵⁴⁰.

No Brasil, há quem defenda que o interrogatório judicial já estava previsto no Código de Processo Civil de 1973⁵⁴¹ e apesar de não estar previsto no Código de Processo Civil de 1939, era admitida a determinação de ofício pelo juiz para o depoimento pessoal das partes, nos termos do art. 117, que permitia que de ofício o juiz ordenasse diligências úteis à instrução do processo⁵⁴²⁻⁵⁴³.

Para Leonardo Greco, trata-se de inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, que em seu art. 139, VIII prevê que o juiz pode “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”⁵⁴⁴. Para ele a inovação se deu porque este instituto se aproxima do interrogatório livre

⁵³⁹ PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&versao=&so_miolo=>>. Acessado em: 07 jul. 2017.

⁵⁴⁰ Neste sentido Estrela Chaby: “O interrogatório é efectuado pelo juiz, que se o considerar necessário, também dirigirá ao depoente questões formuladas pelas partes; estas podem ser confrontadas com as testemunhas (e mesmo entre si), o que confirma que o interrogatório incide sobre matéria probatória” (CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 57)

⁵⁴¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁵⁴² “Art. 117 - Art. 117. A requerimento ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios. (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>). Acessado em: 15 jan. 2017.).

⁵⁴³ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p.2.

⁵⁴⁴ Vide art. 139, VIII (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

italiano, primeiro por estar previsto na parte que toca os poderes do juiz e segundo por restar claro que não incide pena de confesso sobre o interrogatório livre⁵⁴⁵.

Cumprе ressaltar que no Código de 1973, o que alguns entendiam como interrogatório livre estava previsto no capítulo que tratava de depoimento pessoal e não deixava claro haver pena de confesso. O grande erro incidia em comparar o interrogatório livre ao depoimento pessoal, isso porque eles têm o mesmo gênero, são depoimentos da parte no processo, mas fazem parte de espécies diferentes. Enquanto o depoimento pessoal busca também a confissão, o interrogatório livre tem como objetivos clarificar o processo, possibilitar a autodefesa do interrogando e fomentar o contraditório participativo.

O interrogatório livre é o momento de o juiz trazer para o processo, efetivamente, o contraditório participativo, sem dúvida é a sua maior expressão no processo. Entretanto, não se pode confundir o interrogatório livre com o depoimento pessoal. No depoimento pessoal, algumas limitações são impostas tendo em vista se tratar de prova que só pode ser requerida pela parte contrária, e não resta nenhum prejuízo ao depoente, pois ele terá a oportunidade de no interrogatório livre se manifestar de forma mais aberta e informal, sem o risco iminente da confissão.

O destinatário principal do interrogatório livre é o juiz, que poderá realizá-lo em qualquer momento, mas em termos de efetividade, recomenda-se sua realização durante a audiência de instrução e julgamento, preferencialmente após o depoimento pessoal. Nesta ocasião será dada às partes a oportunidade de se manifestar livremente sobre os fatos do processo, inclusive sendo possível o requerimento do interrogatório livre pelo próprio interrogando e o próprio advogado do requerente fazer reperguntas.

Quanto a poder requerer o próprio depoimento, tem-se que isso é possível, pois se o juiz pode determiná-lo de ofício, nada impede que aparte que pretenda ser interrogada requeira ao juiz fundamentando, e, caso o juiz indefira sob outro argumento que não seja a inutilidade da prova ou atitude protelatória, incidirá em limitação à defesa. Não é demais lembrar que o direito à prova é um direito fundamental. O argumento de que seria prova suspeita não merece prosperar, pois a

⁵⁴⁵ GRECO. Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.174.

própria testemunha, muitas vezes é suspeita e ninguém se dá conta disso, a parte é suspeita e a valoração de seu depoimento necessariamente é feita com base nessa suspeição⁵⁴⁶.

Já com relação à possibilidade de o próprio advogado fazer reperguntas à parte, não se vislumbra na legislação nada que proíba esta conduta. O Código de 1973⁵⁴⁷ ainda previa que o depoimento pessoal seria tomado como a inquirição de testemunhas, o que, em tese, possibilitaria as reperguntas pelo advogado do interrogando. O Código atual foi silente em relação a isso. Tem-se que referida proibição está fundada em costume e não deve prosperar. O receio de contaminar a espontaneidade não é suficiente para se contrapor à possibilidade de se ferir o contraditório e ampla defesa com a restrição⁵⁴⁸.

Outra questão que se suscita quando se fala de interrogatório livre é a possibilidade de sancionar as partes que não se apresentam para esclarecer os fatos quando determinado pelo juiz esse comparecimento em situação diversa do depoimento pessoal. Isso porque, conforme já explicitado, o melhor momento para o juiz ouvir a parte é durante a audiência de instrução e julgamento, sendo assim, se a parte for intimada para a mencionada audiência para prestar depoimento pessoal, ela deverá comparecer sob pena de aplicação da confissão ficta. Ainda que para o interrogatório livre a confissão não seja a saída, o ônus da confissão pode fazer com que a parte se sinta pressionada a comparecer.

Todavia, alguns problemas se impõem. Primeiro, se a parte comparece, responde às perguntas do depoimento pessoal, mas se nega a fazê-lo com relação às perguntas do interrogatório livre e segundo, se, por alguma necessidade, o interrogatório livre for marcado em ocasião diversa da audiência de instrução e julgamento. Nessas situações, é possível aplicar sanção à parte pelo seu não comparecimento?

⁵⁴⁶ Nesse sentido Greco: “Se o depoimento pessoal é prova produzida por pessoa suspeita e, portanto, de reduzida credibilidade, não se pode desprezar a importância que possa ter para reconstituição dos fatos, independentemente do sujeito que venha a beneficiar-se dessa reconstituição, assim como para o diálogo participativo, instrumento da mais ampla defesa do depoente.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.177). Cumpre salientar a lição de Cappelletti, apesar de poder ser considerada a prova menos confiável, não se pode negar que a parte é a melhor fonte de prova, pois quem melhor conhece os fatos. (CAPPELLETI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile*. Milano: A. Giuffrè, 1974, p.4)

⁵⁴⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁵⁴⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.180.

Para João Batista Lopes, nas situações em que intimado para comparecer para o interrogatório livre a parte não se faz presente, ou se fazendo presente se recusa a responder as perguntas ou responde de forma evasiva, a única possibilidade de sancioná-la é através da litigância de má-fé⁵⁴⁹.

Como já explicitado acima, a oitiva da parte no processo é importante elemento de busca da verdade, bem como é fundamental para estabelecer o diálogo no processo, um diálogo direto sem intervenientes. Para Rodrigues, “a verdade tem uma tal lógica interna, uma tal força de coesão que é muito difícil manter, com verossimilhança, uma mentira, na frente da pessoa que tem o direito de lhe perguntar o que quiser, com pequenas restrições”⁵⁵⁰. Ou seja, se enxergarem a importância do depoimento das partes no processo e se preparem com técnicas e curiosidade suficiente para se buscar a verdade, não resta dúvidas de que de “primo pobre” no elenco das provas⁵⁵¹ o depoimento das partes, e, com mais razão, o interrogatório livre, passa a ser um importante, quiçá um dos melhores instrumentos na busca da verdade.

Analisadas todas essas formas de a parte se manifestar no processo, passa-se a analisar como a questão do depoimento das partes foi sistematizada no Direito lusitano e estabelecer uma proposta de sistematização para o Processo Civil brasileiro.

3.4 A sistematização do depoimento das partes no Código de Processo Civil português como parâmetro para sua sistematização no Processo Civil brasileiro.

O Código de Processo Civil português publicado em 2013⁵⁵² teve mais cuidado em sistematizar o que aqui denomina-se depoimento das partes do que o Código de Processo Civil

⁵⁴⁹ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p.8.

⁵⁵⁰ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. In *Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. P. 235-238, abr. 1991, p. 1.

⁵⁵¹ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. In *Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. P. 235-238, abr. 1991, p. 1.

⁵⁵² PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acessado em: 07 jul. 2017.

brasileiro de 2015⁵⁵³. Em terras portuguesas, a previsão do depoimento das partes se deu em três dispositivos diferentes, quais sejam, art. 7º, que previu uma espécie de interrogatório livre, denominado pela doutrina de “prestação de esclarecimento pela parte”⁵⁵⁴; art. 452º e seguintes que dispõe sobre o que aqui se denomina depoimento pessoal e lá depoimento de partes; e, art. 466º que institui um tipo de prova que não está prevista em nosso ordenamento, denominada “declarações de parte”.

Conforme já foi explorado no item acima, a prestação de esclarecimento pela parte vem disposta no artigo que dispõe acerca da colaboração no processo e que antes de dispor sobre a obrigatoriedade de a parte comparecer em juízo para prestar esclarecimentos, fala do dever de cooperação das partes, procuradores e juízes na busca de um processo breve e eficaz e que busque a justa composição do litígio. Tal instrumento tem natureza probatória, podendo auxiliar o juiz na busca da verdade para a formação de sua convicção⁵⁵⁵.

Já o depoimento das partes, previsto no art. 452º e seguintes, tem características semelhantes ao nosso, estando disposto na seção que trata de provas por confissão das partes, deixando patente que uma das finalidades do depoimento da parte é a confissão. Todavia, no regime instituído em terras lusitanas a partir de 2013, se permite que se valorem as declarações favoráveis ao depoente no depoimento das partes. Sendo assim, como no depoimento pessoal no Brasil, o depoimento da parte também tem dupla finalidade, buscar a confissão ou aclarar os fatos do processo, tudo fundamentado na livre apreciação dos fatos. Aqui fica a crítica, também como no depoimento pessoal, no depoimento da parte português é permitido que o juiz o determine de ofício.

Por fim, o Código de Processo Civil português prevê, em seu art. 466º, um instrumento não previsto no Código brasileiro, que é “declaração das partes”:

Artigo 466.

Declarações de parte

1 - As partes podem requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto.

⁵⁵³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁵⁴ CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 52-63.

⁵⁵⁵ CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 52-63.

2 - Às declarações das partes aplica-se o disposto no artigo 417.º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior.

3 - O tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão.⁵⁵⁶

Como se vê da leitura do dispositivo, trata-se de instrumento cujo objeto difere do depoimento de parte, já que a parte só pode requerer as referidas declarações sobre “factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto”⁵⁵⁷. Também quanto ao objetivo percebe-se diferenças no que tange o depoimento de parte e a declaração da parte. Isso porque resta claro, até por sua posição topográfica no diploma processual, em seção diferente da seção de “prova por confissão das partes”, que a declaração da parte não busca a confissão, e se ela ocorrer não pode ser utilizada na sentença, nos termos do nº 3 do referido dispositivo.

Outra diferença é a legitimidade de requerimento, pois a parte pode requerer a sua própria declaração e não cabe ao juiz requerê-la. Por fim, o momento em que são produzidas as declarações da parte no processo é diferente do momento do depoimento da parte. Contudo, apesar das diferenças, ambas constituem elementos aptos a colaborar com a reconstrução dos fatos e influir diretamente na convicção do juiz.

A despeito de não existir a previsão da declaração de parte no Brasil, entende-se que ele pode ser substituído pelo interrogatório livre, quando a parte o requer ao juiz.

Diante do exposto até aqui, fica demonstrado que o Código de Processo Civil brasileiro apesar de cuidar das hipóteses em que a parte pode se pronunciar no processo, não o fez com a diligência necessária, haja vista que o instrumento é um dos mais aptos a fomentar o diálogo no processo, e, conseqüentemente, o contraditório participativo.

O instituto precisava ter tido mais atenção do legislador por ser capaz de contribuir eficazmente com a justiça coexistencial, evitando lides infundadas e colaborando com o desafogamento do Poder Judiciário. Além dessa importante função, o depoimento das partes, quando não colabora com a autocomposição, se bem realizado, é extremamente importante para se buscar a verdade, constituindo prova capaz de dar pistas importantes para se perquirir a verdade.

⁵⁵⁶ PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.pgdlisboapt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&versao=&so_miolo=>>. Acessado em: 07 jul. 2017.

⁵⁵⁷ PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.pgdlisboapt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&versao=&so_miolo=>>. Acessado em: 07 jul. 2017.

Sendo assim, se propõe uma sistematização do depoimento das partes no Processo Civil brasileiro a partir das conclusões assentadas até aqui.

Diante do exposto, conclui-se que as oportunidades de a parte depor no processo são duas, quais sejam o depoimento pessoal e o interrogatório livre. Quanto ao depoimento pessoal, pode incidir em confissão ficta ou real, e tem como único legitimado para requerê-lo a parte contrária, que pode se beneficiar da confissão, sendo inconstitucional a parte do dispositivo que permite a determinação de ofício do depoimento pessoal.

Já o interrogatório livre não pode incidir em confissão ficta ou real, mas pode gerar a condenação por litigância de má-fé, como exposto acima, tanto a parte pode requerer seu próprio depoimento como o juiz pode o determinar de ofício.

Ambos instrumentos são legítimos a esclarecer os fatos, possibilitar a autodefesa e fomentar o contraditório participativo. Apenas o depoimento pessoal pode objetivar a confissão do depoente.

O Código de Processo Civil de 2015 ao dispor sobre o interrogatório apenas no capítulo que trata dos poderes do juiz, perdeu uma grande oportunidade de esclarecer dúvidas acerca do instituto. O referido instrumento deveria constar do capítulo que trata das provas e lá deveria juntamente com o depoimento pessoal compor uma sessão que tratasse do depoimento das partes. Além disso, deveria o legislador ter cuidado mais minuciosamente do interrogatório livre, possibilitando expressamente seu requerimento pela parte que irá depor, possibilitando as reperguntas por todas as partes do processo e deixando claro se tratar de meio de prova.

Analizadas todas essas questões que permeiam o depoimento das partes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como explicitando os limites, objetos e objetivos de cada uma das espécies, cumpre entender a importância do referido instituto para o Processo Civil no Brasil. Primeiramente, destaca-se que é factível a relação dos mencionados institutos com o processo colaborativo e a oralidade, como se demonstrará no próximo capítulo. Em seguida, serão analisadas questões polêmicas que envolvem o instituto.

4 O IMPACTO DA ATUAÇÃO COMPROMETIDA DOS ATORES DO PROCESSO NA BUSCA DA VERDADE ATRAVÉS DO DEPOIMENTO DAS PARTES

4.1 A oralidade como pressuposto da efetividade

Segundo Cappelletti, “a tendência evolutiva se desenha em conectividade com uma concepção ‘social’ do direito e do procedimento e é por isso, como se acabou de ressaltar, que se manifesta um dos aspectos mais atuais da ideia de oralidade no procedimento”⁵⁵⁸. Em outras palavras, Cappelletti relacionou intimamente a oralidade com o processo “social”⁵⁵⁹, criticado por Aroca, mas pelo qual optamos neste trabalho. O referido autor explica que a grande revolução do pensamento que caracteriza a era moderna se funda em um método científico, aquele defendido por Taruffo que se demonstrou no primeiro capítulo. Neste método científico, se valoriza a observação direta dos fatos e a oralidade por sua vez fomenta a importância do contato direto e pessoal do juiz com o fato, a fim de trazer objetividade para o processo como num método científico. Essa mesma concepção da importância do juiz para o processo se apresenta no chamado “processo social”⁵⁶⁰.

Não se pode olvidar que ao se falar em procedimento oral muitos se confundem, acreditando que o procedimento oral seria puramente oral, ou seja, sem a adoção de qualquer técnica de redução a termo, todavia, desde que se descobriu a escrita não há mais que se falar em um procedimento

⁵⁵⁸ Tradução livre de: “*la tendance évolutive se dessine en connexité avec une conception «sociale» du droit et de la procédure, et c’est par là, comme nous venons de le souligner, que se manifeste l’un des aspects le plus actuels de l’idée d’oralité dans la procédure*” (CAPPPELLETTI, Mauro. *Proceduré orale et procéuré écrite*. Millano: A. Giuffré, 1971, p. 97-98).

⁵⁵⁹ Ressalte-se que Chiovenda sofreu grande influência do Código austríaco de Klein para falar sobre oralidade. (SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. Novas perspectivas sobre a oralidade no processo. *In Revista de Processo*, v.2, p.145-178, jul./dez. 2015, p.2)

⁵⁶⁰ CAPPPELLETTI, Mauro. *Proceduré orale et procéuré écrite*. Millano: A. Giuffré, 1971, p. 92-98.

puramente oral ou puramente escrito, eles se misturam. Sendo assim, quando se fala em procedimento oral não está a se falar da exclusão da palavra escrita⁵⁶¹.

Dessa forma, o conflito existente entre segurança jurídica x celeridade, que alguns impõem quando se fala de procedimento oral, é falso, isso porque nenhum procedimento é puramente oral, bem como nenhum procedimento é puramente escrito. O conflito diz respeito ao procedimento escrito ter como um de seus objetivos a segurança jurídica e o procedimento oral ter como um de seus objetivos a celeridade. Como celeridade e segurança parecem ser, à primeira vista, antagônicos, assim também se daria para o procedimento oral comparativamente com o escrito⁵⁶². Ocorre que a ideia do fomentar o procedimento oral e de alguma forma privilegiar a celeridade não afasta o procedimento escrito e a segurança jurídica necessária que ele traz.

Importante observação de Petrônio Calmon ao entender a oralidade no processo com sentido dúbio e duplo. Sua dubiedade advém da duplicidade de seus sentidos o que leva muitos a os confundirem. Para o autor a oralidade representa tanto o sentido literal, que é um modo de comunicação pela fala, quanto um modelo de processo, em que o seu significado representa um conceito político⁵⁶³, segundo o qual:

O processo oral, como modelo, é um processo participativo, informal, humanizado e socializado, marcado pelo diálogo entre todos os sujeitos (juiz, partes, testemunhas, servidores, peritos etc.) que se encontram e cooperam cada um exercendo adequadamente seu papel, agindo com ética e interesse de realizar a justiça.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.301.

⁵⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre oralidade no processo civil romano. In: *Revista UNIJUS*. v. 9, n. 10, p. 77-95, mai./2006, p. 93-94, p.93: “A história do processo civil revela que a escritura está para a segurança assim como a oralidade está para a celeridade. Quanto mais escrito o processo, mais seguro e mais lento. Quanto mais falado, mais rápido e menos seguro. Daí porque a grande parte dos sistemas processuais modernos, inclusive o brasileiro, têm procedimentos escritos para causas de maior relevância, e procedimentos orais para as causas sociais de menor importância.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre oralidade no processo civil romano. In: *Revista UNIJUS*. v. 9, n. 10, p. 77-95, mai./2006, p. 93-94).

⁵⁶³ CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. In *Revista de Processo*. v. 178/2009, p. 47-75, dez./2009, p.1-2.

⁵⁶⁴ CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. In *Revista de Processo*. v. 178/2009, p. 47-75, dez./2009, p.2.

Diante disso, e tendo em vista a valorização do contraditório participativo, bem como da cooperação como princípio⁵⁶⁵, não se pode negar que se tem hoje no Brasil a oralidade como modelo⁵⁶⁶. Desta conclusão, importante analisar quais os elementos que são primordiais num sistema processual para nele se reconhecer a oralidade. Para a tarefa, importante uma releitura de clássicos e sua harmonização com autores da atualidade.

A iniciar por Chiovenda, que afirmava que o princípio da oralidade se firma em cinco pilares: (I) a predominância da palavra oral, sendo a escrita essencial para a proposição e documentação do processo; (II) princípio da imediatidade; (III) princípio da identidade física do juiz; (IV) princípio da concentração; (V) princípio da irrecorribilidade das interlocutórias⁵⁶⁷.

Cappelletti, por sua vez, defendeu que para aderir à oralidade em países de procedimento predominantemente escrito, eles devem implementar reformas nos seguintes sentidos: (a) abolir qualquer traço do sistema de tarifação legal de provas, substituindo por um sistema em que a apreciação de provas seja confiada de alguma forma à avaliação crítica do juiz, valorizando, por exemplo, o comparecimento pessoal das partes perante o juiz; (b) implementar a imediação; (c) privilegiar a audiência única ou a realização de audiências bem próximas⁵⁶⁸.

Petrônio Calmon, ao analisar a oralidade no século XXI, identificou sete elementos que a compõem: (1) implementação de política pública de resolução de conflitos com ênfase na autocomposição; (2) concentração de atos processuais; (3) contraditório participativo; (4) imediação; (5) concessão de poderes instrutórios para o juiz; (6) informalidade; (7) impossibilidade prática de recursos contra decisões processuais.

Desses fundamentos da oralidade percebe-se que dois de maneira bem exata, até porque Petrônio Calmon traz alguns do plano teórico para o prático, são coincidentes em todos os autores, quais sejam, o princípio da concentração e da imediação. No que tange ao depoimento das partes no processo, não há que se negar a importância que ele representa, principalmente o interrogatório livre, para o princípio da imediação.

⁵⁶⁵ O que será tratado no próximo capítulo.

⁵⁶⁶ Conforme terminologia adotada por Petrônio Calmon (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. In *Revista de Processo*. v. 178/2009, p. 47-75, dez./2009).

⁵⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. In: *Revista forense*. v. 35, n. 74, p. 171-194, abr./jun., 1938.

⁵⁶⁸ CAPPPELLETTI, Mauro. *Proceduré orale et procedur  écrite*. Milano: A. Giuffr , 1971, p. 92-98.

Moacyr Amaral Santos dizia da exigência do princípio⁵⁶⁹ de se ter um contato direto do juiz com as partes e afirmava: “a excelência do princípio é manifesta, diante do fim colimado pela prova. Se esta visa formar a convicção do juiz para que ele conclua pela verdade, nada mais necessário do que o juiz a acompanhe, diretamente, em todo o seu desenvolvimento”⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹.

Ao colher o depoimento das partes não restam dúvidas de que se estão eliminando intermediários entre a informação e o processo em si, não só entre a informação e o juiz, porque as próprias partes se beneficiarão desta imediatidade, de forma a muitas vezes conduzi-las à autocomposição, como irá se tratar no item 4.7. Esse contato direto constitui, ainda, um dos meios mais idôneos da busca da verdade⁵⁷².

Cumprе ressaltar que na Europa a oralidade representa direito humano, previsto no art. 6, inciso 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem⁵⁷³ e a interpretação que se tem dado é que todos têm direito a uma audiência pública e nisso se fundamenta a oralidade⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Chamado por ele de imediatidade. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.395.)

⁵⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p.395.

⁵⁷¹ Importante ressaltar que para Amaral Santos a finalidade da prova é levar a convicção ao juiz, nesse trabalho optou-se por uma ideia de que a prova reconstrói os fatos de modo a convencer o juiz, não ficando prejudicada, pois, a afirmação do autor, uma vez que o contato direto do juiz com a prova não só vai ser importante para o seu convencimento, uma de suas finalidades, mas também para que ele possa contribuir pessoalmente na reconstrução dos fatos. Nesse sentido Décio Alonso Gomes destaca que a imediação é: “(...) o mais característico método de conhecimento judicial, isto é, de captação da realidade”. (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2016, p.88)

⁵⁷² “Para isso é necessário eliminar intermediários que possam viciar a informação contida em determinada fonte: esse contato direto e imediato é o meio mais idôneo para que o juiz desenvolva a atividade comparativa entre a realidade e as afirmações das partes em que consiste a prova e para que emita um mais acertado juízo valorativo.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2016, p.89).

⁵⁷³ “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”(CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção europeia dos direitos do home. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acessado em: 01 dez. 2017)

⁵⁷⁴ “A “audiência” pública, e, com isso, a oralidade de ao menos uma audiência frente ao juiz da causa, tem o *Standard* de Direito Humano Europeu (art. 47 inciso 2 GR-Charta; art. 6 inciso 1 EMRK) e, para uma boa parte, tem posição constitucional para os Estados-Membros da União Europeia. Também onde as constituições nacionais dos

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, não se pode concluir que a oralidade tem como único ou principal objetivo a celeridade; tratar o tema assim seria abordá-lo com muita simplicidade. A oralidade, na verdade, é pressuposto da efetividade no seu conceito mais basilar, de compreender algo realizado com eficácia no menor tempo possível. O procedimento oral, a despeito da concentração dos atos, por fomentar o contraditório, pode muitas vezes representar uma demora no processo, mas demora essa justificada pela importância que tem o contraditório em ser elemento essencial para um processo justo de decisão justas.

Dessa forma, reconhecendo o depoimento das partes como instrumento de oralidade no processo, haja vista representar muitos elementos buscados pela oralidade, indubitavelmente, é capaz de trazer ao processo efetividade.

4.2 Cooperação processual e a boa-fé

Calmon de Passos, ao analisar a evolução da democracia, instituída também no Brasil, constata que se passa de uma democracia liberal com “dissociação entre o político e o econômico” para uma democracia social, na qual tenta-se reaproximar as referidas esferas. Na democracia social, o Estado passa a desenvolver papéis de “promoção, coordenação e planejamento”, além de virar produtor e empresário. Esta participação integral na vida da sociedade faz do Estado uma entidade que provê, mas que também oprime⁵⁷⁵.

Estados-Membros não o dizem, como na Alemanha ou na França, ou onde não há uma constituição escrita como na Grã-Bretanha, a validade do art. 6, inciso 1, da EMRK ativa um princípio da Oralidade processual similar ao de direito constitucional, ou influencia na interpretação de garantias constitucionais gerais de direito processual. A EMRK parte do pressuposto de que, a princípio, todo processo deve contar com uma audiência oral para o debate da matéria controvertida, se uma das partes assim o quiser. Isso naturalmente não significa que o processo deve ser oral em todas as instâncias. Contudo, a partir do art. 6, inciso 1, da EMRK pode-se concluir que a EuBagVO vai longe demais ao permitir uma Escritura completa e que necessita de uma interpretação conforme aos direitos humanos no sentido de que o requerimento de audiência oral (art. 5, inciso 1, EuBagVO) deve ser sempre concedido.” (STÜRNER, Rolf. Oralidade e escritura no Processo Civil europeu. Traduzido por Ronaldo Kochem. In *Revista de Processo*. v. 223/2013, p. 111-129. Set./2013, p.7)

⁵⁷⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In *Ensaio e Artigos*. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p. 369.

Segundo o autor, a democracia social acaba por oprimir a liberdade dos cidadãos. Dessa feita, é necessário evoluir e em esfera evolutiva passa-se à democracia participativa, na qual mantém-se a ligação entre econômico e político, entretanto recupera-se a liberdade através de mecanismos de controle da sociedade que vão além do voto⁵⁷⁶. Não se busca afastar o sistema representativo-parlamentar, mas se busca ir além com uma participação ativa da sociedade e formas de relação direta com o Estado sem os intermediários que outrora impediam essa aproximação. Surge, pois, a democracia participativa⁵⁷⁷.

Essa democracia participativa acaba por influenciar o processo em si. É preciso enxergar o processo, nessa nova ótica, como instrumento político de participação, esse é o caminho que se está trilhando. O próprio reconhecimento do direito de se chegar ao Estado-juiz como um direito público subjetivo demonstra que essa é a ideia⁵⁷⁸. Para Calmon de Passos, esse novo processo precisa se basear em três princípios: uma magistratura socialmente comprometida e controlada; o reconhecimento do processo como instrumento político de participação; e a institucionalização do controle social sobre o exercício do poder político e econômico⁵⁷⁹.

Quando se fala em democracia participativa, é certo que o processo cooperativo é o seu reflexo; mais do que isso, o processo cooperativo é visto como elemento do processo justo, que é a condição de validade no processo dentro do Estado Constitucional de Direito⁵⁸⁰. Sabe-se que o processo justo é aquele que, além de ser pautado pelas garantias fundamentais, busca uma solução justa que está amparada na verdade, como já foi demonstrado.

Nesse processo justo, em que a busca da verdade é um objetivo, o papel do juiz deve ser ativo, participativo e o processo cooperativo se coaduna com isso⁵⁸¹. Como já se tratou no item 2.2,

⁵⁷⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In Ensaio e Artigos. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p.369.

⁵⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In Ensaio e Artigos. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p. 370.

⁵⁷⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In Ensaio e Artigos. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p.371.

⁵⁷⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In Ensaio e Artigos. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p.371-372.

⁵⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 67-77, Jan./mar./2012, p. 67

⁵⁸¹ “Do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível da verdade, e que, para além de prestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os participantes a

é necessário que o juiz exerça seu duplo papel: “paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão”⁵⁸². Essa maneira de tratar o juiz não afasta as partes do processo; pelo contrário, o processo colaborativo preza pelo equilíbrio entre as partes e o juiz⁵⁸³.

Pode-se dizer que o sistema brasileiro está baseado nessa premissa de processo colaborativo, já que nem informado puramente pelo princípio dispositivo nem inquisitivo. Não se verifica mais protagonismo do juiz, o que se quer do processo é a participação de todos os seus atores, trazendo para o processo uma nova dimensão do papel do juiz, que deve realizar uma gestão cooperativa do processo.

O processo colaborativo dessa maneira encontra-se mais voltado a impor determinado comportamento colaborativo ao juiz do que às partes, a despeito das críticas que sempre questionam a cooperação das partes⁵⁸⁴. Interessante perceber o julgamento que fazem dos defensores do processo colaborativo, como se a sua ingenuidade não permitisse perceber que os interesses contrários das partes geralmente fazem com que elas não colaborem. Afirma Mitidiero: “colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes”⁵⁸⁵.

observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz.” MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 67-77, Jan./mar./2012, p. 70.

⁵⁸² MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 67-77, Jan./mar./2012, p.67.

⁵⁸³ “Ora, a ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua formação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In *Revista de Processo*, v.137, p.7-31, jul.2006, p.5)

⁵⁸⁴ “Princípio da cooperação processual: esse *prêt-à-poter* ‘propicia’ que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição frágil e eficaz, a justiça no caso concreto. Mas, se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de ‘não cooperação’? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 485)

⁵⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 67-77, Jan./mar./2012, p., p. 71

Além de todo esse processo evolutivo que exige um processo colaborativo, não há que se negar que ele encontra amparo constitucional no princípio da solidariedade, inserto na Constituição Federal, art. 3º, I⁵⁸⁶. Destaca-se que apesar de referido princípio parecer não ser compatível com o processo, haja vista o conflito de interesses que nele se instala, não se pode negar que é necessário enxergar o processo além de um ringue de briga⁵⁸⁷. Além disso, alguns doutrinadores hoje veem na fraternidade uma solução para superar a sociedade individualista que se reflete no próprio processo⁵⁸⁸. Dentro deste contexto de solidariedade trazida para o processo e Direito fraterno, não há dúvida que o processo colaborativo é o que melhor se coaduna com referidas ideias.

Ademais, é visível que ao trazer uma gestão cooperativa para o processo, veem-se todos os atores dele participando, de maneira efetiva, como propõe o contraditório participativo. Atuar com cooperação, tendo em vista possibilitar o contraditório de maneira efetiva, é a forma mais eficaz de se chegar a um processo justo e efetivo⁵⁸⁹⁻⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988

⁵⁸⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Alves, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para a sua implementação. In *Revista Eletrônica de Direito processual*. v. 15, p. 240-267, jan./jun-2015, p.259.

⁵⁸⁸ “Esse modelo, derrotado pela história, se opõe fortemente à antropologia negativa do contratualismo e à forma Leviatã, em que o estado se coloca como um terceiro apto a gerar segurança jurídica e paz entre homens que não conseguem resolver seus problemas. Passados alguns séculos desde as grandes revoluções jurídicas da modernidade, o esfacelamento ético-moral da sociedade (quanto menos prevalece a ética social, mais o direito se torna necessário para estabilizar as relações e condutas humanas), a intolerância oriunda dos maniqueísmos e o excessivo apego ao judiciário como superego da sociedade (afinal não conseguimos resolver pacificamente nem a guarda do nosso animal de estimação, tendo que recorrer ao juiz para que ele estabeleça a guarda cão-partilhada, como tem se tornado comum nas ações de divórcio) são sintomas evidentes de esgotamento do atual modelo. E, para resolver esses problemas, de nada adiantam reformas processuais — logo o fórum estará congestionado de novo. Daí a atualidade da advertência do professor italiano: ou repensamos as relações jurídicas a partir de maior simetria e responsabilidade recíproca pelos nossos atos e pela guarda primária do direito do próximo, enquanto expressão maior da fraternidade, ou possivelmente, não haverá futuro para o direito.” (MARRAFON, Marco Aurélio. O futuro do Direito como Direito fraterno. *Consultor jurídico*, 29 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/constituicao-poder-futuro-direito-direito-fraterno>> Acessado em: 01 mai. 2017).

⁵⁸⁹ GRECO, Leonardo. *Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS SOBRE_A_DISCIPLINA_DAS_PROVAS_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017, p. 2.

⁵⁹⁰ Ressalta-se que Lênio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Barba e Ziel Lopes consideraram que a exigência de colaboração das partes fere o contraditório: “Uma *comunidade de trabalho* com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que *confiar às partes deveres de cooperar entre si* (sic) e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra

Ficou demonstrado, pois, que o processo colaborativo é a melhor saída considerando o estado de evolução da democracia e do processo; cumpre, pois, entender na prática como esse processo se desenvolve. Acredita-se que são os deveres impostos às partes e ao juiz que farão com que esse modelo se efetive. Em relação ao juiz, o processo colaborativo impõe os seguintes deveres: esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio⁵⁹¹. Já no que tange às partes, podem-se elencar os deveres de “respeito à boa-fé (em suas duas vertentes: objetiva e subjetiva), o dever de prestar esclarecimentos ao juiz sempre que por este exigido, o dever de comparecimento na presença do juiz sempre que a tanto instadas e, por fim, a redução do dever de sigilo ou de confidencialidade⁵⁹²”.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou⁵⁹³, positivando no ordenamento jurídico o processo colaborativo, ao prever em seu art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”⁵⁹⁴. Para Humberto Dalla, o que se busca com a cooperação das partes é “uma atuação ética e correta dos indivíduos na exposição dos fatos, na defesa de seus direitos e na identificação das questões que realmente reclamam a intervenção judicial⁵⁹⁵”. Com a inovação do Código de Processo Civil, esta obrigação de colaborar se estende a terceiros, que também devem agir com boa-fé.

Com relação ao direito probatório, a gestão cooperativa do processo encontra guarida na flexibilização do procedimento, admitindo convenções processuais sobre o procedimento (art.

vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Este é o busílis da questão.” (STRECK, Lenio Luiz; Delfino, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição, 23 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acessado em: 02 mai. 2017).

⁵⁹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador, JusPodvim, 2013, p.198-199

⁵⁹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador, JusPodvim, 2013, p. 194-195

⁵⁹³ O processo colaborativo parece ter origem na Alemanha, mas já existia em Portugal e no Estados Unidos. No Brasil adotou-se um sistema misto que conta com uma cláusula geral e cláusulas específicas, permitindo a aplicação da cooperação em situações atípicas. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Alves, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para a sua implementação. In *Revista Eletrônica de Direito processual*. v. 15, p. 240-267, jan./jun-2015, 253-254)

⁵⁹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 240-267, jan./jul. 2015, p. 258.

190⁵⁹⁶) e na admissão de fixação de calendário (art. 191 e art. 357, §8⁵⁹⁷); na possibilidade de delimitação consensual das questões de fato (art. 357, §2⁵⁹⁸); na exigência de autorização das partes para a cisão da prova oral (art. 365⁵⁹⁹); e na possibilidade de escolha consensual de perito (art. 471⁶⁰⁰); além da regulamentação do interrogatório livre (art. 139, VIII⁶⁰¹). Todos esses instrumentos contribuem para a implementação de um processo colaborativo, fomentado pelo contraditório efetivo e possibilitando o diálogo entre os atores processuais⁶⁰².

Como ficou demonstrado a cooperação processual se baseia na boa-fé, a qual também instituída pela primeira vez no Código de Processo Civil em sua concepção objetiva (art. 5º). A primeira premissa que deve se partir é que o instituto da boa-fé, apesar de ter origem no direito material, aos poucos migrou para o direito processual e hoje obriga “os intervenientes do processo, embora possam desempenhar vários papéis, (...)dizer a verdade, sob as penas rigorosas da lei⁶⁰³”

A boa-fé se subdivide em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, em que a primeira se apresenta no comportamento das partes e a segunda está na intenção do agente. Hoje o Código de Processo Civil exige, nos termos do art. 5º⁶⁰⁴, que o comportamento de todos os envolvidos no processo seja

⁵⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁹⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁵⁹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁰⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁰² GRECO, Leonardo. *Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS SOBRE_A_DISCIPLINA_DAS_PROVAS_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017, p.2-3.

⁶⁰³ DONNINI, Rogério José Ferraz. *Bona fides: do direito material ao processual*. In: *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 251, p. 113-126, jan. 2016.

⁶⁰⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

pautado pela boa-fé, por este dispositivo estão alcançados não só as partes, mas também o juiz e todos os terceiros que de alguma forma se envolverem no processo⁶⁰⁵.

A boa-fé objetiva apresenta desdobramentos, quais sejam: (a) *supressio*: que aponta que o não-exercício reiterado de um direito faz com que esse direito se perca; (b) *surrectio* faz com que o exercício reiterado de um direito inexistente tenha força para criá-lo; (c) *venire contra factum nom proprio*: torna inválido qualquer ato posterior contrário a ato anterior; (d) *tu quoque*: anula atos que rompem a relação de confiança, surpreendendo a outra parte⁶⁰⁶.

Cramer destaca que na relação processual a *supressio* já se encontra institucionalizada pelas preclusões. A *surrectio*, em regra, não é aplicável, haja vista se tratar de direitos subjetivos públicos que não podem ser criados a partir de determinada conduta do agente, mas apenas por lei. Sendo assim, são pouquíssimas e discutíveis as hipóteses de incidência. Já com relação ao *tu quoque*, se vê uma aplicação mais possível ao Direito Processual, como, por exemplo, quando o juiz saneia o processo, produz provas e por fim emite decisão em que extingue o processo por falta de pressuposto. Neste contexto é o *venire contra factum proprio* o desdobramento com mais aptidão para o processo. A jurisprudência vem reconhecendo que atitudes contraditórias devem ser anuladas.

Importante ressaltar que esse dever de boa-fé e lealdade se estende também ao juiz⁶⁰⁷, exigindo dele uma postura ativa diante do processo, colaborando com as partes. No que tange ao depoimento das partes, tem-se que a cooperação e a boa-fé são elementos indissociáveis de uma boa persecução da verdade por meio desse instrumento. Tanto a cooperação quanto a boa-fé irão balizar o referido instrumento de forma a torná-lo um efetivo instrumento de realização de um processo justo.

Com relação a cooperação, ficou claro até aqui que é uma exigência de comportamento ético das partes para identificar o que realmente reclama a intervenção judicial. Sendo assim, o

⁶⁰⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º ao 12. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58-97, p. 71.

⁶⁰⁶ CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et.al. *Novas tendências do Processo Civil*. v.3. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 625- 634, p. 629-630.

⁶⁰⁷ “A lealdade funciona como um “guia interpretativo” ao magistrado, além de lhe impor prestações processuais (comissivas e omissivas) e, ainda, restringir-lhe posições jurídicas de vantagem.” (FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412.)

depoimento das partes, tanto na modalidade de depoimento pessoal ou de interrogatório livre, se apresenta como apto a possibilitar que as partes juntamente com o juiz, numa atitude colaborativa, possam identificar qual realmente é a demanda que exige essa intervenção. Além disso, o papel do juiz de colaborar com a parte também resta evidenciado quando determina o interrogatório livre, fomentando o contraditório participativo, capaz de auxiliar na busca da verdade ou até mesmo de uma autocomposição.

No que tange a boa-fé, tem-se, da mesma forma, que o depoimento das partes é um instrumento que possibilita sua manifestação no processo. Como exposto acima, a boa-fé envolve o dever de comparecer na presença do juiz sempre que solicitado, prestando os esclarecimentos que lhe forem exigidos, não resta dúvida de que o interrogatório livre é a materialização no processo da boa-fé.

Sendo assim, a cooperação e a boa-fé estão intimamente ligadas ao depoimento das partes e fornecem diretrizes para que referidos meios de prova possam contribuir com um processo mais justo e efetivo.

Cumpre, já rumando ao final, enfrentar algumas questões que envolvem diretamente o tema do depoimento das partes.

4.3 O impacto da atuação do juiz comprometida com o processo justo ao colher o depoimento das partes na busca da verdade

Rodrigues ao escrever sobre as “virtudes do depoimento pessoal” dizia que o depoimento pessoal é o “primo pobre” das provas e alertava que “esse preconceito contra o depoimento não corresponde à real eficácia dessa prova, pois ao tomar assento na cadeira pode estar sentando sobre um formigueiro, conforme a habilidade do juiz na formulação de perguntas⁶⁰⁸”.

Pois é exatamente isso que vem se tentando demonstrar ao longo desse trabalho. A despeito de a parte ser uma fonte prova altamente suspeita, essa sua suspeição é declarada, ou seja, não há quem, ao tomar um depoimento de uma parte envolvida diretamente num litígio, vai desconsiderar

⁶⁰⁸ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. In *Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. p. 235-238, abr. 1991, p. 1.

o fato desse envolvimento. Tem-se, dessa forma, que a sua suspeição de alguma maneira resta neutralizada no conhecimento do julgador que a reconhece suspeita. O que não se dá, por exemplo, com testemunhas, que bem instruída pode depor sem levantar suspeitas acerca de sua suspeição, mas na realidade se apresenta, por vezes, tão suspeita quanto a própria parte, contudo o desconhecimento sobre essa suspeição não permite que esta seja neutralizada na valoração da prova.

Todavia, para que o depoimento das partes na sua modalidade de interrogatório livre, seja um objeto apto a auxiliar na busca da verdade faz-se indispensável que o juiz tenha habilidade para tomar-lhe. Não se diz aqui que o juiz deve construir armadilhas, mas que ele deve conhecer o processo de maneira a encadear os fatos logicamente antes mesmo de tomar o interrogatório. Assim, quando o fizer poderá se beneficiar da “lógica da verdade”⁶⁰⁹ para reconhecer os deslizos do depoimento das partes.

O grande problema é que muitas vezes pelo volume enorme de processos que assoberba o Judiciário, o juiz não é capaz de tão bem conhecer o processo antes da audiência, vai fazê-lo quando da audiência⁶¹⁰. E na audiência, preocupado com sua pauta não se empenha ao tomar o interrogatório livre, praticando aquele ato de forma automática e superficial⁶¹¹, desperdiçando o momento de imediatidade, que muito pode elucidar através não só do depoimento em si, mas de todas as atitudes da parte, como fala, gestos e expressões; uma possibilidade de se aproximar mais da verdade real.

⁶⁰⁹ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. *In Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. P. 235-238, abr. 1991, p. 1.

⁶¹⁰ Era interessante que a essa altura pudesse estudar os fatos com vagar, além disso a inquirição devia se dar em lugar agradável – As circunstâncias reais são bem diferentes. Há, portanto, uma grande perda do ponto de vista da fecundidade da prova, da sua utilidade, da capacidade para ministrar elementos valiosos ao convencimento do órgão judicial. (BARBOSA MOREIRA. O juiz e a prova. *In Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul.-Set./1984, 3-4.)

⁶¹¹ Ressalta-se que Ovídio Batista já combatia a questão no início da década de noventa do século passado, imaginem sua percepção dessa situação nos tempos atuais em que houve uma progressão geométrica com relação ao número de processos: “Nossos juízes, em geral, assoberbados com o volume sempre crescente de trabalho forense reduzem ao mínimo as entrevistas pessoais com os litigantes a ponto de transformá-las em apressados contato protocolares e superficiais, de duvidosa utilidade como exercício efetivo da imediatidade, neste ponto, que poderia realmente ser uma fonte relevante para o esclarecimento do litígio.” (SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1, 298)

Além disso, é no interrogatório livre realizado à luz do processo justo que o juiz pode incentivar as partes ao diálogo⁶¹² e dali obter uma composição, que quase sempre, quando realizada de forma livre e consciente, representa a melhor solução do litígio⁶¹³.

O que se deve afirmar é que a sociedade evoluiu e requer um juiz comprometido e engajado⁶¹⁴ e é esse tipo de juiz que deve tomar o interrogatório livre das partes. Se assim for feito, não restam dúvidas de que se alcançará um resultado que se conforma o máximo possível com a verdade.

Resta investigar se podem as partes limitar esse poder do juiz de tomar o interrogatório livre delas através de convenções processuais, tema que se aborda no próximo item.

4.4 A análise da admissibilidade de negócios processuais que limitem a possibilidade de o juiz utilizar o depoimento da parte como fonte de prova

O movimento a favor da cooperação processual, ou seja, da ausência de protagonismo no processo, devendo todas os atores processuais dele participarem de maneira equânime e

⁶¹² Também pelo diálogo o juiz participa em contraditório. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimento sobre a causa, durante o processo, estaria *prejudgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que o juiz não perde a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as *esclarece* sobre a distribuição do ônus da prova ou quando *adverte* da necessidade de provar melhor. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230)

⁶¹³ Tal questão será retomada no item 4.7

⁶¹⁴ Nesse sentido Mancuso: “Esse desejável *salto de qualidade* na prestação jurisdicional faz a diferença entre o sigilo “dizer o Direito” e a *realização equânime e convincente da ordem jurídica em sua integralidade*, tarefa que ultrapassa os lindes da estrita crise jurídica, para alcançar outros patamares, subjacentes ou pressupostos tais as repercussões nos planos social, econômico e político. Só esta postura *holística* pode garantir que o conflito venha realmente superado, porque, do contrário, os demais pontos de tensão, deixados em aberto, tenderão a recrudescer e formar novas lides, instalando-se um perverso círculo vicioso”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.117). Também Gustavo Quintanilha Telles Menezes: “A ideia de um juiz ativo representa um rompimento com a postura positivista. Designa a atitude do juiz que, recusando-se a ser um cego aplicador da lei, participa efetivamente do processo de formação da norma jurídica. Não é o julgador apenas o instrumento de revelação da norma jurídica previamente ela borada. Ele não pode ser considerado tão somente como *a boca da lei*”. (MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A Atuação do juiz na direção do processo. In FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179-229, p. 196)

equilibrada, fez com que o Código de Processo Civil de 2015⁶¹⁵, apesar de perder seu caráter puramente individualista do diploma anterior de 1973⁶¹⁶, reavivasse o papel da autonomia da vontade das partes a partir da inserção da cláusula geral de negócios processuais, prevista no art. 190.

Alguns defendem que essa opção fez cair por terra de vez um “dogma da irrelevância da vontade das partes”⁶¹⁷. Para estes havia uma “premissa de processo lastreada no protagonismo judicial”, o que se deu com a onda que inspirava a Europa a partir do Código de Klein do final do século XIX⁶¹⁸. Entretanto, há algum tempo, Barbosa Moreira já defendia que o processo deve servir às partes, mas também à sociedade, que aparece representada pelo juiz⁶¹⁹ e mais que a “divisão de trabalho” entre juiz e partes no processo varia no tempo⁶²⁰. Ou seja, não se acredita que havia essa concepção tão maniqueísta sobre a autonomia da vontade das partes.

Tanto é verdade que na história da codificação do Direito Processual brasileiro, verifica-se que, desde o Código de Processo Civil de 1939, havia a previsão de figuras negociais típicas, o que foi mantido no Código de Processo Civil de 1973 com pouquíssima alteração. Todavia reconhece-se que de fato o tema atinge “efervescência” com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e a previsão da cláusula geral de negócios processuais⁶²¹.

⁶¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶¹⁶ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁶¹⁷ FARIA, Guilherme Henrique Lage. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. Salvador: JusPodvim, 2016, p.47.

⁶¹⁸ FARIA, Guilherme Henrique Lage. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. Salvador: JusPodvim, 2016, p.47-49.

⁶¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40, p. 52.

⁶²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 35.

⁶²¹ “Superada a fase fragmentária dos Códigos estaduais, sobreveio a unificação do direito processual civil com o Código de Processo Civil de 1939, a prever figuras negociais típicas como a transação (art. 206), desistência da demanda (art. 206), a revogação do recurso por substituição (art. 809), a suspensão da instância por convenção das partes (art. 197, II). O advento do Código de 1973, para além daquelas figuras já antes mencionadas (salvo a renegociação por substituição do recurso, que deixou de ser prevista), introduziu-se um regime geral dos atos processuais, dentro do qual se buscou uma definição ampla dos atos das partes (art. 158), que permite, por si só, justificar a presença de negócios processuais praticados pelas partes. Com a aprovação do Código de Processo Civil em 2015, o tema entrou em efervescência. Durante a tramitação legislativa, por ocasião do estágio em que o Projeto

Entretanto não é o objeto do presente item tratar dessa divisão de trabalho, tampouco da evolução dos negócios processuais no ordenamento brasileiro, mas diante da cláusula geral de negócios impõe-se questão muito relevante no que diz respeito ao depoimento das partes no processo. Um negócio firmado pelas partes pode impedir que o juiz se utilize do interrogatório livre? Ou seja, pode um negócio entre as partes limitar o poder de instrução do juiz?

A questão, apesar de pouco discutida na doutrina, apresenta posições divergentes. Por sua vez, na jurisprudência, não existem dados que nos demonstrem decisões judiciais admitindo ou não as convenções que impeçam o juiz de determinar o interrogatório livre. A lei também não é precisa ao tratar o tema, eis que a cláusula geral permite os negócios quando o processo tratar de direito disponíveis, podendo as partes dispor sobre procedimentos acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres, sendo que no parágrafo único permite ao juiz em determinadas situações controlar a validade das convenções. Sendo assim, cabe um esforço em compreender e se posicionar sobre a questão que tanto se aproxima do objeto deste trabalho.

Apesar de a cláusula geral ser bem abrangente, o parágrafo único dispõe haver limites para a utilização das convenções. Cumpre, pois, compreender quais são esses limites dos negócios e como eles devem ser trabalhados. Neste ponto Cabral traz uma importante sistematização sobre o tema, sendo que, para ele, no que tange às convenções atípicas, é necessário “buscar no sistema processual parâmetro para aferir a admissibilidade e validade dos acordos processuais”⁶²², recorrendo à analogia ou aos princípios de direito.

Para o autor, as partes podem dispor de alguma forma de garantias constitucionais, mas esse autorregramento da vontade das partes tem limites internos, que decorrem da própria liberdade que não pode ser ilimitada, e externos, que é a colisão da liberdade com outras garantias constitucionais. Dessa conclusão ele propõe um método para reconhecer estes limites a ser desenvolvido em três etapas⁶²³.

de lei se encontrava ainda em discussão na Câmara dos Deputados (PL nº 8.406/2010) foi recepcionada nossa sugestão para inserção, no texto projetado, de uma cláusula geral de negociação processual. O texto foi aprovado nas duas casas legislativas, com algumas variações redacionais, e a partir do enunciado normativo do art. 190 do CPC/2015.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador, JusPodvim, 2017, p. 141.)

⁶²² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 331.

⁶²³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 331.

A primeira etapa consiste da identificação dos direitos fundamentais. Já na segunda etapa, que é exigível em se tratando de sistema híbrido como o brasileiro que conta com convenções típicas e atípicas, deve se investigar se apesar da aplicação da cláusula geral ao caso em questão existe alguma convenção típica que possa ser aplicada por analogia. Por fim, a terceira etapa exige a identificação do núcleo essencial da garantia e se ele será atingido pela convenção⁶²⁴.

Leonardo Greco, por sua vez, determina os limites entre a autonomia das partes e os poderes do juiz vinculados a três fatores:

a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e a 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 defesa; e c) à preservação e observância das garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.⁶²⁵

Ao analisar a possibilidade dos negócios quando o tema é limitação da instrução probatória pelo juiz, sugere-se uma análise sob os critérios balizados acima, comparando-os e verificando a possibilidade de impô-los em conjunto.

Dentro desta proposta o primeiro critério que se impõe é a verificação de se tratar de direito disponível, situação determinada pela lei e elencada por Greco. Todavia na doutrina muito discute a seu respeito, principalmente pela dificuldade de atingir o seu significado e pela não ocorrência necessária de indisponibilidade de direito processual quando se tem a indisponibilidade de direito material⁶²⁶. Apesar da importância do tema, a considerar o objeto deste estudo, não apresenta maior importância investigá-lo, já que a possibilidade de negócios que afastem o poder instrutório do juiz não toca um direito material especificamente, devendo essa análise, se for o caso, ser realizada no caso concreto.

⁶²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 332-340.

⁶²⁵ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.1, n.1, p.7-28, out.-nov./2007, p. 10.

⁶²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 295-300. Neste mesmo sentido o enunciado nº 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – III FPPC*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: < <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf> >. Acesso em 12 dez. 2017.)

O segundo critério adotado por Greco, e de alguma forma reconhecido por Cabral e apesar de não estar literalmente previsto na lei também por ela reconhecida, é a paridade de armas. Diz-se que de alguma forma aceito por Cabral e previsto na lei porque se trata de uma garantia processual fundamental. Neste caso também, a questão vai ser de análise do caso concreto, pois a limitação da produção de prova que tenha o depoimento da parte como fonte por convenção das partes por si só não fere a igualdade, mas pode ser que limite determinado negócio específico⁶²⁷.

Cabral fala da possibilidade de analogia a algum negócio típico estabelecido legalmente. Apesar de nem a lei e nem Greco suscitarem a questão, entende-se que tendo por base que o objeto deste trecho do trabalho (convenções que limitem produção de prova pelo juiz) não encontra na legislação nenhuma situação análoga, dispensa-se aqui uma análise pormenorizada da questão.

Vencidos esses critérios, chega-se aos dois que se entende serem pertinentes ao estudo do tema. O primeiro está disposto na lei e diz que a parte pode convencionar acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres, impondo-se a primeira questão: os poderes instrutórios do juiz são ônus, poderes, faculdades ou deveres das partes? E, em seguida: as convenções não podem ferir o “núcleo essencial” dos direitos e garantias fundamentais. As questões não parecem tão simples assim, entretanto a doutrina por vezes tem lhe tratado com muita simplicidade, como se demonstra a seguir.

Didier não vê impedimento para as partes fazerem negócios processuais acerca das provas e o juiz deve respeitar, inclusive se sua atividade de determinação de prova de ofício for limitada. Para ele “não há *inércia*, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinado meio de prova”⁶²⁸. Todavia, o autor supracitado destaca o fato de a convenção não impedir a instrução

⁶²⁷ Neste contexto Paulo Osternack Amaral ao tratar especificamente da atividade probatória exemplifica: “não será lícito convencionar, por exemplo, que apenas uma das partes poderá produzir provas ou que somente o réu poderá falar sobre provas produzidas de ofício pelo juiz”. (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 144). Para Ludmilla Camacho Duarte Vidal a dimensão da igualdade vai além da paridade de armas abarcando: “i) análise *concreta* de alguma situação externa que possa representar desequilíbrio ao exercício do direito de ação e de defesa no processo; ii) a igualdade de oportunidades durante o desempenho das posições jurídicas processuais equilibradas (concepção dinâmica); iii) bem como a compreensão institucional do direito como unidade, refletido pela coerência das decisões judiciais.”(VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 204).

⁶²⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 91 “É possível a existência de negócios probatórios atípicos. Uma vez observados os pressupostos do art.190 e sendo válido o negócio jurídico processual, o juiz fica a ele vinculado. Alguns exemplos – relembre-se: é preciso que negócio processual seja válido: a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio

probatória feita pelo juiz, quando as partes transigem sobre ônus probatório, desde que obedeça aos limites a ele impostos, já que a convenção diz respeito ao ônus objetivo, ou seja, quem suportará as consequências em caso de insuficiência probatória; posto isso, não há que se falar em proibição de o juiz produzir a prova⁶²⁹.

Neste sentido também Blecaute Oliveira Silva, que discute em artigo específico sobre a possibilidade de a verdade ser objeto de negócio jurídico processual. Em seu texto, o autor trabalha a tese da verdade negociada desenvolvida por Taruffo⁶³⁰ e o critica dizendo que “é plenamente possível a existência de negócio jurídico apto a dispor sobre prova, desde que não haja vedação na ordem jurídica positiva”⁶³¹. Para ele, a verdade não é um fim do processo, mas tão-somente a “legitimação da decisão jurídica com relação ao antecedente da norma de decisão”⁶³².

Segundo o autor, “não está a dispor sobre a verdade, mas dos meios para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão”⁶³³. Ora, ao estabelecer os meios necessariamente pode se afastar da verdade, então de alguma forma se está negociando a busca pela verdade, que é feita

de prova; b) se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; c) se houver convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º a 4º), o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim” p.91. Neste sentido também Alexandre Câmara: “Poder-se-ia, então, afirmar a validade de um negócio processual em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um determinado meio de prova? Afinal, o juiz tem o poder de determinar *ex officio* as provas que entenda necessária para o julgamento da causa. A resposta, porém, é inequivocamente positiva. Em primeiro lugar é preciso perceber que se, de um lado, é do juiz o poder de determinar a produção de provas, de outro lado é das partes o ônus da prova, além de terem elas o ônus de praticar atos necessários à produção das provas. Assim, por exemplo, de nada adiantaria o juiz determinar, de ofício, a produção de prova pericial se as partes convencionaram que não haveria pagamento de honorários ao perito.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas. 2015. p. 127).

⁶²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 121.

⁶³⁰ Para Taruffo: “(...) a não contestação da alegação de um fato não tem, por si só, qualquer efeito vinculante, nem para as partes nem para o juiz: não se trata de um negócio estipulado entre as partes, mas sim de uma situação em que não se elimina o valor da verdade como condição de justiça da decisão; resulta de qualquer modo, oportuno minimizar a eventualidade de que uma decisão seja tomada sem uma apuração efetiva da verdade dos fatos relevantes”. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 272).

⁶³¹ SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 283-306, p. 291.

⁶³² SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 283-306, p. 301.

⁶³³ SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 283-306, p. 302.

através das provas. Referido autor ainda destaca a importância dos negócios sobre prova como instrumento a fomentar o contraditório na sua modalidade de influência na decisão do litígio⁶³⁴⁻⁶³⁵.

Em sentido contrário, Lucon admite que as partes convençionem sobre matéria probatória, inclusive rejeitando a produção de uma determinada prova, entretanto entende não ser possível que a parte suprima o poder do juiz de ofício determinar aquela prova⁶³⁶. Neste sentido também Diogo Almeida, que se apoia na tese da verdade negociada de Taruffo, e defende que a busca da verdade compõe a ordem pública processual e por este motivo não pode haver negócios processuais que a violem⁶³⁷.

Feita essa breve exposição acerca do “estado da arte” que envolve o tema, cabe expor o posicionamento desse estudo.

Primeiramente com relação à primeira questão que envolve a cláusula geral das convenções do sistema legal brasileiro que prevê que as partes podem dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres, cumpre investigar se a determinação de determinada prova de ofício encontra-se dentro do âmbito dos ônus, poderes, faculdades e deveres das partes. Não parece que aí esteja inserida tal determinação, pelo contrário, a referida determinação está inserida no âmbito

⁶³⁴ Godinho em sua obra acerca das convenções sobre ônus probatórios não enfrenta diretamente a questão, mas deixa seu entendimento no sentido de admitir as convenções que limitem os poderes instrutórios do juiz ao tratar do projeto de Código Comercial, para o autor: “(...) a proposta legislativa implica a plena aceitação da produção de prova sob a perspectiva das partes, vinculando o ônus da alegação ao ônus da apresentação de documentos, que não poderá ser complementado pelos poderes instrutórios do juiz, limitados pela disposição das partes, não podendo prevalecer uma espécie de paternalismo processual” (GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.231).

⁶³⁵ SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 283-306, p. 303.

⁶³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários dos arts 332 ao 381. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 571-588, p. 573.

⁶³⁷ “Definida a abrangência da busca da verdade, é lícito asseverar que a ordem pública processual impede cláusulas ou convenções que proíbam a determinação de prova *ex officio* ou vinculam o juiz à aceitação exclusiva de determinado meio de prova, por exemplo, sem conferir-lhe a possibilidade de contribuir, caso julgue necessário, na investigação processual razoável. Afigura-se lícita a cláusula de diferindo pela qual as partes elegem o perito que funcionará em futuro e eventual processo, mas a disposição contratual não pode impedir que o juiz, não se satisfazendo em absoluto com o laudo apresentado, nomeie outro profissional para uma segunda perícia. Também é possível o estabelecimento pela autonomia da vontade das partes de uma presunção relativa acerca da existência de determinado fato, não sendo permitida, porém, a fixação de presunção absoluta, que retiraria do juiz a possibilidade de determinar produção de prova em contrário.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 171).

dos poderes do juiz, sendo assim não se pode permitir que as partes possam dispor sobre isso⁶³⁸. O alegado justifica-se no campo material, uma vez que a autonomia da vontade das partes é limitada ao âmbito das próprias partes, e no campo processual, já que os poderes instrutórios do juiz lhe foram concedidos constitucionalmente para que o juiz preste uma tutela jurisdicional efetiva e justa⁶³⁹.

Já com relação à violação de garantia fundamental, recorre-se à lição de Greco, que há mais de 10 anos atrás se ocupou do tema cuja cláusula geral ainda não estava positivada no sistema brasileiro e afirmava com base nos critérios suprarreferidos que “no sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade”⁶⁴⁰. Isso porque a busca da verdade compõe o processo justo, e, portanto, as garantias fundamentais.

Cumprе salientar que a questão em apreço tem íntima ligação com o tratamento dispensado aos poderes instrutórios do juiz dentro de determinado sistema processual. Como destacado no capítulo 2 deste trabalho, o modelo ideal de poderes instrutórios é aquele estabelecido pelo anteprojeto elaborado na UERJ⁶⁴¹. Todavia, enquanto a questão não se encontra regulamentada de maneira tão precisa no sistema processual brasileiro, se deve tratar do tema com base em algumas premissas.

⁶³⁸ Neste aspecto se utiliza das lições de Marcelo Barbi Gonçalves que ao dispor sobre negócio jurídico processual no Código de Processo Civil de 2015 afirmou: “às partes é lícito exclusivamente convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ou seja, não o podem fazer quanto ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais alheios” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *Laissez-Faire* probatório no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 843-864, p. 860.)

⁶³⁹ Para o autor, nesses casos o “negócio jurídico processual pactuado é existente, válido, mas relativamente ineficaz em relação ao juiz, o qual não está obrigado a se limitar ao laudo da lavra do experto designado pelos interessados sem o seu consentimento.” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *Laissez-Faire* probatório no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 843-864, p. 860)

⁶⁴⁰ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.1, n.1, p.7-28, out.-nov./2007, p. 24.

⁶⁴¹ Cumprе salientar que o referido anteprojeto dispõe no parágrafo único do art. 13 que “a convenção probatória que excluir determinado meio de prova ou manifestar preferência por algum deles não vinculará o juiz, nos termos do art. 11”, ou seja, reforça o que vem se afirmando aqui se utilizando dos parâmetros auferidos no art. 11 que trata de poderes instrutórios (GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015, p.19)

O juiz não pode ser absolutamente inerte em matéria probatória, todavia ao se tratar de direitos indisponíveis essa atividade instrutória pode representar a principal do processo, ao passo que, quando se tratar de direitos disponíveis, tal atividade é subsidiária, mas em hipótese nenhuma o juiz pode se ver afastado da verdade e nada fazer para retomá-la. É certo que essa atividade deve ser exercida com parcimônia, para se afastar do autoritarismo, mas deve ser levada em conta nos termos do modelo de processo colaborativo, sempre em conjunto com as partes, mas com uma postura ativa, jamais inerte⁶⁴².

Estabelecido em termos gerais, cumpre por fim analisar a possibilidade da existência de negócios processuais que limitem a possibilidade de o juiz utilizar o depoimento da parte como fonte de prova. Apresentam-se nesses casos três situações diferentes, quais sejam: o depoimento pessoal, a confissão e o interrogatório livre.

Com relação ao depoimento pessoal, partindo da premissa de que ele somente poderá ser requerido pela parte contrária, não podendo ser determinado de ofício, como explicitado no capítulo 3, tem-se que *a priori* o negócio jurídico estabelecido entre as partes que impossibilite o juiz de determiná-lo é válido e eficaz. Diz-se *a priori* porque no caso concreto ele deverá ser analisado em todos os seus elementos. Ora, se o poder para requerer a referida prova só é da parte, não se está burlando a autonomia da vontade das partes, nem tampouco violando nenhuma garantia.

Com relação à confissão, a questão é mais simples, pois trata por si só de ato de disposição das partes⁶⁴³, portanto não há que se falar em violação de garantia, tampouco de burla à autonomia das partes, visto que é oriunda única e exclusivamente da vontade das partes. Entretanto, como destacado no capítulo 3, não se admite no sistema processual vigente tratá-la como prova plena na valoração.

Por fim, com relação ao interrogatório livre, ato exclusivo do juiz, que se entendeu até que possa ser requerido pela própria parte que irá depor, mas dependendo necessariamente da concordância do juiz, não pode ser limitada sua produção por convenções aderidas pelas partes sem a concordância do juízo.

⁶⁴² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119

⁶⁴³ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.1, n.1, p.7-28, out.-nov./2007, p.24

Visto estes pontos, mais tocantes à atuação do juiz, passa-se a analisar os problemas que podem existir com relação à colaboração das partes na busca da verdade, tratando-se primeiramente da tensão existente entre a busca da verdade e o direito de não produzir prova contra si mesmo.

4.5 O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a cooperação nos depoimentos das partes

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um sistema de compromisso com a verdade, não só com relação à atividade jurisdicional, mas o legislador se preocupou, seguindo uma tendência já existente desde o Código de Processo Civil de 1939, em obrigar as partes a este compromisso, o que representa um dever de veracidade e boa-fé.

Nesse sentido, se observa o art. 77, I que prevê que os fatos devem ser expostos no processo conforme a verdade⁶⁴⁴. Na mesma direção o art. 378 que mais abrangente que o art. 77 estende o dever de colaboração com a busca da verdade no Judiciário a qualquer pessoa⁶⁴⁵. Também fomentando o dever de veracidade, observa-se o sistema implementado para o depoimento pessoal, que obriga a parte a comparecer em juízo para depor, sob pena de confesso, bem como a responder todas as perguntas, sem ser evasiva (arts. 385, § 1º e 386⁶⁴⁶).

Dessa forma, entende-se que fica evidenciado o dever da parte de dizer a verdade, ou seja, no processo civil a parte não está autorizada a mentir e se assim o fizer poderá ser punida por litigância de má-fé.

Entretanto, a despeito de toda essa sistemática estabelecida, o legislador inseriu no referido diploma o art. 379 que em seu *caput* institui um direito de a parte não produzir provas contra ela mesma⁶⁴⁷. Tal dispositivo não se coaduna com o resto da sistemática estabelecida, pois ao mesmo

⁶⁴⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁴⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

tempo que resta estabelecido um dever geral de privacidade, se estabelece uma exceção no que diz respeito à produção de provas contra si mesmo. Cumpre destacar que o referido dispositivo não constava da versão que foi aprovada no Senado, tendo sido inserido por emendas na Câmara dos Deputados⁶⁴⁸, o que explica essa incongruência do referido dispositivo com toda a sistemática de dever de veracidade e boa-fé.

Cria-se, portanto, pode-se dizer uma antinomia legal, uma vez que não são compatíveis o compromisso com a verdade e a ressalva de não fazer prova contra si mesmo ampla e irrestrita. Como é sabido, as antinomias devem ser combatidas pela aplicação de três critérios, quais sejam, hierarquia, cronologia e especialidade. Com relação à hierarquia e à cronologia, resta evidente que não serão suficientes para extirpar as antinomias, já o critério de especialidade poderia, em tese, suscitar mais dúvidas, contudo, também não é aplicável, pois ambas normas são utilizadas em matéria de prova no processo civil. Sendo assim, nenhum critério de antinomia é capaz de solucionar o problema⁶⁴⁹.

A solução trazida por Iocohama com o intuito de compatibilizar o problema com o ambiente ético e de veracidade criado pelo Código de Processo Civil de 2015 é buscar uma interpretação restritiva para o dispositivo, limitando a sua aplicação apenas à não autoincriminação penal⁶⁵⁰.

Importante salientar que este é o entendimento a respeito do assunto, tendo em vista que a garantia à não-autoincriminação está prevista na Constituição Federal com relação à esfera criminal⁶⁵¹, também no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁵², na Convenção Americana sobre

⁶⁴⁸ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 25-54, p. 40.

⁶⁴⁹ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 25-54, p. 46-47.

⁶⁵⁰ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 25-54, p. 52.

⁶⁵¹ Vide art. 5º, LXIII (BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988).

⁶⁵² Vide art. 14, nº 3, g (BRASIL. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em 15 dez. 2017).

Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)⁶⁵³ e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁶⁵⁴.

Observa-se que a própria legislação cível e administrativa prevê situações em que a abstenção da parte em colaborar com a busca da verdade leva a presunções contrárias a ela, como ocorre também com a confissão ficta⁶⁵⁵ e o dever de apresentar documento⁶⁵⁶. O Código Civil admite presunção contrária àquele que se nega a fazer perícia médica⁶⁵⁷, já o Código de Trânsito prevê sanções administrativas derivadas da presunção em desfavor daquele que se nega a realizar exame de alcoolemia⁶⁵⁸.

Na doutrina parece também pacífico que o direito de não se autoincriminar se restringe à esfera criminal, sendo este o entendimento de Humberto Theodoro Júnior⁶⁵⁹, Paulo Henrique dos

⁶⁵³ Vide art. 8, nº 2, g (BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. *Pacto São José da Costa Rica*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acessado em 15 dez. 2017).

⁶⁵⁴ Vide art. 55, nº 1, a (BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acessado em 15 dez. 2017).

⁶⁵⁵ Vide art. 385, §1º (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

⁶⁵⁶ Vide art. 400, (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

⁶⁵⁷ Vide art. 232 (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 17 dez. 2017).

⁶⁵⁸ Vide arts. 165 A e 277 (BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm> Acessado em: 17 dez. 2017)

⁶⁵⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 4 v. V. 1, p. 946.

Santos Lucon⁶⁶⁰, Fredie Didier Jr.⁶⁶¹, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁶⁶².

Neste ponto cabe tocar, inclusive, na possibilidade de escusa de depor prevista no inciso I do art. 388⁶⁶³, que permite à parte não depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados. Não resta dúvida que a referida exceção se encontra totalmente compatível com a garantia de silêncio constitucional restrita apenas a fatos criminosos.

⁶⁶⁰ O *caput* do art. 379 reafirma, no âmbito do processo civil, o direito da parte de não produzir prova contra si. É preciso, naturalmente, compatibilizar esse direito, também aplicável ao processo civil, especialmente naqueles processos de índole nitidamente sancionatória, pois claramente se aproximam daqueles de natureza penal, com o dever de colaboração que as partes devem ter com o Poder Judiciário. Se o direito da parte de não produzir prova contra si comprometer o cumprimento com exatidão das decisões judiciais, isso deverá ser levado em conta pelo magistrado, com aplicação de sanções decorrentes da litigância de má-fé (art. 77, IV, c/c o art. 80, IV, e art. 81). É preciso lembrar também que o direito de não produzir prova contra si mesmo, com a não presunção de culpabilidade decorrente do uso de tal direito, deve ser visto com certa parcimônia na esfera cível e administrativa. A não interferência na liberdade do indivíduo é imperativa em todo e qualquer âmbito, no entanto, no cível e no administrativo, existem regras pelas quais a inércia da parte milita em desfavor da parte. É o que demonstra o art. 232 do Código Civil, de acordo com o qual “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir prova que se pretendia obter com o exame”. No mesmo sentido é a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade”. Já na esfera administrativa há a previsão de aplicação de sanções administrativas em decorrência de embriaguez ao volante do condutor que se recusa ao teste de bafômetro (art. 165 c/c o art. 277, § 3.º, do Código de Trânsito Brasileiro). A recusa ou resistência infundada pode redundar pela lei ou pela interpretação judicial em prova indiciária importante para o resultado do processo. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários dos arts 332 ao 381. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 571-588, p. 585-586).

⁶⁶¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 156.

⁶⁶² Aliás, o atual Código de Processo Civil, ao que parece sem notar a dimensão dessa previsão exagerada, resolveu ampliá-la ainda mais, colocando, no início do art. 379, uma cláusula geral que cria um “imaginado” direito civil para a parte de não produzir prova contra si. Esse direito, em que pese a aparente previsão legal, na realidade *não existe e jamais poderia existir em um sistema como o nacional*. Como já se disse, o dever de produzir prova é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, de modo que somente em razão de outro valor também constitucional poderia ser restringido. Por isso, é plenamente justificável que se restrinja o dever de colaboração para a proteção da garantia contra a autoincriminação, já que essa também tem assento constitucional (decorrendo, na ótica da doutrina e da jurisprudência, do contido no art. 5.º, LVII, da CF). Todavia, a amplitude da redação – *absolutamente injustificada e absurda, diga-se* – da parte inicial do art. 379 praticamente cria um direito “fundamental” à não colaboração e, assim, um direito também “fundamental” a esconder a verdade no processo civil. Em última análise, a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má-fé, o que não se pode aceitar. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. em ebook baseada na 3. ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2.)

⁶⁶³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

Com relação à torpeza, também se vale do princípio de que ninguém está obrigado a se manifestar sobre sua própria torpeza, originado nas ordenações Manuelinas e Filipinas⁶⁶⁴.

Cumprido ressaltar que no que tange às limitações probatórias e aos estudos desenvolvidos por Leonardo Greco, o autor propõe uma interpretação mais restritiva ainda no que tange às referidas escusas de depor. Nesses casos, o referido autor entende se tratar de verdadeiras escusas de depor, e diz que a fundamentação da recusa, para se transformar em uma legítima escusa, deve estar fundada em motivo de 1º grau de privacidade, notadamente as relações do sujeito consigo mesmo, com seu corpo, com suas lembranças e com sua consciência. Para o autor, em outros casos, ainda que previstos expressamente no art. 388⁶⁶⁵, e a despeito da garantia de não produzir provas contra si mesmo previsto no art. 379⁶⁶⁶, a recusa só será legítima pela aplicação da ponderação. Nesses casos, o juiz deve impor o segredo de justiça ao processo vinculando o juiz e as partes, mas não dispensando o depoimento⁶⁶⁷.

De todo exposto, a conclusão a que se chega sobre a colisão entre o *nemo tenetur se detegere* e o dever de cooperação fica solucionado da seguinte forma: a cooperação e o dever de veracidade prevalecem sobre o direito de não prestar provas contra si mesmo no processo civil, exceto se essas provas puderem incriminar a parte.

⁶⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 4 v. V. 2, p. 156.

⁶⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁶⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁶⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 143.

4.6 A impossibilidade de dinamização do ônus probatório quando não há cooperação das partes em seu depoimento

A dinamização do ônus probatório é uma das possibilidades de distribuição deste ônus que pode ser legal (quando o legislador a impõe), convencional (quando é determinada pelas partes) ou judicial (quando se admite uma possibilidade de dinamização e o juiz, ao analisar o caso concreto, faz a divisão).

O que importa nesse momento é estudar a possibilidade de dinamizar o ônus da prova quando não há cooperação das partes em seu depoimento. Para um estudo mais aprofundado da questão, necessário entender como e quando se dão essas possibilidades diferenciadas de divisão.

Uma das possibilidades de determinação da distribuição do ônus probatório é por meio de normas, ou seja, a distribuição pode ser feita pelo próprio legislador, através de regra estática, abstrata e anterior ao processo.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou este sistema para a regra geral, dispondo, em seu art. 373, *caput* e seus incisos⁶⁶⁸, ser do autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito e do réu o ônus de provar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do fato constitutivo.

A sistemática funciona mais ou menos assim: ao alegar um fato na inicial, cabe ao autor demonstrá-lo por meio de provas, se o réu alega que aquele fato não ocorreu, poderá fazer a contraprova, entretanto não será o réu onerado caso não consiga produzir sua prova, uma vez que em sede de fato constitutivo o ônus é do autor, ou seja, ele é quem suportará a sucumbência se não demonstrar que o fato ocorreu. Neste caso, suponha-se que nem autor, nem réu consigam produzir a prova, sucumbirá o autor, pois a ele cabia o encargo de produzir provas, sendo a ele, pois, aplicada a consequência de não ter se desincumbido do ônus.

Ademais, destaca-se a possibilidade de o réu se defender de maneira indireta, confirmando o fato constitutivo do direito do autor, que deixaria de ter que ser provado, pois se tornaria fato incontroverso, e, concomitantemente, alegando a existência de fato novo que impediria de alguma forma a produção de efeitos do fato constitutivo.

⁶⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

Por exemplo, o autor alega que o réu está lhe devendo, pois comprou um objeto e não pagou; o réu por sua vez não afasta a compra do objeto, admitindo-a e tornando o fato incontroverso, todavia alega que a obrigação de pagar já foi devidamente cumprida. Neste caso, o réu terá o ônus de provar o cumprimento da obrigação, pois este fato é extintivo do fato que constituiu o direito do autor, e, portanto, cabe ao réu prová-lo.

Também é ônus do réu demonstrar a existência de fatos impeditivos ou modificativos do direito do autor.

A outra possibilidade de determinação do ônus da prova são as próprias partes convencionarem a determinando⁶⁶⁹. Ao regulamentar a matéria, a legislação permitiu que estas convenções fossem estabelecidas antes ou durante o processo, mas impôs alguns limites, ao proibir a convenção quando esta recair sobre direito indisponível da parte ou quando esta tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O que a legislação quis evitar é que ocorressem hipóteses em que fosse abusiva a convenção, onerando uma das partes com prova de produção impossível. Tendo em vista que a prova diabólica é vedada, não faria sentido se admitir que ela fosse utilizada nas convenções⁶⁷⁰.

Por fim, a distribuição judicial do ônus da prova pode se dar de maneira dinâmica, observando o caso concreto, levando em consideração quem tem melhores condições de produzir a prova.

Não se trata de grande novidade no ordenamento jurídico, e, nos dizeres de Eduardo Cambi, não era necessária a previsão legal do instituto para que se pudesse aplicá-lo na prática, uma vez que o direito a uma tutela jurisdicional adequada, previsto na Carta Magna, já era suficiente para autorizar a inversão dinâmica, adaptada ao caso concreto, todavia o autor tece elogios à iniciativa do legislador de inserir a questão no Código de Processo Civil de 2015⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ O Código de Processo Civil também cuidou da referida hipótese, no §§ 3º e 4º do art. 373 (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1).

⁶⁷⁰ Assim também ocorre com relação à inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, VI (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm > Acessado em: 17 dez. 2017 Lei 8.906).

⁶⁷¹ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §1º e §2º do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 247-270.

Arthur Thompsen Carpes destaca, entretanto, a necessidade de se respeitar a paridade de armas e o direito fundamental às provas no momento de se determinar o ônus dinamicamente no processo, fazendo-se necessário que o postulado da razoabilidade seja adotado na regra do ônus probatório na aplicação dos dois princípios supracitados, a fim de harmonizar a regra geral ao caso concreto⁶⁷².

Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973⁶⁷³ tinha caráter liberal e individualista e se pautava exclusivamente em assegurar a paz através da solução da lide, independentemente de essa decisão representar uma decisão justa⁶⁷⁴. Todavia, com a nova sistemática trazida ao Código de Processo Civil de 2015, outros valores passam a vigorar e concomitantemente a fundamentar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias no processo⁶⁷⁵.

Princípios como o direito fundamental à prova, o contraditório, fomentando a participação, o diálogo e a influência nas decisões, a busca da verdade, a lealdade, a cooperação e a boa-fé são basilares ao se defender a possibilidade de distribuição dinâmica das provas.

Porém, a despeito das homenagens que tantos autores rendem ao instituto, o mesmo também está exposto a críticas.

Para Vitor de Paula Ramos, alguns dados tidos como certos devem ser criticados. Primeiro, que o ônus da prova só será utilizado subsidiariamente em caso de algum fato não ser provado; segundo, se não há fato provado, não há como confirmar as versões, sendo assim como num jogo de futebol deverá se estabelecer critérios objetivos para o desempate; terceiro, a atividade probatória não coincide com o resultado da prova, o que muitas vezes pode contrariar os fatos

⁶⁷² CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e a aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 197-209.

⁶⁷³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

⁶⁷⁴ “assim o quer a finalidade do processo civil: por mais que procure averiguar a verdade, mais do que isto o que importa é estabelecer e assegurar a paz jurídica, eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes.” (ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 86-87)

⁶⁷⁵ Eduardo Cambi destaca alguns argumentos que fundamentam essa distribuição: “I – pressupões uma visão cooperatária e publicista do processo civil; II – busca promover a igualdade, em sentido material das partes; III – fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil.” (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §1º e §2º do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 259)

alegados pelo sujeito que a produziu; quarto, a escolha da parte entre produzir ou não uma prova não traz automaticamente uma consequência jurídica⁶⁷⁶.

Sendo assim, conclui o autor que ao alterar o ônus probatório o que se altera não é a atividade das partes, mas sim o modo de julgar, disserta que ao não haver provas, o processo desiste da busca da verdade para colocar um ponto final na lide, sendo assim, abre-se mão de se buscar a decisão justa, buscando apenas uma solução para o “empate técnico”. E, continua, já que o que se faz é apenas criar um “critério de desempate”, tem-se que seria mais justo se esse critério fosse imposto no início do “jogo”, pois alterar as regras de julgamento no meio da “partida” traria insegurança jurídica às partes⁶⁷⁷⁻⁶⁷⁸.

Cumprido destacar que, no mesmo sentido de negar o ônus subjetivo da prova, Taruffo também é contra a dinamização judicial do ônus probatório, sendo que para ele a dinamização atribui ao juiz um poder muito amplo que se incompatibiliza com a imparcialidade⁶⁷⁹.

Contudo, ainda que considerando as opiniões contrárias à possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório, e com muito respeito aos que defendem essa opinião de resistência, acredita-se que a técnica em estudo tem muito mais a acrescentar de forma produtiva e consentânea com as garantias fundamentais do que a prejudicar a dinâmica processual.

Deve-se atentar, pois, e respeitar alguns limites materiais, no que tange à proibição de prova diabólica e a preferência de quem tem melhores condições de provar, e limites formais, relacionados à necessidade de decisão fundamentada e antecipada para se inverter o ônus durante

⁶⁷⁶ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 263-282

⁶⁷⁷ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 263-282

⁶⁷⁸ Rodrigues e Monteiro Neto trazem em seu texto mais uma série de críticas à dinamização do ônus da prova. (RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 501-531.)

⁶⁷⁹ Essas manipulações dos ônus probatórios operadas pelos juízes podem depender de várias razões. (...) Todavia, justificativas como essas parecem bastante fracas. Por um lado, sustentar que deva ser dado ao juiz uma espécie de poder geral de manipular as proposições probatórias das partes em favor da parte que o juiz julga merecedora de vencer a causa, em razão de suas qualificações subjetivas, significa atribuir ao juiz um poder equitativo (ou justicialista) bastante amplo, que se concilia mal com a necessária imparcialidade do juiz em relação às partes. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. p. 266-267.)

o processo – preferencialmente antes da fase instrutória -, ao aplicar o instituto para que seja preservado o processo justo⁶⁸⁰.

Apontadas essas linhas acerca do instituto de forma geral, cumpre estabelecer critérios ou premissas que possibilitam sua aplicação, o que se faz a seguir.

O primeiro requisito para a aplicação da técnica de dinamização do ônus da prova, ou seja, a técnica através da qual a decisão judicial inverte o ônus probatório de acordo com o caso concreto no decorrer do processo, é que ela tem caráter subsidiário, ou seja, deve haver uma regra geral de aplicação à maior parte dos casos, aplicando-se a dinamização em casos específicos.

No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 tal caráter é respeitado, já que o *caput* e incisos do art. 373⁶⁸¹ estabelecem uma regra geral, legal e estática, a qual parte do critério que “quem alega a existência de determinado fato possui melhores condição de prová-lo de que aquele que simplesmente o nega”⁶⁸².

Apenas nos parágrafos, local tecnicamente reservado às exceções, o dispositivo legal cuida de tratar da hipótese em que é cabível a dinamização, que é a inversão dessa regra geral, que se dá quando a parte onerada encontra dificuldade para produzir a prova que lhe incumbe, mas a parte contrária tem facilidade para tanto.

Portanto, a primeira premissa para aplicação da dinamização é que ela é eventual, subsidiária, se subordinando a uma regra geral, aplicável à maioria dos casos, que traz segurança jurídica aos jurisdicionados⁶⁸³.

Como já se disse, o instituto em comento não representa uma grande novidade no ordenamento jurídico. A despeito de ser a primeira vez que ele se encontra positivado na legislação

⁶⁸⁰ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §1º e §2º do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 247-270.

⁶⁸¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁸² CARPES, Arthur Thompsem. Notas sobre a interpretação do texto e a aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 202.

⁶⁸³ SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015.. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.

processual, há muito já vinha sendo reconhecida a possibilidade de sua aplicação pela doutrina, bem como a sua efetiva aplicação pela jurisprudência.

Todavia, muita divergência se dava em torno de qual seria o momento processual adequado de se inverter o ônus, e como o ônus probatório objetivo é tido como regra de julgamento, muitos defenderam que a inversão deveria se dar na sentença.

Apesar de a questão ter sido por muito tempo altamente debatida, não se consegue vislumbrar num sistema que prima pelo contraditório, como direito a diálogo, participação e influência e que veda as decisões surpresas, que a inversão possa ocorrer na sentença⁶⁸⁴.

Neste ponto, também devem-se render homenagens ao legislador, já que o §1º do art. 373 do Código de Processo civil de 2015⁶⁸⁵ proíbe a inversão sem oportunizar ao novo onerado que se desincumba do ônus e além disso o art. 357, III⁶⁸⁶ prevê ser a decisão de saneamento o momento adequado para a inversão do ônus probatório.

Insta destacar que se admite possível a inversão do ônus probatório em momento posterior à decisão de saneamento, podendo ela ocorrer até depois de recurso, entretanto faz-se necessário que se oportunize ao novo onerado a possibilidade de se desincumbir do encargo⁶⁸⁷.

Além disso, importante tocar em outro ponto. Segundo a legislação que rege a matéria, a inversão dinâmica do ônus probatório pode ser requerida pelas partes ou determinada de ofício. Sendo assim, obedecendo ao contraditório, quando requerida por uma das partes, deve o juiz abrir vista para que a outra parte se manifeste sobre o requerimento; já quando é determinada de ofício pelo juiz, devem-se abrir vistas para que as partes possam se manifestar sobre a determinação. Salientando-se que é cabível agravo da decisão que inverter o ônus probatório (art. 1.015, XI)⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ Como ressalta Humberto Theodoro Júnior, o ônus da prova é determinado legalmente e sua alteração não deve ser feita de surpresa, sob pena de resultar em prejuízo ao contraditório e ampla defesa. (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.)

⁶⁸⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

⁶⁸⁷ SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015.. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.

⁶⁸⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

Considerando que o objetivo da dinamização é a melhor instrução processual, tendo em vista a melhor aplicação do direito ao caso concreto, o Código de Processo Civil autorizou quando previstas situações específicas, quais sejam, a parte que tem o ônus legal apresentar dificuldade ou impossibilidade de produzir prova ou a parte que não detém o ônus legal apresentar facilidade de produzir determinada prova, que o juiz possa inverter o ônus da prova.

Observa-se que a inversão é sempre parcial, pois deve haver verossimilhança dos fatos alegados e impossíveis de serem provados, para que o juiz inverta o ônus probatório. Além disso, a inversão deve determinar quais fatos a nova parte onerada terá de provar.

O que o julgador deve identificar no processo é quem tem melhores condições de produzir a prova, por estar mais próximo dela, em condição informacional⁶⁸⁹ melhor do que o outro litigante. Barberio definiu ter estas melhores condições aquele que está “em posse de coisa ou instrumento probatório” ou é “o único que se dispõe da prova”, dentre outras situações⁶⁹⁰.

Sendo assim, pode-se concluir que diversos fatores podem influenciar para que a parte tenha maior facilidade em demonstrar um fato, sendo eles fatores profissionais, técnicos, científicos, informacionais, de proximidade com o material probatório, não devendo concluir que a hipossuficiência financeira é o suficiente para autorizar esta inversão⁶⁹¹.

Além disso, importante ressaltar conveniente exceção imposta pelo legislador, que dispôs, no § 2º⁶⁹², que em caso de a prova ser de difícil realização também para outra parte não poderá haver inversão.

Eis que se expõem alguns requisitos elencados por Humberto Theodoro Júnior para que esteja autorizada a inversão: 1) quem suporta o ônus da inversão deve apenas “esclarecer”, pois os indícios devem ser demonstrados pelo onerado ordinário; 2) a prova redirecionada deve ser possível à parte, caso contrário mantém-se a divisão ordinária; 3) a inversão não pode representar surpresa à parte onerada; 4) caso a redistribuição seja utilizada como regra de julgamento,

⁶⁸⁹ SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015.. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.

⁶⁹⁰ BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinâmicas: qué debe el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge Walter. *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa fé: Rubinzal – Culzone, 200, p. 99-107, p. 101.

⁶⁹¹ SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 211-246.

⁶⁹² Vide art. 373 (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

apresentada apenas na sentença, resta comprometido o contraditório; 5) à parte onerada pela redistribuição deve se dar a oportunidade de se desincumbir do ônus, se não puder fazê-lo deve justificar, sob pena de arcar com o novo ônus⁶⁹³.

Neste contexto, torna-se essencial conceituar a prova diabólica para haver segurança em definir o problema suscitado neste momento: é possível a aplicação da dinamização do ônus probatório quando a parte não colabora em seu depoimento, seja pessoal ou interrogatório livre?

Tem-se que a prova diabólica é aquela extremamente difícil de se produzir pelas características que possui. Pode ser que o fato seja insuscetível de ser provado por apenas uma das partes, daí pode-se inverter o ônus probatório, incumbindo àquele que pela regra geral não o teria como encargo a produção da prova⁶⁹⁴.

Todavia, algumas vezes, essa impossibilidade de produção da prova atinge ambas as partes, o que é denominado prova diabólica reversa, levando ao que Marinoni chamou de “situação de inesclarecibilidade”, casos em que o ônus objetivo da prova deve ser deslocado a quem deu causa à inesclarecibilidade e por isso assumiu o risco de tal situação não ser passível de ser esclarecida em juízo⁶⁹⁵.

Cumprе ressaltar que existem outras alternativas apresentadas para solucionar a situação quando a prova se apresenta diabólica para ambas as partes, como a trazida por Paula Costa e Silva, que sugere a utilização da *probatio levior*⁶⁹⁶.

⁶⁹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁶⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015.

⁶⁹⁵ “Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor, quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 05, 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/42>>. Acessado em: 20 de fev. 2017). Cumprе ressaltar, que a despeito do nobre doutrinador defender que neste caso a inversão se dá na sentença, não se pode concordar com o afirmado, principalmente sob a égide do NCPC que proíbe a decisão surpresa.

⁶⁹⁶ “Outro instrumento de reacção à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*”. (SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ago. 2013.)

É de se destacar, outrossim, que prova diabólica não se confunde com prova de fato negativo, pois esta nem sempre é de difícil produção. Os fatos negativos podem ser classificados em fatos absolutamente negativos e fatos relativamente negativos; o que os diferencia é que, enquanto naquele há uma indefinição de ocorrência no tempo e no espaço, neste os fatos restam bem determinados no tempo e no espaço.

Ora, não há maiores dificuldades, em regra, em se provar fatos relativamente negativos, como por exemplo, fazer prova de que não estava em determinado local em determinado dia; a dificuldade de produzir prova quase sempre vem da indefinição do fato negativo. Todavia, há fatos absolutamente negativos que se podem provar, como por exemplo, fazer prova de que não deve à Receita Federal, por meio de certidão negativa.

Em resumo, a prova diabólica está diretamente ligada à dificuldade de produção, não tendo relação direta com a prova de fato negativo.

Feitas estas considerações acerca da dinamização do ônus probatório, cumpre analisar se é possível inverter o ônus probatório tendo em vista a falta de cooperação das partes aos prestarem seu depoimento.

É sabido que a cooperação processual gera alguns deveres para as partes e o juiz. Como aqui o objeto da investigação é o comportamento processual das partes, cabe, novamente, enumerar esses deveres, quais sejam, a boa-fé, objetiva e subjetiva, o dever de prestar esclarecimento, o dever de comparecimento, o dever de sigilo ou confidencialidade, além dos deveres de correção e urbanidade e o dever de veracidade⁶⁹⁷.

O depoimento das partes tem ligação íntima com a cooperação processual, pois os deveres advindos desse modelo processual tangenciam o referido meio de prova. Disso conclui que as atitudes da parte ao prestar seu depoimento podem caracterizar uma conduta não colaborativa no processo.

Isso já ficou claro até aqui, porém o que importa analisar é se esta conduta não colaborativa durante seu depoimento pode ser suficiente para dinamizar, ou melhor, inverter o ônus da prova.

Eduardo Cambi admite ser possível a inversão do ônus probatório quando o comportamento de uma das partes se apresenta contrário à boa-fé. Para o autor, a conduta contrária à boa-fé autoriza

⁶⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador, JusPodvim, 2013, p. 194-195.

a dinamização, porém, em matéria de ônus probatório, não pode influir como simples regra de julgamento, sob pena de ferir outras garantias processuais⁶⁹⁸.

Ousa-se em discordar, trazendo os ensinamentos de Mitidiero, para quem a cooperação reforça a importância do ônus subjetivo da prova⁶⁹⁹, uma vez que a relevância do ônus objetivo, a regra de julgamento, é reconhecida por toda doutrina, entretanto com relação ao ônus subjetivo há discussões sobre sua existência, como se demonstrou no segundo capítulo. Em outras palavras, tendo em vista o ônus subjetivo indicar a quem cabe provar, isso muito interessa ao processo colaborativo, pois de alguma forma indica quem deve colaborar. Mais do que isso, a possibilidade de dinamização é a possibilidade de o juiz também colaborar, principalmente no que diz respeito ao seu poder de auxílio, já que auxiliará a parte incapaz de provar.

A despeito dessa ligação da dinamização do ônus da prova com a cooperação, entende-se que se a parte não colabora em seu depoimento, isso não pode ser motivo para a dinamização do ônus probatório por uma razão simples: a dinamização do ônus probatório não é sanção. Conforme demonstrado até aqui, a dinamização do ônus probatório é técnica que auxilia na busca da verdade, pois transfere o dever de provar a parte que tem melhor condição de fazê-lo, objetivando, logicamente, uma instrução probatória mais bem-feita.

Se o objetivo da dinamização do ônus probatório fosse apenas punir alguém no julgamento, era desnecessária a dinamização, pois como já se afirmou a regra de dinamização é subsidiária, havendo sempre uma regra geral estipulada pela lei. Isso significa que antes de dinamizar alguém já tinha o ônus de provar e se não pudesse se desincumbir dele arcaria com as consequências impostas. Entretanto, ao trazer a dinamização para o processo civil, o que se procura é dar mais ênfase à busca da verdade.

Ademais, como já se demonstrou, os depoimentos das partes também são ônus e aqueles que não se desincumbirem deles terão consequências. Com relação ao depoimento pessoal, a consequência é a confissão ficta, já com relação ao interrogatório livre, a consequência é a condenação em litigância de má-fé.

⁶⁹⁸ CAMBI, Eduardo. Caráter Probatório da conduta (processual) das partes. In *Revista de processo*. v. 201, p. 59-100, nov./2011, p. 11-12.

⁶⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77 jan/mar.2012, p.73

Do exposto, conclui-se que a não cooperação da parte ao prestar o seu depoimento não pode possibilitar a inversão do ônus probatório pela técnica da dinamização. Passa-se, pois, a novo problema: se a conduta não colaborativa da parte em seu depoimento não tem o condão de inverter o ônus probatório, teria ela a força de influir negativamente na valoração desse depoimento na sentença? É o que se passa a analisar.

4.7 A cooperação das partes no processo como critério de valoração das provas que tenham as partes como fonte

Ao tratar o tema da cooperação das partes no Processo civil, já restou claro que as partes têm o dever de boa-fé, de colaborar e disso advém o próprio dever de veracidade. Essa ausência de cooperação é capaz de gerar sanções, principalmente quando o assunto se volta para as provas cuja fonte são as próprias partes. Entretanto, cumpre neste momento pesquisar se o comportamento das partes ao prestarem seu depoimento ou interrogatório, ou mesmo ao confessar, são fatos que possam ser valorados na sentença.

Merece destaque, porém, questão relevante: conforme já aduzido, a não cooperação no depoimento pessoal induz à pena de confissão, a qual é relativizada dentro desse modelo de processo que se adotou no Brasil. Ou seja, os fatos confessados só serão considerados verdadeiros se houver verossimilhança da alegação da outra parte e harmonia com as demais provas produzidas no processo⁷⁰⁰.

Todavia, quando a não cooperação se dá no interrogatório livre, a confissão não resta prevista como consequência, podendo a parte ser sancionada pela litigância de má-fé. Como não há essa presunção legal de valoração da referida conduta, importa verificar se esse comportamento

⁷⁰⁰ Ivan Righi assevera que a própria lei determina em outros casos de eficácia probatória extraída da conduta das partes: “Assim, a aceitação da veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, nas hipóteses de revelia (art. 319) e negativa de exibição de documento (art. 359). No mesmo sentido, a suposição de autenticidade da assinatura e veracidade do contexto de documento particular não impugnado (art. 372), mais ainda a confissão ficta resultante da falta de comparecimento ou da recusa a depor – da parte intimada a prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2.º). (RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *In Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 20, p. 1-9, 1981, p. 3)

anti-colaborativo pode gerar a valoração negativa da prova para quem se submeteu ao interrogatório livre.

De modo geral, o comportamento pode ser admitido como prova, inclusive a questão já foi tratada por Moacyr Amaral Santos, o que consta dessa pesquisa, sendo que o referido autor defendia que o comportamento da parte constitui elemento de prova⁷⁰¹. Além disso, cumpre destacar que na Itália a previsão de valoração do comportamento da parte está disposta no art. 116 do *Codice di Procedura Civile*⁷⁰².

No Brasil, a falta de um dispositivo específico que crie uma cláusula geral de autorização não é motivo para afastar a possibilidade de valoração da conduta da parte. Carla Teresa Bonfadini de Sá em sua dissertação de mestrado elencou os fundamentos que autorizam essa valoração⁷⁰³, quais sejam, o princípio da boa-fé e cooperação, a respeito dos quais já se tratou neste trabalho; o princípio da persuasão racional, que permite o julgador decidir com base nas provas dos autos indicando as razões de seu convencimento; a atipicidade dos meios de prova, que podem se dar tanto com relação a utilização de uma fonte de prova não prevista legalmente quanto ao modo de se colher a prova em juízo⁷⁰⁴; e a admissibilidade da utilização das regras de experiência para a valoração da prova, nos termos do art. 375 do Código de Processo Civil.

Eduardo Cambi elencou como condutas passíveis de serem valoradas: as omissivas; as oclusivas; as hesitativas; as mentirosas; as temerosas e emotivas; as que não trazem explicações razoáveis dos fatos e as condutas irregulares marcadas pelo equívoco⁷⁰⁵. É evidente que,

⁷⁰¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1, p. 56.

⁷⁰² *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.* (ITÁLIA. Regio Decreto 28 ottobre 1940 (Codice de Procedura Civile) Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2013/04/10/disposizioni-general-dei-poteri-del-giudice>> Acessado em: 25 set. 2017.). Importa destacar que o artigo seguinte trata do interrogatório não-formal italiano, que aqui optou-se por denominar interrogatório livre.

⁷⁰³ SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. *A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório*. 2017. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.118-125.

⁷⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. In *Revista de Processo*, v. 76, p. 493-510, out.-dez./1994, p.1.

⁷⁰⁵ CAMBI, Eduardo. Caráter Probatório da conduta (processual) das partes. In *Revista de processo*. v. 201, p. 59-100, nov./2011, p.9.

principalmente no que tange ao depoimento pessoal, o interrogatório livre e a confissão, essas condutas só podem ser notadas por um juiz comprometido com a instrução probatória, e, tendo em vista o princípio da persuasão racional e da contradição das provas, cumpre aos juízes ao denotarem esses tipos de conduta descrevê-las no termo que reduz acerca dos depoimentos⁷⁰⁶.

Ivan Righi destacou que esse tipo de prova colhida através da conduta da parte é uma prova indiciária, isso porque um fato principal é inferido de um fato secundário que, submetido a uma regra de experiência, leva a uma presunção sobre o fato principal que não se conseguiu colher provas⁷⁰⁷.

Visto, pois, que o ordenamento brasileiro admite a valoração do comportamento da conduta, cumpre analisar a questão sob a ótica das provas em que as partes são fontes. Neste ponto, entende-se que tanto no depoimento pessoal, quanto no interrogatório livre e na confissão as condutas das partes podem ser valoradas como prova. Deve-se, porém, destacar duas questões. A primeira diz respeito à valoração tanto da conduta negativa, quanto da conduta positiva; a segunda diz respeito à subjetividade da questão e o cuidado que o julgador deve ter para não ter posturas levianas⁷⁰⁸.

Sendo assim, conclui-se que a colaboração das partes é um critério de valoração das provas que tenham as partes como fonte. Passa-se, pois, a investigar o último ponto: como o depoimento das partes se apresenta útil para combater lides infundadas, o asseio do Judiciário e incentivar a Justiça coexistencial.

⁷⁰⁶ O progresso tecnológico podia permitir a gravação das provas, assim a conduta poderia ser percebida em momento distinto da produção da prova, entretanto enquanto isso não ocorre Barbosa Moreira sugere “Enquanto isso não acontece, seria talvez interessante adotar uma sugestão que deixo aqui: “Que os juízes anotassem certas peculiaridades do depoimento, em tudo aquilo que possa constituir elemento relevante para a respectiva valoração. Muitas vezes nós nos inclinamos a dar maior crédito a uma testemunha em virtude da maneira firme, segura, coerente, natural, espontânea, com que ela se expressou; daí preferirmos o seu depoimento ao de outra que titubeou, gaguejou, enrubescou, se é que alguém ainda hoje em dia enrubesce... Mas eu nunca vi, e gostaria de ver nos autos, uma observação do juiz a esse respeito: “...Neste ponto, a testemunha enrubescou”. Isso seria um elemento valioso para os julgadores de segundo grau.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *In Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul - Set / 1984, p. 4)

⁷⁰⁷ “A operação referida por outro aspecto, amolda-se à figura do silogismo: a) premissa menor é o fato secundário conhecido; b) maior, a regra de experiência aplicável; c) conclusão, a presunção sobre o fato principal ignorado. Presunção, portanto, é o resultado de uma operação lógica que tem ponto de partida no indício. Este, a seu turno, pode ser um fato processual: o comportamento das partes. (RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *In Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 20, p. 1-9, 1981, p.5)

⁷⁰⁸ Como destaca Eduardo Cambi: “Não se deve abrir um campo de especulações subjetivas, para legitimar decisões arbitrárias. Ao contrário, o que se pretende é retirar da conduta das partes o seu caráter probatório, a fim de melhor conferir justiça às decisões.” (CAMBI, Eduardo. Caráter Probatório da conduta (processual) das partes. *In Revista de processo*. v. 201, p. 59-100, nov./2011, p. 8).

4.8 O depoimento das partes como elemento útil para combater as lides infundadas, o assoberbamento do Judiciário e incentivar a Justiça coexistencial

Por fim, e como último problema que apresenta essa pesquisa, cumpre entender se o depoimento das partes constitui elemento útil a combater as lides infundadas, o assoberbamento do Judiciário e fomentar a justiça coexistencial⁷⁰⁹.

É sabido que um dos grandes problemas a serem enfrentados pelo Processo Civil hoje é o assoberbamento do Judiciário. Isso se dá porque com essa imensidão de processos a se solucionar compromete-se a qualidade da justiça, ficando o acesso à justiça efetivo completamente prejudicado. É necessário, pois, buscar instrumentos para solucionar esse problema.

Contudo, como já disse Barbosa Moreira, alguns acreditam que existe uma fórmula mágica que porá fim a todos os problemas do processo. Uns creem na oralidade, outros no extermínio do procedimento ordinário, há ainda os que pregam a universalização do regime dos Juizados, os que querem que sejam implantados meios alternativos de solução de litígio, os que clamam pela redução de prazos e recursos. A verdade é que não existe uma panaceia, e, sim, uma série de medidas tomadas de acordo com cada mal que se quer curar⁷¹⁰.

É neste contexto e com essa dimensão, de não ser uma panaceia, mas de ser um instrumento útil em muitas situações que o depoimento das partes se apresenta. De longe ele não é a solução para todos os problemas do processo, mas se ressignificado no contexto processual com se propôs no capítulo anterior, não restam dúvidas de que representa importante instrumento de combate a um dos males que é o assoberbamento da Justiça com o incentivo à Justiça Coexistencial.

Diz-se isso por entender que a cultura da pacificação proposta por Kazuo Watanabe⁷¹¹, também longe de ser uma panaceia, é uma das formas de se diminuir o número de processos

⁷⁰⁹ Termo utilizado por Cappelletti para se referir as formas alternativas de solução de conflito. (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In *Revista de Processo*, v. 65, p. 127-143, jan.-mar./1992).

⁷¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos In *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1- 13.

⁷¹¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

judiciais. É factível que Justiça Coexistencial surge no mundo jurídico como instrumento de obtenção de solução para conflito no qual as partes, auxiliadas por um terceiro, buscam, por si, a melhor alternativa para solucioná-lo.

Esta ideia começa a tomar forma em meados do século XX, principalmente através das ondas renovatórias de acesso à justiça trazidas por Cappelletti⁷¹². Era preciso para se ter um efetivo acesso à justiça que se buscassem novos meios através dos quais os litígios fossem tratados com mais singularidade e talvez as transações, propostas pelas próprias partes, seriam o melhor caminho.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro bem definiu o acesso à justiça discorrendo sobre quatro princípios que o informam, quais sejam, a acessibilidade, que pressupõe a capacidade, não em sentido estrito, das pessoas estarem em juízo; a operosidade, que obriga a todos a participarem da atividade jurisdicional⁷¹³ da maneira mais produtiva possível; a utilidade, que possa assegurar um resultado eficaz com a utilização de menos energia possível; e, a proporcionalidade, para que tudo se opere de maneira proporcional⁷¹⁴.

Imbuídos deste conceito, é possível admitir que a Justiça Coexistencial é um facilitador, ou melhor, uma alternativa que preza pelo acesso à justiça, já que faz jus à acessibilidade, à operosidade, à utilidade e à proporcionalidade. Porém, é preciso compreender que nas soluções dos conflitos “cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para solução”⁷¹⁵. Dentro dos meios de solução de litígios tradicionalmente conhecemos alguns, como a jurisdição estatal, a arbitragem, a mediação e a conciliação.

A jurisdição estatal é a que mais sofre, pois, a cultura do litígio não permite que os indivíduos busquem e confiem em alternativas em que sejam eles próprios capazes de chegarem a soluções para seus conflitos. A arbitragem, por sua vez, ainda se apresenta com custos muito altos

⁷¹² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁷¹³ Seja ela judicial ou não.

⁷¹⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematizada da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁷¹⁵ NETO, João Luiz Lessa. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 244., p. 427-441, jun. 2015. p.427

e distante da realidade da maioria dos brasileiros, mas nem por isso deixa de ser uma alternativa em muitos casos⁷¹⁶.

Neste contexto, a mediação e a conciliação, juntamente com a arbitragem, mas esta em menor escala, se apresentam como meios aptos a colaborarem para o desafogamento do Judiciário. Mas importa saber como o depoimento das partes constitui meio hábil a contribuir para a autocomposição.

Para este estudo, necessário destacar os momentos em que essa autocomposição se dá e como se relacionam com cada uma dessas hipóteses os depoimentos das partes. Identifica-se três situações diferentes: quando a autocomposição se dá antes mesmo da propositura da ação judicial; quando a autocomposição se dá na audiência de mediação ou conciliação; e, quando a autocomposição se dá dentro do processo.

Antes da propositura da ação, vislumbra-se o depoimento das partes como importante instrumento de incentivo à Justiça Coexistencial e de combate à lide infundada e ao assoberbamento do Judiciário, quando uma das partes requer a produção antecipada do depoimento pessoal da outra parte.

Sabe-se que hoje não é mais preciso demonstrar urgência para se produzir uma prova antecipadamente, basta que se demonstre que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”⁷¹⁷ ou que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”⁷¹⁸. Em outras palavras,

⁷¹⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6831/atualizando-uma-visao-didatica-da-arbitragem-na-area-trabalhista/3>. Acessado em: 16 jul. 2017, p.24-25. Talamini ainda destaca com relação à descrença do brasileiro na arbitragem: “(...) a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma solução para o conflito pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due processo of law*; um processo em que os julgadores devem ser imparciais e respondem penalmente, como agentes públicos, se não o forem (Lei 9.307/1996, arts. 17, 20, 21, §2º, 26, II, 32...). E o respeito a todas essas garantias é controlável pelo Judiciário – pois apenas não cabe ação judicial para rever o mérito do julgamento do árbitro, mas cabe para controlar todos os aspectos do devido processo legal e da validade da arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 33).” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, e ação monitória). Revista de Processo (REPRO), São Paulo, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005, p. 15-16)

⁷¹⁷ Vide 381, II (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

⁷¹⁸ Vide 381, III (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.)

hoje o tema prova permeia a autocomposição e o desafogamento do Judiciário, pois se reconhece que “boas” provas são capazes de fomentar a autocomposição e impedir ajuizamento de processos⁷¹⁹.

Essa conclusão é bem lógica, pois se as provas conduzem a reconstrução dos fatos e a decisão judicial é a aplicação do direito aos fatos, é nas provas que reside toda a solução do problema. Ou seja, é da reconstrução dos fatos operada pela prova que vai se extrair o direito. Sendo assim, ao produzir a prova antecipadamente, os fatos que envolvem a situação litigiosa ficam mais claros, permitindo uma maior previsibilidade do sentido em que vai ser aplicado o direito.

Com o depoimento das partes não pode ser diferente, pois se de um depoimento pessoal, por exemplo, advém uma confissão, aquele que confessou fato contrário ao seu interesse e favorável a outra parte, certamente se verá desanimado a demandar judicialmente ou tendencioso a fazer um acordo ou ambas as alternativas. Mas não é só a confissão que faz esse papel, as declarações em juízo podem esclarecer fatos de modo que desanimem o próprio requerente de demandar contra o depoente ou que o façam se ver influenciado a fazer um acordo.

Ao se produzir um depoimento pessoal antecipadamente, vê-se uma excelente oportunidade de as partes se autocomporem, pois ao ouvir o depoimento da outra parte toma-se conhecimento das particularidades que levaram o depoente a agir de determinada maneira, evidenciando suas vontades. Como já se expôs, a verdade tem uma lógica própria a qual é difícil recriar, sendo assim se enxerga o depoimento da parte como importante instrumento de busca da verdade e, portanto, de fomento à Justiça Coexistencial, pois ao se deparar com a verdade evidenciada no processo, o melhor caminho quase sempre é o acordo. Não resta dúvida de que o depoimento pessoal é a melhor prova para atingir os objetivos acima expostos, todavia para isso deve-se se preparar, com o rigor que lhe deve ser aplicado, para o depoimento pessoal, elaborando perguntas pertinentes ao caso, capazes de induzir o depoente a falar a verdade.

Isso porque se o próprio depoimento da parte lhe é desfavorável, torna-se difícil o depoente reverter a situação a seu favor. Sabe-se que a confissão, ou mesmo o colhimento de elementos desfavoráveis ao depoente em seu depoimento não constitui prova absoluta. Entretanto, não se pode negar que a valoração desses elementos de prova tem grande força probatória.

⁷¹⁹ Dessa questão é que nasce o reconhecimento do chamado direito autônomo à prova (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009).

Por exemplo, suponha-se que num acidente de trânsito houve uma colisão entre três veículos e que o motorista de um dos veículos sofreu lesões corporais graves, ficando afastado de sua atividade, como profissional liberal por mais de um ano. Suponha-se ainda que a vítima estivesse dirigindo seu veículo em alta velocidade, apostando corrida com o terceiro veículo, e o outro motorista tivesse realizado uma conversão proibida. Sabe-se que nesses casos, nem sempre é possível manter o local do acidente intacto, ou mesmo a falta de recursos do Estado faz com que se encontre grande dificuldade de se realizar a perícia para detectar a alta velocidade.

Sendo assim, imagine-se que não houve perícia para detectar a alta velocidade, mas havia fotos do local do acidente e os veículos que apostavam corrida apareciam pareados na foto. Nesses casos, o depoimento pessoal da vítima pode trazer importantes elementos para evidenciar que ela estava em alta velocidade. Não se trata aqui de perguntar-lhe diretamente se ela estava em alta velocidade, pois pareceria óbvia sua resposta negativa. Mas um perspicaz interrogador formularia perguntas que fizesse com que a vítima caísse em contradição, a ponto de revelar a verdade. Por exemplo, poderia lhe ser perguntado de onde vinha, há quanto tempo estaria na estrada. Pediria explicação sobre a posição dos veículos na hora da colisão, como retratado na foto. Pediria explicação sobre a sua relação com o motorista do outro veículo. Neste ritmo de perguntas, a vítima não veria outra saída que não fosse admitir, ainda que tacitamente ou através de deduções de seu depoimento, que estava em alta velocidade e apostando corrida. Além disso, seu comportamento, se bem analisado poderia trazer importantes elementos para a conclusão.

Dessa forma, se a própria vítima em seu depoimento admite sua culpa, não restam dúvidas de que não haverá meios, especialmente neste caso que não foi possível a perícia, de a vítima reverter a situação. Sendo assim, o motorista do veículo que fez a conversão proibida se vê numa posição de vantagem de auferir uma autocomposição com a vítima, diminuindo imensamente seus custos, uma vez que a situação em comento passa a ter evidências de culpa recíproca e não mais culpa exclusiva.

Neste caso, não é preciso mencionar, que todos ganham, tendo em vista que a produção de uma única prova se mostra eficiente para evitar um processo judicial longo! Essa é a vantagem do depoimento pessoal que não vem sendo valorizada em nosso ordenamento.

Além disso, nas ações de família o depoimento pessoal como produção antecipada de prova pode representar importante instrumento também a favorecer os acordos. Imagine-se que um homem e uma mulher mantiveram um relacionamento amoroso por algum tempo, todavia o homem

era casado com outra mulher. Desse relacionamento nasceu um filho e quando a mulher engravidou o homem desapareceu, não podendo a amante saber o motivo de seu paradeiro.

Alguns anos depois, essa mulher procura um advogado para requerer a pensão alimentícia para o filho e o advogado sugere o requerimento da produção antecipada do depoimento pessoal. Na audiência para colher o referido depoimento, o depoente aparece com roupas maltrapilhas e explica que naquela época em que mantinham um relacionamento amoroso ele havia viajado para fora do país com a família e lá sofreu um grave acidente que o levou à bancarrota, tendo em vista o que teve que gastar com o tratamento na Europa, pois não tinha condições de ser transferido para o Brasil.

Esse contato olho no olho entre os envolvidos, faz com que as partes se compreendam, compreendam suas limitações, retomem os motivos que em algum momento os envolveu e considerem esses motivos para um possível acordo. Fica evidente a importância do depoimento pessoal para incentivar a Justiça Coexistencial, tanto para aqueles que não têm um vínculo contínuo, quanto para aqueles que o tem. Essa oportunidade de ouvir o outro e o fato dessa oitiva não ser informal, mas valer como meio de prova para instruir uma ação futura é extremamente importante e decisiva na decisão de se autocompor ou propor uma demanda fundada.

Dessa forma, o depoimento pessoal representa importante instrumento a combater as lides infundadas e, portanto, colaborar para o desafogamento do Judiciário. Cumpre ressaltar, como evidenciado acima, que o depoimento pessoal pode favorecer tanto o depoente quanto aquele que o requereu, pois representa importante instrumento de busca da verdade.

Com relação ao interrogatório livre, entende-se que impossível realizá-lo antecipadamente, uma vez que fere o princípio dispositivo. Explica-se: apesar de entender possível o requerimento de seu próprio interrogatório livre para que o juiz o determine no processo, trata-se de instrumento que está adstrito aos poderes do juiz. Sendo assim, não havendo processo, requerer que o juiz se utilize de um poder instrutório parece ferir o princípio dispositivo e da demanda.

Fica demonstrado, pois, como o depoimento das partes pode influenciar um acordo extrajudicial anterior ao processo se realizado em sede de produção antecipada de prova. Segue a análise, com a possibilidade da realização do acordo na audiência de conciliação ou mediação.

O Código de Processo Civil apresentou a oportunidade de realização de audiência de medição ou conciliação anterior à contestação, em que se busca um acordo entre as partes, sendo esta a prioridade desta audiência. Nesse momento, se verifica, sem dúvida, um empoderamento do

cidadão, de forma a colocar em suas mãos as responsabilidades pela solução de seus conflitos, transferindo a ele a oportunidade de falar por si só, sem necessidade de ser intermediado por um advogado⁷²⁰.

Para muitos, essa informalidade traz efetividade ao processo, todavia há quem critique essa busca incessante por um acordo inclusive dizendo que ela fere princípios fundamentais⁷²¹. A despeito da controvérsia, o que não se pode negar é que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema multiportas, no qual é possível às partes escolherem, dentre vários métodos para solucionar o seu conflito, o que melhor se adequa àquela realidade⁷²².

O que mais importa neste estudo é compreender como o depoimento pessoal pode atuar colaborando para essa Justiça Coexistencial. Neste ponto, não se pode olvidar que nessas audiências que buscam a autocomposição não há produção de provas, portanto não há nem depoimento pessoal e nem interrogatório livre. Entretanto há um empoderamento da parte, um momento para ela falar, como no interrogatório livre, para esclarecer sua demanda ou resistência. Também é um momento em que o contraditório participativo é valorizado, pois as partes têm, ou deveriam ter⁷²³, o direito de dialogarem, exporem suas posições com informalidade.

Sendo assim, não como meio de prova, mas a participação da parte com seus esclarecimentos na audiência de mediação ou conciliação é o que vai fomentar a existência de uma composição.

Por fim, no seu aspecto mais clássico o depoimento das partes como meio de prova a ser apresentado no decorrer do processo com preferência para a audiência de instrução e julgamento constitui também meio apto a encerrar o processo através de uma composição. É sabido que até chegar aqui muito já se utilizou da jurisdição estatal, ocupando toda a máquina necessária para movê-la, mas não se pode negar que a qualquer momento uma composição entre as partes sempre parece ser a melhor saída.

⁷²⁰ NETO, João Luiz Lessa. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 244., p. 427-441, jun. 2015.

⁷²¹ Owen Fiss defende que a jurisdição deve buscar muito mais do que a paz, ela deve buscar a concretização dos direitos consagrados pelo Estado. (FISS, Owen. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.)

⁷²² NETO, João Luiz Lessa. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 244., p. 427-441, jun. 2015.

⁷²³ Talvez essa não seja a realidade no dia-a-dia forense.

Assim como na produção antecipada do depoimento pessoal, durante a audiência de instrução e julgamento a produção de provas em que as partes são fontes representam importantes meios de se obter a autocomposição. Na audiência de instrução e julgamento, vê-se a vantagem de se poder colher também o interrogatório livre, instrumento de suma importância para o incentivo da Justiça Coexistencial.

Imagine-se, por exemplo, que determinada empresa de construção civil tenha provocado um acidente de um transeunte, deixando cair sobre ele uma tora de madeira, provocando-lhe uma lesão no cérebro que o incapacitou de enxergar. Suponha-se que o transeunte move uma ação indenizatória contra a empresa e na audiência comparece o próprio sócio da empresa como representante da empresa.

Nesta ocasião, o advogado da vítima requer o interrogatório livre e esse é possibilitado pelo juiz. No interrogatório, além de tudo que foi evidenciado pela perícia, o interrogante passa a relatar com pureza de detalhes e lágrimas nos olhos tudo que lhe acarretou o acidente, desde o afastamento temporário do emprego até o seu retorno para outra função, bem como todas as intempéries que vem passando com seus filhos, tanto para sustentá-los, tanto para educá-los com a supressão de um de seus sentidos.

Ouvir a parte expondo suas mazelas pessoalmente, sem intermediários técnicos que tornam as coisas de alguma forma diferentes, ouvir as partes declararem com a simplicidade de seu vocabulário não-técnico revelar toda a sua impressão sobre os fatos, sem dúvida toca diferente a outra parte e incentiva muitas vezes a composição.

Além disso, não se pode negar que o depoimento das partes numa audiência de instrução e julgamento pode ser a oportunidade perfeita para um pedido de desculpas numa ação de indenizatória por injúria ou difamação. O que pode ser o suficiente para o autor que moveu a ação dela desista, se dando por satisfeito pelo reconhecimento do outro de que agiu de forma equivocada.

Sendo assim, considerando o afirmado por Cappelletti que a parte é a melhor fonte de prova, apesar de ser a mais suspeita⁷²⁴, deve-se entender que mesmo que as partes sejam suspeitas, ambas o são, mas são elas que conhecem melhor do que ninguém a dinâmica dos fatos apresentados no processo. Sendo assim, quando o que se quer alcançar é uma solução pacífica do litígio, não restam dúvidas de que o depoimento das partes no processo é elemento primordial para alcançar esse fim.

⁷²⁴ *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile. Milano: A. Giuffrè, 1974, p. 47.

É no momento em que uma parte se põe a ouvir a outra e conhecer por suas palavras suas pretensões e resistências é que se pode ter a firmeza para se apresentar uma boa proposta de acordo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto até aqui, algo parece bem claro, de todo o esforço que o legislador, junto a muitos juristas dispendeu para formular um Novo Código de Processo Civil, que já não é novo mais, haja vista seus dois anos de vigência, o depoimento pessoal continua em seu mesmo formato sem sofrer muitas alterações.

Acredita-se que esse era um bom momento para que o legislador se valesse de instrumento tão importante para reavivá-lo e adaptá-lo a todas as mudanças impostas pela referida legislação, a fim de que fosse extraído o seu melhor para a efetiva busca de um processo justo. Seria importante que o legislador tivesse cuidado de reordenar a disposição no Código das possibilidades de as partes serem fontes de prova, incluindo o interrogatório livre como meio de prova e regulamentando-o de forma mais minuciosa, como proposto no capítulo 3.

O trabalho teve o intento de, sem radicalismos e com a proposta de fazer uma leitura o mais isenta possível do Processo Civil, tentar adequar o depoimento pessoal à ordem jurídica vigente. Reconhece-se no referido meio de prova importante instrumento para contribuir com a busca da verdade no processo, sem desmerecer os importantes papéis que ele pode desempenhar em busca de um processo colaborativo de alguma forma objetivando o consenso entre as partes.

Em suma, era esse o objetivo do trabalho que parece ter sido alcançado: retirar de um instrumento esquecido e pouco valorizado na *práxis forense* todo o seu potencial de modo a colaborar para um processo justo e colaborativo. De tudo que foi estudado seguem as mais importantes conclusões:

1 – Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro verifica-se que a jurisdição tem como escopo a aplicação do direito ao caso, utilizando-se de esforço para reconstruir os fatos de maneira mais aproximada possível com a realidade, de forma a constituir uma decisão justa. Além disso, a jurisdição deve ser exercida de forma imparcial e independente, bem como deve-se possibilitar o acesso à justiça independentemente de haver lide, possibilitando a jurisdição atuar também nesses casos. Neste contexto, o depoimento das partes aparece como importante meio de busca da verdade, já que a parte conhece a verdade como ninguém e pode trazê-la ao processo se as oportunidades de se colher seu depoimento forem bem trabalhadas.

2 – No Brasil adotou-se a teoria desenvolvida por Taruffo de processo justo. Apesar das características fundadas numa ideologia mais individualista, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 mescla normas de caráter mais privatistas com normas de caráter mais publicistas, buscando um processo sem protagonistas em que todos os envolvidos devem colaborar para se alcançar um processo justo. Esse processo justo que se busca alcançar, envolve não somente a necessidade do desenvolvimento de um *iter* processual pautado pelas garantias fundamentais, bem como pela existência de uma decisão justa, na qual se aplica corretamente o direito ao fato, sendo a reconstrução a mais aproximada possível da realidade um requisito de justiça da decisão. No que tange a decisão justa, também não restam dúvidas da importância do depoimento das partes para ela se chegar, além disso as garantias fundamentais são preservadas e fomentadas quando da produção desse tipo de prova.

3 – Para Ferrajoli existe uma verdade processual que não é absoluta, pois esta é impossível de alcançar, haja vista os quatro limites que se impõem relativos à dificuldade de reconstrução da verdade fática e jurídica e relacionados com a subjetividade do órgão jurisdicional, bem como com os limites de busca da verdade estabelecidos legalmente. Essa verdade, cujo alcance é limitado, deve ser buscada, e, como se demonstrou o depoimento das partes colabora com essa busca.

4 - Taruffo discute se é possível negociar a verdade, ou seja, se o comportamento das partes, principalmente do réu, pode criar limites à busca da verdade. Em outras palavras podem as partes através de um acordo tácito delimitar o que será discutido em juízo, por um comportamento omissivo do réu. Para o autor isso não é possível, pois a busca da verdade não é objeto de negociação, apresentado os fatos em juízo, independentemente do comportamento réu, a busca da verdade não se limita aos fatos contestados.

5 – A ciência processual moderna não se conforma com a divisão da verdade em verdade formal e verdade material, como se a primeira representasse uma mentira, hoje trabalha-se com um conceito de uma verdade possível, dentro e fora do processo.

6 – Para Lenio Streck, a correta aplicação da norma se dá com a aplicação da Constituição, não importa a reconstrução dos fatos ao juiz, as partes são responsáveis por isso, só a elas interessa a verdade, ao Estado interessa o Direito e, portanto, a correta aplicação da norma.

7 – Juan Montero Aroca critica o processo social que busca a “justiça” em suas decisões dando muitos poderes ao juiz, característica de um Estado e uma justiça autoritários. Não é necessário buscar a “justiça” da decisão, ou seja, a verdade, esse tipo de processo é um processo

demasiadamente político, que macula a imparcialidade do juiz e supre garantias individuais. Para o autor tão importante quanto os direitos materiais são os direitos fundamentais processuais que garantem a tutela dos direitos materiais.

8 – O garantismo e o ativismo, como visto por Juan Montero Aroca não são antagônicos. Aqueles que fomentam a busca da verdade, como exemplo Ferrajoli e Taruffo, não dispensam a existência de um processo civil informado de garantias processuais. Até porque reconhecem que estas garantias são tão importantes quanto a busca da verdade, conforme se demonstrou acima. É neste contexto de busca da verdade através de um juiz cioso de seu papel que o depoimento das partes se apresenta de forma a fomentar a participação de todos no processo.

9 – O conceito de prova no Processo Civil abrange três aspectos, a prova como meio, a fonte que é trazida ao processo (meio); a prova em seu conteúdo essencial, que é a matéria que ela quer trazer ao processo, seu significado (atividade); e a prova como resultado da convicção do juiz (resultado). Neste aspecto, tem-se que o depoimento das partes também é meio de prova, atividade e resultado, pois como se demonstrou atua de forma incisiva muitas vezes na decisão do juiz.

10 – A prova tem função demonstrativa, ainda que se verifique a necessidade do convencimento do juiz. O depoimento das partes cumpre não só essa função demonstrativa, visto que, como já se afirmou, é a melhor fonte de prova, a que melhor conhece os fatos, como também atua no convencimento do juiz, pois a sua subjetividade é neutralizada pela certeza de sua existência.

11 – O direito à prova é um direito fundamental, todavia como todo direito não é absoluto, encontrado limites através de regras de exclusão e privilégio que buscam solucionar questões complexas de conflito entre o direito à prova e outras garantias fundamentais, com a privacidade, a inafastabilidade do Poder Judiciário, entre outros. O depoimento das partes também é um direito fundamental das partes, não podendo haver proibições indevidas, como a proibição de requerer seu próprio depoimento ou a proibição de o advogado fazer reperguntas à própria parte que representa.

12 – Os fatos em juízo não se presumem é necessário demonstrá-los para se chegar a uma boa decisão, assim a prova se faz necessária no processo. Por muitas vezes o depoimento das partes pode ser a única prova do processo, portanto a necessidade de produzi-la.

13 – Apesar de se reconhecer a necessidade da prova, faz-se necessário que tanto se demonstre quem tem o ônus de trazê-la ao processo, bem como se estipulem regras para no caso de a prova não aparecer quais serão as consequências daquela ausência. Até porque, tendo em vista

o *non liquet* o processo precisa chegar ao final com uma decisão. O depoimento das partes, neste aspecto, se apresenta como prova que quase sempre pode ser produzida, podendo evitar assim os efeitos advindo da ausência de prova.

14 – O contraditório participativo aparece como importante instrumento para o processo colaborativo. Esse contraditório é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e inclui além da informação-reação, a necessidade de participação, bem como de influência na decisão. Neste contexto, não resta dúvida de que o depoimento das partes é um momento ápice do contraditório participativo, em que é possível ouvir o outro e com ele dialogar, entendendo suas demandas e resistências.

15 – O princípio da comunhão das provas assegura que a prova a partir de produzida, ou mesmo quando deferida sua produção deixa de pertencer a quem a requere para passar a fazer parte do processo como um todo. Todas as provas produzidas no processo constituem uma unidade chamada conjunto probatório que é coesa. Neste aspecto também, fica evidente que não é possível limitações desnecessárias à produção do depoimento das partes, como destacado acima no item 11.

16 – Considerando que a reconstrução dos fatos é a finalidade principal da prova e a obtenção da convicção do juiz acerca dessa reconstrução tem importância secundária, o juiz não pode ser considerado o único destinatário da prova. De modo diverso, conclui-se que a prova serve a quem interessa a reconstrução dos fatos, incluindo-se, juiz, partes e a própria sociedade. No depoimento das partes ocorre o mesmo, juiz, partes e sociedade tem interesse na sua produção.

17 – Os poderes instrutórios concedidos ao juiz constituem importante elemento de busca da verdade no processo, entretanto não se pode olvidar que a primazia para obter provas é da parte. Sendo assim, nos termos do anteprojeto de Direito Probatório, encabeçado por Leonardo Greco, os poderes do juiz apresentam-se limitados a situações em que as partes não conseguem se desincumbir do ônus ou que se percebe que a verdade está se afastando do processo. A produção do depoimento das partes, na sua modalidade interrogatório livre, é momento de grande importância para que se desenvolva os poderes do juiz.

18 – Os poderes instrutórios do juiz precisam se desenvolver pautados nas garantias fundamentais, são elas que vão estabelecer parâmetros balizadores da atuação probatória do juiz. Assim também deve ocorrer na determinação e colhimento do depoimento das partes.

19 – O depoimento pessoal tem como objetivos esclarecer fatos, fomentar o contraditório participativo, além de provocar a confissão. O juiz não pode determiná-la de ofício, pois ele não

pode ter como objetivo a confissão de nenhuma parte. Ainda que a parte que não depôs não possa ouvir o depoimento da parte que vai depor para preservar a espontaneidade, é necessário que seja dada às partes a possibilidade de se manifestarem sobre o depoimento uma da outra. Apesar de o incapaz não poder renunciar a direitos, portanto não pode confessar, é possível colher seu depoimento com os outros objetivos. Tanto presentantes como representantes de pessoas jurídicas podem prestar depoimento, mas a pena de confissão somente se aplica se eles tiverem poderes para confessar, o que é muito difícil acontecer com o presentante. A parte não pode requerer seu próprio depoimento, mas pode fazer reperguntas.

20 – Existe uma cláusula geral de escusa ao depoimento, nesses casos a justificativa será analisada pelo juiz. Também existem cláusulas específicas de escusa ao depoimento que visam a preservação da intimidade e privacidade dos depoentes ou constituem dever profissional. Ao analisar as escusas, é necessário compreender que existe nesses casos uma colisão entre os direitos fundamentais à honra, privacidade, intimidade e sigilo profissional com o direito fundamental à prova e a busca da verdade, sendo assim o deferimento das escusas devem sempre ser analisados pela técnica da ponderação.

21 – A presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária gerada pela confissão ficta é relativa, ou seja, para operar é necessário que os fatos alegados tenham verossimilhança e que ela harmonize com as demais provas do processo. A confissão ficta é uma alternativa lógica à não colaboração do depoente, compatibilizando o dever de cooperação das partes e a busca da verdade.

22 – A confissão real é meio de prova. Na confissão real a vontade do confitente não pode ser presumida através de conjecturas, deve haver manifestação clara da parte no sentido de confessar. Mesmo a confissão real não tem valor absoluto, precisando haver compatibilização com as demais provas do processo. A confissão extrajudicial deve ser analisada com cautela, pois só é válida se tiver *animus confitendi*. A confissão vista como meio de prova pode ser divisível. Apesar de irrevogável, admite-se que após a confissão o confitente preste nova declaração contraditória à confissão, situação em que serão valoradas ambas declarações dentro do conjunto probatório.

23 – O interrogatório livre é meio de prova que está incluído entre os poderes do juiz que consiste no depoimento das partes sem pena de confesso. Tem como objetivos esclarecer o processo, possibilitar a autodefesa e fomentar o contraditório participativo. O próprio interrogando

pode requerer seu interrogatório ao juiz que para indeferi-lo deverá justificar sua inutilidade ou seu caráter protelatório, bem como o próprio advogado do interrogando lhe fazer perguntas.

24 – No ordenamento jurídico brasileiro existem duas oportunidades das partes se manifestarem no processo: o depoimento pessoal e o interrogatório livre. As semelhanças entre eles são que ambos fomentam o contraditório participativo, possibilitam a autodefesa e esclarecem os fatos, todavia a confissão só pode advir do depoimento pessoal. A parte contrária é a única legitimada a requerer o depoimento pessoal, sendo a sua determinação de ofício inconstitucional. O interrogatório livre pode ser determinado pelo juiz, bem como requerida ao juiz pela parte depoente. É cabível ao juiz e a todas as partes fazerem perguntas durante o interrogatório livre e o depoimento pessoal, por não haver determinação legal que impeça essa conduta.

25 – Importante seria uma melhor sistematização do depoimento das partes no Código de Processo Civil, como se deu, por exemplo, em Portugal. Todavia, entende-se que o interrogatório livre deveria estar disposto entre os meios de prova em uma seção que tratasse do depoimento das partes como gênero.

26 – A oralidade é um modelo de processo que coaduna com as ideias de um processo colaborativo cujo objetivo é de alguma maneira buscar a verdade. O processo oral não se contrapõe à palavra escrita, pelo contrário se vale dela muitas vezes. A oralidade é um instrumento hábil a contribuir com um processo mais efetivo e o depoimento das partes é uma das materializações da oralidade no processo.

27 – A cooperação processual tem entre uma de suas premissas a boa-fé objetiva de todos os agentes do processo, não basta que eles tenham intenções baseadas na boa-fé, é preciso que seu comportamento seja fundado na boa-fé. O processo colaborativo, fundado na cooperação, não enxerga protagonismo no processo, ele busca o trabalho conjunto de todos os atores processuais na consecução de um processo justo. Neste contexto, o depoimento pessoal se apresenta como importante instrumento a fomentar a colaboração no processo, bem como é ato em que fica evidenciada a boa-fé das partes.

28 – A atuação comprometida do juiz com o processo justo obriga ele a tomar o depoimento das partes com atenção, pois estas provas trazem elementos importantes para dar substrato a sua decisão.

29 – As partes podem firmar negócios processuais que impeçam apenas o depoimento pessoal e a confissão. Com relação ao interrogatório livre a sua utilização ou não no processo não

se encontra dentro do âmbito da autonomia da vontade das partes, além de evitar a busca da verdade através de um negócio de conveniência, o que também não é possível.

30 – Ao princípio do *nemo tenetur se detegere* no processo civil deve se dar uma interpretação restritiva de modo que ele se relacione apenas a fatos criminais e, portanto, aliando-se à cooperação. Sendo assim, no depoimento das partes só se aceita recusa de depor quando há autoincriminação.

29 – A dinamização do ônus probatório não é uma sanção, mas uma maneira de conduzir o processo para facilitar a busca da verdade, portanto não pode ser utilizado como sanção. Sendo assim, atitudes não colaborativas das partes em seu depoimento não autorizam a dinamização do ônus probatório.

30 – A conduta das partes pode ser valorada no processo civil tanto positivamente quanto negativamente, por isso o depoimento das partes, seja em qual modalidade for, é importante instrumento para valorar essas condutas. Merece destaque que a própria lei determinou a valoração negativa da parte que não coopera no depoimento pessoal, sendo-lhe imputada a confissão ficta.

41 – O depoimento das partes constitui importante elemento para evitar lides infundadas e assoberbamento do Judiciário, incentivando a Justiça Coexistencial. Tanto realizado por antecipação de prova, tanto em momento anterior ou concomitante à instrução representa uma oportunidade de a parte conhecer as demandas e resistências da outra, sendo esse diálogo aberto fundamental para incentivar a composição.

Diante disso, tem-se que respeitadas essas premissas será possível se utilizar do depoimento das partes para a condução a um processo mais justo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. In *Revista de Processo*. v. 242/2015, p. 21-47.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El garantismo procesal*. Disponível em: <<http://catedraprofesormaza.com.ar/Novedades/UBA%20Derecho%20-%20Posgrado/El%20Garantismo%20procesal%20-%20Alvarado%20Velloso.pdf>>. Acessado em: 25 jul. 2017.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 817-834
- AROCA, Juan Montero. El processo civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In AROCA, Juan Montero (coord.) *Proceso civil e ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas e quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- ARRUDA ALVIM. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.97-110.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Código de Processo Civil Comentado. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. Malheiros, 2006.
- BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinâmicas: qué debe el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge Walter. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa fé: Rubinzal – Culzone, 200, p. 99-107
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In *Temas de direito processual*: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996, p.107-123.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 231 – 238. Jul - Set / 1984.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual nona série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55-67

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de Direito Processual sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 17-29

_____. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-82.

_____. O juiz e a prova. In: *Revista de Processo*. vol. 35/1984. p. 178 – 184. Jul - Set / 1984.

_____. O neoprivatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo*. v. 122/2005. p. 9-21. Abr./2005

_____. *O Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 80.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juízes e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27

_____. Provas atípicas. In: *Revista de Processo*, v. 76, p. 493-510, out.-dez./1994

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de Direito Processual oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107-115.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-67

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador, JusPodvim, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*.

Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11)

22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acessado em: 03 abr. 2017

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 111-146

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos e escrita en francês por Estevam Dumont. Traduzida al castellano por C. M. V. Paris: Bossange Frères, 1825.

BONNIER, Edouard; VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado teorico-practico de las pruebas en derecho civil*. Mexico: Biblioteca de jurisprudencia, 1874, p. 18.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em 15 dez. 2017

_____. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. *Pacto São José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acessado em 15 dez. 2017

_____. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acessado em 15 dez. 2017

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acessado em: 15 jan. 2017.

_____. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acessado em: 21 nov. 2017

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973. p. 1.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acessado em: 17 dez. 2017

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acessado em: 17 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm> Acessado em: 17 dez. 2017

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 17 dez. 2017

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015. p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm> Acessado em: 13 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. AgRg no AREsp 622.786/MG. Brasília, 18 de dezembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Segunda Turma. Resp 1440298/RS. Brasília, 29 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. AgRg no AREsp 569.565/RS. Brasília, 10 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. AgRg no AREsp 264.054/RS. Brasília, 18 de dezembro de 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Organizadores: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012

CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. In *Revista de Processo*. v. 178/2009, p. 47-75, dez./2009.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Santiago Santos Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. Calamandrei, 1945

_____. *Procedure and Democracy*. Nova York: New York University Press. 1956.

CÂMARA. Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas. 2015.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. *Do depoimento pessoal: teoria e pratica*. Saraiva, São Paulo, 1923.

CAMBI, Eduardo. Caráter Probatório da conduta (processual) das partes. *In Revista de processo*. v. 201, p. 59-100, nov./2011.

_____. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.34, 2000, p. 147

_____. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §1º e §2º do NCPC. *In: DIDIER Jr., Fredie. Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 247-270.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile. Milano: A. Giuffrè, 1974.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *In Revista de Processo*, v. 65, p. 127-143, jan.-mar./1992

_____. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971

CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática: área do direito processual civil. 8. ed. rev. e ampl. de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Comentários aos arts. 1º ao 12. *In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58-97.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (coords). *Novo Código de Processo Civil*: anotado e comparado: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho y proceso. Tradución de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEa, 1971.

_____. *Institución del Proceso civil*. Traduzido da 5. Ed. Italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ejea, 1959, v. 1, p. 257.

_____. *La prueba civil*. Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955.

CARPES, Arthur Thompsem. Notas sobre a interpretação do texto e a aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie. *Grandes temas do Novo CPC. Direito Probatório*. v. 5. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 197-209

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHABY, Estrela. *O depoimento de parte em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p.16

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. (Trad. Guimarães Menegale). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. Procedimento oral. In: *Revista forense*. v. 35, n. 74, p. 171–194, abr./jun., 1938.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

CIPRIANI, Franco. *En el centenario del Reglamento de Klein* (El proceso civil entre libertad e autoridad. In *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*. v. 27/2001. Disponível em: <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163>> Acessado em: 10 set. 2017.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Comentários aos artigos 344 a 349. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 935-943.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção europeia dos direitos do home. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acessado em: 01 dez. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acessado em: 12 jan. 2018.

COSTA, Moacyr Lobo da. Confissão e reconhecimento do pedido. In *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 67, n. 2, p.167-212, 1967.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: R. Depalma, 1958.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et.al. *Novas tendências do Processo Civil*. v.3. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 625-634, p. 629-630.

CRUZ E TUCCI. José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade, dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. In *Revista de Processo*. vol. 190/2010. p. 257-269. Dez./2010, p.1.

DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. IN *Revista de Processo*. v. 255/2016. p. 141-166. Maio/2016

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podvim, 2015. 4 v. V. 2.

_____. *Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Revista de Processo*. vol. 198/2011. p. 213 - 226. Ago./ 2011.

_____. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acessado em: 06 out. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONNINI, Rogério José Ferraz. *Bona fides: do direito material ao processual*. In: *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 251, p. 113-126, jan. 2016.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, Tomo I.

ESPÍNOLA, Eduardo. Código do processo do Estado da Bahia anotado. Salvador: Romualdo Santos Livreiro Editor, 1916, v.1, p. 412-413

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodvim, 2016,

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; et. al. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: segunda parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 111 – 201. Mar./2015.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – II FPPC*. Salvador, 2013. Disponível em: <<http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2017.

_____. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – III FPPC*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2017

FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre oralidade no processo civil romano. In: *Revista UNIJUS*. v. 9, n. 10, p. 77-95, mai./2006, p. 93-94

GENTILI, Aurelio. Contradditorio e giusta decisione nel processo civile. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Edição anual 2009. pp. 745-762.

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

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2016,

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.287-302

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *Laissez-Faire* probatório no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 843-864

GRECO, Leonardo. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: primeira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 240/2015. p. 61 – 136. Fev/2015.

_____. A verdade no Estado Democrático de Direito. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 15/2005, p. 340-346. Jan-Jun./2005

_____. *Alguns apontamentos sobre a disciplina das provas no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.academia.edu/32987527/ALGUNS_APONTAMENTOS SOBRE_A_DISCIPLINA_DAS_PROVAS_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015.docx> Acessado em 23 mar. 2017.

_____. “Contraditório Efetivo”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume 15. Jan-jun 2015. pp. 299-310

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

_____. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. v. V. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. v. V. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003-2004 p. 213-269 Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2017.

_____. *O princípio do contraditório*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.24, 2005.

_____. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 1/2007. p. 7-28. Out.-Dez./2007, p.10.

_____. Publicismo e privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo*. vol. 164/2008. p. 29-56. Out./2015

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, et. al. *Processo em jornadas: XI Jornadas brasileiras de Direito Processual; XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodvim, 2016.

GUEDES, Cintia Regina. et. al. A reforma do Direito Probatório no Processo Civil brasileiro: terceira parte Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais”. In: *Revista de Processo*. vol. 242, p. 91 – 164. Abr./2015

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GUSMÃO, Aureliano Manoel. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva, 1922-1924, 2v. v.2.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 25-54.

ITÁLIA. Regio Decreto 28 ottobre 1940 (Codice de Procedura Civile) Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2013/04/10/disposizioni-general-dei-poteri-del-giudice>> Acessado em: 25 set. 2017.

JARDIM, Afranio Silva. *As ilegais conduções coercitivas e o comportamento omissivo do Supremo Tribunal Federal. O Ativismo judicial por omissão*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/as-ilegais-conducoes-coercitivas-e-o-comportamento-omissivo-do-supremo-tribunal-federal-o-ativismo-judicial-por-omissao-por-afranio-silva-jardim>>. Acessado em 12 jan. 2018.

KNIJNIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acessado em: 20 out. 2017.

LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.91-106.

LIEBMANN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1952.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. In *Revista de Processo*. vol. 29/1983. p. 79 – 81. Jan.- Mar./1983, p.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 49-58.

_____. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In; *Revista de Processo*. v. 13/1979. p. 86-108. Jan.-Mar./1979, p.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários dos arts 332 ao 381. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 571-588

_____. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa, requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada, identificação das decisões imotivadas. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 17, número 1. Jan-jun 2016. Pp. 164-192.

MALATESTA, Nicolás Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Madri: La España Moderna, 1895?, tomo 1

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.117

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal x verdade material. In *Revista dos Tribunais*. v. 97, n. 875, p. 432-452. Set./2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. 5, t. 2, São Paulo: RT, 2005

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 05, 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/42>>. Acessado em: 20 de fev. 2017

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. em ebook baseada na 3. ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2

MARRAFON, Marco Aurélio. O futuro do Direito como Direito fraterno. *Consultor jurídico*, 29 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/constituicao-poder-futuro-direito-direito-fraterno>> Acessado em: 01 mai. 2017

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A Atuação do juiz na direção do processo. In FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179-229

MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Trad. del italiano por S. Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1961.

MIRZA, Flávio. Reflexões sobre avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 327-348.

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil> Acessado em: 09 ago. 2017.

_____. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77 jan/mar.2012, p.73

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 292f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, p. 267

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação civil processual extravagante em vigor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

NETO, João Luiz Lessa. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 244., p. 427-441, jun. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Algumas considerações sobre as limitações procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151814530.verdadee prova.pdf>> Acessado em: 10 dez. 2017

_____. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 111-130

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador, JusPodvim, 2017.

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: RT, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 219f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 163

OLIVEIRA, Carlos Alberio Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. 2.ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In *Revista de Processo*, v.137, p.7-31, jul.2006

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acessado em: 08 ago.2017, p. 10/11

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução nº 02*, de 19 de outubro de 2015 (Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/ art20151104-01.pdf>> Acessado em: 13 nov. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6831/atualizando-uma-visao-didatica-da-arbitragem-na-area-trabalhista/3>. Acessado em: 16 jul. 2017, p.24-25

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In *Ensaio e Artigos*. v.2. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 361-373, p. 369.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errónea percepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Traduzido por Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Alves, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para a sua implementação. *In Revista Eletrônica de Direito processual*. v. 15, p. 240-267, jan./jun-2015.

_____. *Direito Processual Civil Contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias*. v. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

PORTUGAL. Lei nº 41, de 23 de junho de 2013 (Código de Processo Civil). Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acessado em: 07 jul. 2017

RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. *In: DIDIER Jr., Fredie. Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 263-282

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. *In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.273-286.

_____. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. *In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.255-271.

RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. *In: DIDIER Jr., Fredie. Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 263-282.

RICCI, *Tratado de las pruebas en derecho civil e penal*. Madri: La España Moderna, s/d, t. 1, p.8-9.

RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *In Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 20, p. 1-9, 1981

RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 501-531

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. As virtudes do depoimento pessoal. In *Revista dos Tribunais*. V. 666/1991. P. 235-238, abr. 1991, p. 1.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002

RUBIN, Fernando. *Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade*. 17 out. 2013. Disponível em: < http://www.bdt.d.uerj.br/roteiro_uerj_web.pdf > Acessado em: 22. ago.2017.

SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. *A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório*. 2017. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1961, 5 v. V. 1

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3.ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1963, 5 v. V. 2

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada. Provas*. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 283-306

SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. 3 v. V. 1.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ago. 2013.

SILVA MELERO, Valentin. *La prueba procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I.

SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 211-246.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. Novas perspectivas sobre a oralidade no processo. In *Revista de Processo*, v.2, p.145-178, jul./dez. 2015

STRECK, Lenio Luiz; Delfino, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição, 23 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acessado em: 02 mai. 2017

_____. *Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>>. Acessado em 25 mar. 2016. Entrevista concedida a Alessandro Cristo, Márcio Chaer, Marcos de Vasconcellos e Maurício Cardoso.

_____. *Como exorcizar os fantasmas do livre conhecimento e da verdade real*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>. Acessado em: 15 Ago. 2017.

_____. *Judiciário quer nomear ministros: sugiro para saúde não fumante*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>. Acessado em 12 jan. 2018.

_____. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>> Acessado em: 15 Ago. 2017.

_____. *Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo*. In *Sequência*. v. 37. n. 74/2016. p. 115 – 135. Dez/ 2016.

_____. *Verdade e consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

STÜRNER, Rolf. Oralidade e escritura no Processo Civil europeu. Traduzido por Ronaldo Kochem. In *Revista de Processo*. v. 223/2013, p. 111-129. Set./2013

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, e ação monitória). *Revista de Processo (REPRO)*, São Paulo, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005

TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf>> Acessado em 05/10/2016, p. 16-17.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Traduzido por Lorenzo Cordova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, maio 2011, p. 111-136

TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Direito Probatório*. (Coleção Grandes temas do Novo CPC.) 8. v. V. 5. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.59-60, p. 62.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 4 v. V. 1.

_____. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B7nepTzDrYuZblJoN1lxMDRPV2s/view>>. Acessado em: 10 out. 2017

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 4. v. V.4.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O juiz aplica a lei à verdade dos fatos? In *Revista de Processo*. v. 216/2013, p. 425-430. Fev./2013

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; RAMOS, Glauco Gumerato; NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p.199-206.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva.