



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Filipe de Castro Guimarães

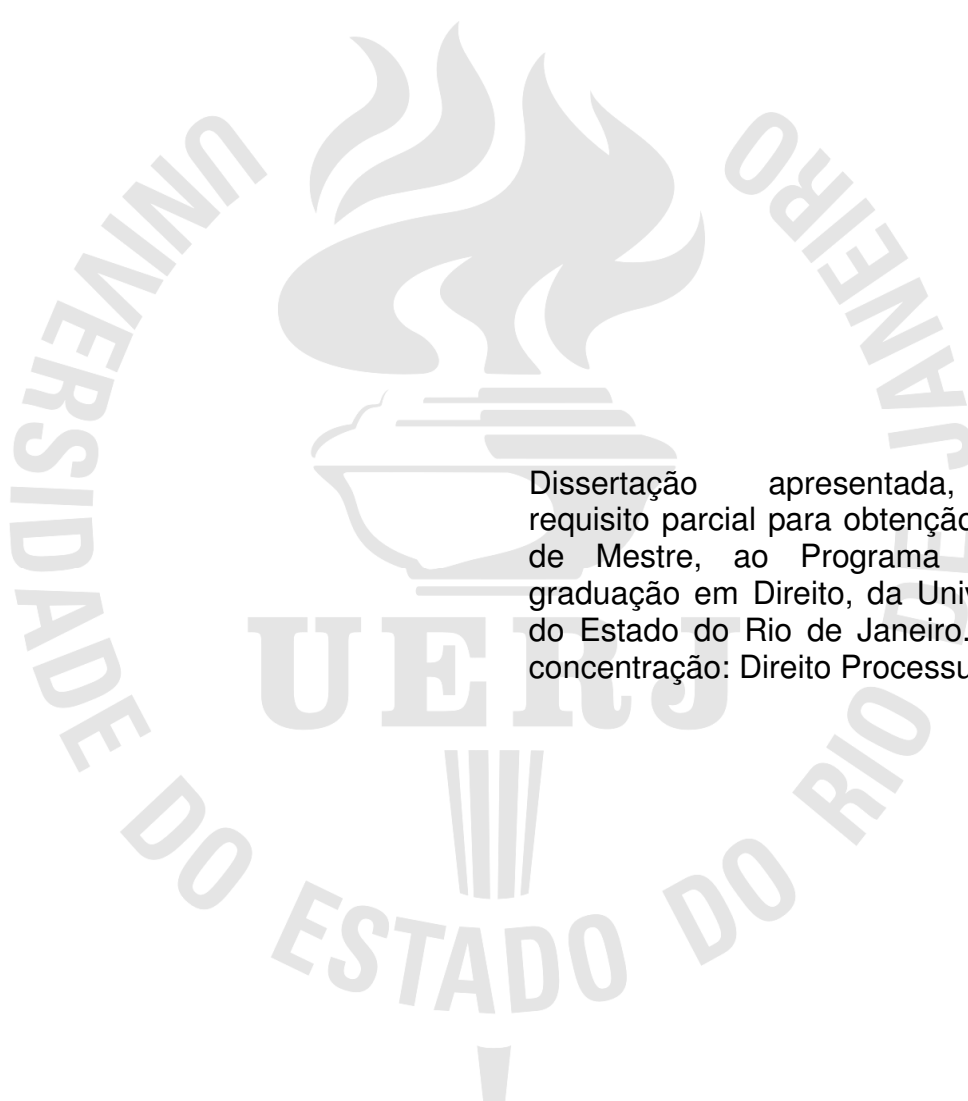
**Iniciativa probatória judicial: uma análise crítica das premissas  
teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase  
probatória do processo**

Rio de Janeiro

2013

Filipe de Castro Guimarães

**Iniciativa probatória judicial: uma análise crítica das premissas teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória do processo**



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

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2013

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

G963      Guimarães, Filipe de Castro.

Iniciativa probatória judicial : uma análise crítica das premissas teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória do processo / Filipe de Castro Guimarães. – 2013.

226 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco.

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

1. Prova (Direito) - Teses. 2. Direito processual– Teses. 3. Processos – Teses. I. Greco, Leonardo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.94

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

---

Assinatura

---

Data

Filipe de Castro Guimarães

**Iniciativa probatória judicial: uma análise crítica das premissas teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória do processo**

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

Aprovada em 26 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Leonardo Greco (orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2013

## DEDICATÓRIA

Para Sonia Maria, José Raul e José Luiz.

## AGRADECIMENTOS

Nada na vida é resultado de um esforço único ou isolado. São muitas (felizmente) as pessoas com quem contraí uma deliciosa dívida de gratidão. Não tentarei citar todos pela certeza de que seria impossível fazê-lo sem incorrer em graves e imperdoáveis omissões, mas também não posso deixar de mencionar algumas em especial.

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, ao Professor Doutor Leonardo Greco, orientador deste trabalho, pelos ensinamentos que pude colher ao longo dos últimos anos e, principalmente, pelo exemplo de dedicação acadêmica que transmite aos que têm o privilégio de serem seus alunos.

Agradeço também ao Professor Doutor Antonio do Passo Cabral, que enxergou em mim qualidades que eu não sabia possuir e me estendeu a mão para tornar possível uma série de realizações pessoais.

Sou também muito agradecido ao Professor Doutor Flavio Galdino, por confiar em mim por tanto tempo e por ter, desde sempre, me estimulado a abraçar a carreira acadêmica.

Quero ainda agradecer ao suporte que encontrei em Matheus Barcelos e Rafael Pimenta, brilhantes advogados e acadêmicos, de quem tenho o privilégio de desfrutar da amizade e com quem aprendo diariamente. Sem vocês, a minha rotina seria mais árdua.

Sou também muito agradecido por toda ajuda e compreensão que encontrei nos demais profissionais do escritório de advocacia em que trabalho. Neste particular, não posso deixar de fazer referência à secretária Cristiane da Silva Muniz e às jovens e talentosas advogadas Tatiana Melamed e Julianne Zanconato, que tanto me ajudaram se desincumbindo de tarefas minhas, assim permitindo que esse trabalho pudesse ser concluído.

Agradeço, por fim, a toda a minha família, aqui representada nas figuras dos meus pais, Sonia Maria de Castro, José Raul Guimarães, José Luiz Dias de Matos e do meu avô, Carlos Fonseca de Castro (*i. m.*), meus exemplos pra toda a vida. Não seria quem sou hoje se não fosse a dedicação de vocês.

## RESUMO

Guimarães, F. de C. *Iniciativa probatória judicial: uma análise crítica das premissas teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória do processo*. 2013. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A dissertação tem por objeto a análise das três principais premissas teóricas do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória do processo, entendido este como o modelo que admite que o juiz investigue os fatos trazidos pelas partes através da designação de provas de ofício. Assim, analisam-se a verdade no processo, a igualdade das partes e a imparcialidade judicial. O objetivo do estudo, como se vê, não é apontar o modelo mais eficiente, mas analisar de forma crítica as premissas que conferem suporte teórico ao modelo vigente nos países da Europa continental e da América Latina para, ao final, concluir se o modelo publicista está ou não corretamente justificado no plano teórico.

Palavras-chave: Prova. Juiz. Verdade. Igualdade. Imparcialidade.

## ABSTRACT

Guimarães, F. de C. *Judge's active role: criticizing the publicist theoretical premises of Judge's participation to evidentiary procedure*. 2013. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This work aims at discussing the three main theoretical premises concerning the active role of a judge during the evidentiary phase of a judicial proceeding. This model is understood as the one in which the judge is allowed to investigate facts submitted by the parties by means of ordering *ex officio* evidence. We, thus, study how the material truth in the proceedings, equality of the parties, as well as the impartiality of the judge are dealt with in such model. The purpose of the work, as can be seen, is not to identify the most efficient regime, but to critically analyze the premises which provide theoretical background to the regime currently in force in continental Europe and Latin America, in order to conclude whether such regime is properly supported from a theoretical perspective or not.

Key-words: Evidence. Judge. Truth. Equality. Impartiality.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
1 PROCESSO, PROVA E VERDADE .....	18
1.1 Algumas noções importantes sobre verdade e direito .....	18
1.2 Primeiro plano: a função da prova é alcançar a verdade? .....	23
1.2.1 <u>Modelo persuasivo da prova</u> .....	23
1.2.2 <u>Modelo demonstrativo da prova</u> .....	25
1.2.3 <u>Conclusões parciais</u> .....	28
1.3 Segundo plano: limitações à atividade cognitiva .....	32
1.3.1 <u>Liberdade das partes na delimitação dos fatos e das provas</u> .....	32
1.3.2 <u>Limitações probatórias: as provas ilícitas</u> .....	35
1.3.3 <u>Indícios, presunções e regras de experiência</u> .....	43
1.3.3.1 Indícios .....	44
1.3.3.2 Presunções .....	45
1.3.3.3 Regras de experiência.....	48
1.3.4 <u>O problema da prova pericial: dependência da confiabilidade dos métodos científicos</u> .....	51
1.3.5 <u>É possível falar em um dever de veracidade dos litigantes e de seu advogados?</u> .....	57
1.4 <b>Conclusões sobre processo, prova e verdade</b> .....	65
1.5 <b>Considerações finais: designação de provas pelo juiz e a verdade</b> .....	77
2 IGUALDADE DAS PARTES .....	80
2.1 Igualdade no Estado Moderno .....	80
2.2 Noções gerais sobre Igualdade e Direito .....	83
2.3 A igualdade material .....	89
2.4 A igualdade no direito processual .....	91
2.5 <b>Designação de provas de ofício e a igualdade das partes: desfazendo o mito da igualdade</b> .....	103
2.5.1 <u>Primeiro argumento: O processo de equalização é possível?</u> .....	105
2.5.2 <u>Segundo argumento: A igualdade (ou a desigualdade) é aferida pelo trabalho dos advogados</u> .....	108

2.5.3 <u>Terceiro argumento: ao designar a prova de ofício, o juiz quer a verdade</u> .....	115
2.6 <b>Conclusões sobre a igualdade e a designação de provas de ofício</b> .....	118
<b>3 SOBRE A IMPARCIALIDADE</b> .....	123
3.1 <b>A relevância do estudo da imparcialidade</b> .....	123
3.2 <b>A desconhecida imparcialidade: ausência de uniformidade no tratamento do tema</b> .....	124
3.2.1 <u>Relevância do estudo da imparcialidade no processualismo contemporâneo</u> .	126
3.2.1.1 Alargamento dos poderes do magistrado pela multiplicidade de possibilidades interpretativas da norma .....	126
3.2.1.2 Judicialização da vida: o Judiciário é chamado a enfrentar novas questões.	129
3.2.1.3 À guisa de conclusão sobre a relevância da imparcialidade .....	133
3.3 <b>Conteúdo jurídico da imparcialidade</b> .....	135
3.3.1 <u>Imparcialidade como garantia inerente à tutela jurisdicional efetiva</u> .....	135
3.3.2 <u>Imparcialidade e neutralidade</u> .....	138
3.4 <b>O conteúdo jurídico da imparcialidade propriamente dito</b> .....	140
3.4.1 <u>Imparcialidade em sentido estrito</u> .....	141
3.4.2 <u>Independência</u> .....	146
3.4.3 <u>Juiz natural</u> .....	155
3.5 <b>Produção de provas <i>ex officio</i> e a imparcialidade</b> .....	158
3.5.1 <u>Sobre o Princípio Dispositivo, um princípio em mutação</u> .....	158
3.5.1.1 Um pouco de história.....	158
3.5.2 <u>Códigos autoritários e códigos liberais?</u> .....	161
3.5.3 <u>A mutação</u> .....	179
3.6 <b>A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos</b> .....	183
3.7 <b>Enfim, a imparcialidade e a designação de provas pelo juiz</b> .....	192
3.8 <b>Conclusões a respeito da imparcialidade</b> .....	203
<b>CONCLUSÕES</b> .....	208
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	213

## INTRODUÇÃO

### A origem da ideia

O debate em torno dos poderes instrutórios do juiz existe há muito tempo. Recentemente, no fim do século XX e nos albores do século XXI, esse debate ganhou novo fôlego e novas tonalidades em razão de estudos produzidos na Europa, especialmente pelo espanhol Juan Montero Aroca (autor das importantes obras, todas citadas neste estudo, *La prueba en el proceso civil*, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidade*, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, *El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria*) e pelo italiano, recentemente falecido, Franco Cipriani (autor de importantes contribuições sobre as origens históricas da lei processual italiana e do modelo processual vigente, como em *Nel centenario del Regolamento di Klein [il processo civile tra libertà e autorità]*, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile [a proposito dell'art. 187, 3º comma, c.p.c.]* e *El abogado y la verdade*, também citadas ao longo deste estudo).

A corrente (ou orientação) dos professores Montero Aroca e Cipriani ficou conhecida como “revisonista” ou “privatista”, porque encerra a ideia de que o Estado Democrático de Direito não comporta um processo construído e interpretado sob a perspectiva do juiz, como seria o processo vigente (nesse sentido é famosa a comparação de Cipriani do hospital feito para atender os médicos e não os pacientes). Na base de tudo está o pensamento de que o processo que conhecemos hoje é fruto de sistemas processuais implantados na Europa na primeira metade do século XX por governos de ideologias autoritárias e de pouco apego à democracia, como o fascismo, o nazismo, o franquismo e o comunismo. É também ressaltada a influência do Código de Processo austríaco, de autoria de Franz Klein, em 1895.

Os estudos rapidamente ganharam adeptos, na Europa e também na América Latina (exemplo expressivo é o do professor argentino Adolfo Alvarado Velloso, autor de importantes obras afinadas com o pensamento revisonista, tais como *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* e *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*). O revisionismo se firmou como corrente e

aponta na ideologia autoritária a origem do fenômeno da socialização do processo e de princípios hoje consagrados, como a oralidade e a boa-fé. Combate com ênfase a figura do juiz autoritário (o *juiz Fhrer*) e professa a urgência de um sistema processual mais garantista, que seria compatível com a nova ordem democrática de valorização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Juan Montero Aroca ainda coordenou importante obra (*Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), que conta com estudos de diversos processualistas europeus e latino americanos que expressaram sua opinião acerca dos temas que giram em torno das origens históricas dos códigos continentais, do protagonismo judicial no processo e, em especial, da atuação judicial de ofício na fase probatória do processo. Mais do que isso, a obra representa um apanhado das opiniões de autorizadas vozes acerca da concepção da relação que se estabelece entre processo e Estado Democrático de Direito. Além de textos de lavra do próprio Juan Montero Aroca e de Franco Cipriani, a obra reúne estudos de Giovanni Verde, Adolfo Alvarado Velloso, José Carlos Barbosa Moreira, Joan Picó i Junoy, Eugenia Ariano Deho, Federico G. Domínguez, Ignacio Díez-Picazo, Luíz Correa de Mendonça e Girolamo Monteloene.

A leitura dessas obras me inspirou e fez crescer, pouco a pouco, a vontade de pesquisar o tema da iniciativa probatória judicial. A perspectiva da obra, no entanto, é substancialmente diversa dos conhecidos estudos sobre o assunto. Optei pela análise da estrutura do modelo vigente nos sistemas jurídicos integrantes da família do *civil law* (que admite a designação de provas de ofício), mediante uma investigação dos seus pressupostos teóricos, as premissas que consubstanciam a teoria que justifica a adoção desse modelo.

### **O modelo publicista e os seus pressupostos teóricos**

Sabe-se que no final do século XIX, o direito processual era regido por princípios privatistas. Aos primeiros sinais de desenvolvimento da ciência processual, na virada do século XIX para o século XX, deu-se então uma “guinada” e o processo passou a ser compreendido como um espaço de produção de decisões que interessam ao próprio Estado.

E esta mudança de premissa justificou a aplicação de uma série de princípios publicistas ao processo. Justificou, ainda, a adoção, com intensidade crescente ao longo do último século, de modelos probatórios em que o representante do Estado no processo (o juiz) enfeixa poderes para investigar os fatos, determinar a produção de provas de ofício, enfim, laborar em conjunto com as partes na fase probatória com o objetivo de alcançar a verdade (denominamos este modelo, para fins de simplificação, de “modelo publicista”, por ser o modelo defendido por autores que se autodenominam “publicistas”, em contraposição aos autores privatistas ou revisionistas).

Essa concepção de processo ganhou força ao longo do século XX e a figura do juiz inerte – ou “glacial” na feliz expressão de José Carlos Barbosa Moreira – que um dia foi compreendido como penhor da imparcialidade, é hoje repudiado. Mas, bem se sabe que essa foi apenas uma das reviravoltas do processo ao longo da sua história. A predominância de elementos publicistas ou privatistas alterou-se ao longo do tempo, sendo possível indicar modelos inquisitórios antes mesmo do século XIX (o que contraria a ideia de que o processo era exclusivamente regido por princípios privatistas até o século XX).

Mas em que momento – e, principalmente, levados por que razões – os processualistas do final do século XIX e início do século XX passaram a considerar melhor ou mais eficiente um modelo processual probatório em que o juiz participa ativamente, designando provas de ofício?

Alguns marcos legislativos no Brasil e alhures indicam com precisão o momento em que a legislação processual passou a refletir a concepção de processo sob a perspectiva do Estado. A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, lavrado por Francisco Campos, deixa claro que se trata de um marco legislativo no Brasil no que diz respeito à participação do juiz no processo. É eloquente, nesse sentido, a passagem que indica a necessidade de que o juiz seja o responsável não apenas pela direção formal do processo, mas também por “intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade”, justificativa para “a largueza com que lhe são conferidos poderes” – poderes estes desconhecidos no “processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos”.

Mas a razão para a tal “guinada” não parece estar suficientemente explicada. De acordo que as pesquisas que vêm sendo levadas a efeito sobre o tema, e agora

partindo para uma análise do cenário global, é possível identificar alguns marcos na história do direito processual que forjaram as condições para que o processo comportasse atuação de ofício do juiz na fase probatória.

Como já noticiado acima, alguns renomados autores identificam essa mudança de perspectiva na ascensão ao poder de regimes políticos de viés autoritário. Outro marco perceptível é a intensa produção doutrinária que determinou a revisão do princípio dispositivo e do princípio da imparcialidade, redefinindo algumas estruturas do sistema processual até então vigentes.

Seja como for, a fotografia tirada hoje revela um sistema processual alicerçado na busca frenética pela verdade, inclusive dotando o juiz de poderes para alcançá-la. A produção doutrinária costuma justificar esse modelo em três premissas básicas: a obtenção da verdade, a mitigação de desigualdades entre as partes e a não afetação da imparcialidade.

Explico melhor.

### **Em que consiste este trabalho**

Neste trabalho, não procurei comparar o modelo publicista a um modelo que suprima em absoluto ou conceda em menor medida poderes ao juiz. Tampouco o leitor poderá encontrar sinais de minhas supostas preferências a respeito do tema. A tentativa que reside neste trabalho é a de investigar com rigor a estrutura teórica do modelo publicista. Em outras palavras, indagar se de fato o modelo se sustenta pelas premissas teóricas indicadas na doutrina.

A rigor, este trabalho representa uma tentativa de perscrutar o modelo vigente, investigar suas estruturas, mergulhar em suas origens históricas (por uma opção metodológica, a investigação histórica encontra-se no capítulo sobre a imparcialidade) para então confirmar se o modelo publicista de participação do juiz na fase probatória se sustenta pelas suas próprias premissas ou, então, para expor as suas fragilidades, a sua inconsistência teórica.

Em primeiro lugar, a doutrina de viés publicista sustenta a viabilidade teórica do modelo de participação ativa do juiz na fase probatória ao argumento de que a justiça só pode ser realizada no caso concreto quando a verdade é alcançada. De

acordo com essa orientação, a completude do conhecimento acerca dos fatos é condição para um julgamento justo e esse conhecimento depende, segundo sustentam, do alcance da verdade. E o alcance da verdade seria mais eficaz quando, além das partes – que procuram comprovar os fatos apenas de acordo com seus próprios interesses – há também a contribuição de um terceiro imparcial que, além de fixar os pontos controvertidos e deferir e indeferir os pedidos de produção de provas veiculados pelas partes, atua ele próprio como um investigador dos fatos. A busca da verdade funcionaria então como fator de legitimidade para o modelo publicista. Esta é a sua primeira premissa teórica.

Em segundo lugar, e também operando como fator de legitimidade do modelo, a doutrina costuma identificar a segunda das três premissas aqui abordadas: a igualdade das partes. De acordo com estudos muito sérios, a participação ativa do juiz na fase probatória, com a possibilidade de designação de provas de ofício, seria necessária porque funcionaria como condição para o alcance de uma situação ideal em que as partes se encontrariam em plena igualdade de condições de lutar pelos seus direitos. Costuma-se ainda falar em *isonomia das partes* ou em *paridade de armas*. Essa situação – a igualdade das partes – é, portanto, a segunda premissa teórica do modelo publicista.

Em terceiro e último lugar, a doutrina costuma tratar da imparcialidade. A imparcialidade funciona aqui como uma espécie de *condição negativa*, no sentido de que a doutrina publicista entende que o modelo probatório que confere amplos poderes ao juiz pode – e deve – ser implementado porque não ofende a garantia processual da imparcialidade. Aliás, a menção à imparcialidade como freio para a concessão de poderes probatórios ao juiz é histórica. Talvez, por isso boa parte da doutrina do século XX e dos dias atuais tenha se apressado em dizer que designar provas de ofício não oferece riscos à imparcialidade. Não afetação da imparcialidade: esta é a terceira premissa teórica do modelo publicista.

De um modo geral, é possível perceber que os estudos levados a efeito sobre o tema afirmam a superioridade do modelo baseado na concessão de amplíssimos poderes probatórios ao juiz repetindo palavras mágicas, como se fosse um mantra: o modelo está correto porque (i) o juiz deve conhecer a verdade para julgar com justiça; (ii) o juiz deve igualar as partes naturalmente desiguais; e (iii) o juiz deve designar provas porque não perde a imparcialidade ao fazê-lo.

Mas será que é mesmo assim? Abstraindo por completo as preferências de um ou de outro autor por um modelo em que predominam componentes de natureza publicista ou privatista, será que realmente o modelo baseado na designação de provas de ofício funciona desta forma? As vantagens que o modelo oferece são realmente estas? O modelo não apresenta desvantagens?

Os debates travados a respeito de qual modelo seria o mais compatível com a atual ordem constitucional se acirraram ao longo das últimas décadas talvez porque tenham se politizado excessivamente. Por isso, publicistas e privatistas (ou revisionistas) se mostram muito aguerridos em defender seus pontos de vista. Com alguma frequência se acusam e os publicistas são associados a autoritários enquanto os privatistas são designados como neoliberais.

Cabe advertir que este estudo não se filia a nenhuma dessas correntes de início. Durante a sua elaboração, procurei manter certo distanciamento para que o trabalho pudesse se manter focado nas premissas teóricas do modelo vigente, mas também para que a análise não recebesse os influxos de minhas próprias preferências políticas e ideológicas. Como será possível identificar com relativa facilidade, algumas conclusões alcançadas no estudo a respeito das premissas do modelo publicista indicadas acima se afinam com a teoria defendida pelos publicistas, enquanto outras conclusões estão mais alinhadas com o que defendem os autores privatistas.

O trabalho está desenvolvido em três capítulos antes de serem lançadas as conclusões.

O primeiro capítulo é dedicado à verdade no processo. Será a oportunidade de analisar a estrutura do processo e em que medida esta estrutura está voltada para a obtenção da verdade e como a verdade interage com outros valores de mesma estatura. O objetivo é estabelecer em que medida a participação do juiz aumenta as chances de que uma maior porção de verdade seja alcançada e, por consequência, o julgamento se aproxime da resolução mais justa possível. Em suma, o objetivo é compreender se, do ponto de vista da primeira premissa, o modelo publicista realmente goza de consistência teórica.

No segundo capítulo, será tratado o tema da igualdade no direito processual. A análise engloba a compreensão do conceito de igualdade material e os vários expedientes de que se vale o sistema processual para atenuar diferenças entre os litigantes em busca de uma situação ideal de igualdade. Além disso, é este o espaço



em que procurei encontrar as relações possíveis entre a atividade probatória judicial e a igualdade dos litigantes. O objetivo, como não poderia deixar de ser, é compreender se o aumento dos poderes probatórios do juiz guarda relação com a igualdade das partes, com a paridade de armas.

Em terceiro lugar, mas não menos importante, será analisado o princípio da imparcialidade sob a perspectiva da garantia dos cidadãos. O tema será apresentado de forma abrangente. Além de analisar todas as faces da imparcialidade (como a independência, o juiz natural *etc.*), o capítulo compreende a pesquisa histórica sobre o processo de revisão dos princípios, dispositivo e da própria imparcialidade, processo que se confunde com o próprio desenvolvimento da ciência processual ao longo dos dois últimos séculos. No capítulo é abordada e enfatizada a imparcialidade entendida como garantia do cidadão, perspectiva que se encontra refletida na jurisprudência das cortes supranacionais de direitos humanos. O objetivo é entender se a imparcialidade compreendida desta forma é ou não compatível com a designação de provas de ofício pelo juiz.

Como se vê, a proposta é analisar de forma crítica esta construção. Assim serão analisadas uma a uma, as três premissas teóricas do modelo publicista.

O objetivo – é sempre oportuno repetir – não é indicar o modelo de nossa predileção ou justificar um determinado modelo mais garantista ou mais eficiente. A proposta consiste basicamente em analisar as estruturas desse edifício, investigar até que ponto o modelo publicista se encontra realmente justificado do ponto de vista científico. Em suma, pretendemos responder à seguinte pergunta: o modelo publicista de participação do juiz na fase probatória realmente se sustenta pelas premissas teóricas que vêm sendo indicadas pela doutrina?

Para tanto, foram analisados estudos sobre os temas pertinentes de autores clássicos e contemporâneos, brasileiros e estrangeiros. Foram ainda analisados alguns julgados dos tribunais superiores brasileiros e, especialmente ao tratar da imparcialidade, julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por se tratar de um estudo teórico, as referências a dispositivos legais são intencionalmente escassas. Obviamente, interessa saber como cada país define seu sistema probatório. Contudo, optou-se por partir da premissa de que o modelo de participação ativa do juiz com possibilidade de designação de provas de ofício é o modelo adotado nos países da Europa Continental e da América Latina.

Seguramente, há particularidades em um ou em outro país que fazem com que determinados sistemas possam ser reconhecidos como mais ou menos inquisitórios. Em todo caso, a possibilidade de designação de provas de ofício é uma realidade nos ordenamentos ocidentais.

Também pelo fato de ser um estudo teórico, algumas questões normalmente aventadas sobre o tema deixaram de ser abordadas aqui. Por exemplo, a adaptação do modelo em razão da disponibilidade dos interesses em jogo é um tema rico e cheio de variantes. Normalmente, os autores encaram com reservas a designação de provas pelo juiz quando o que está em jogo são interesses disponíveis, defendendo a medida apenas em caráter supletivo. Mas o mesmo não se aplica quando os interesses são indisponíveis, hipótese em que a atuação de ofício do juiz é amplamente admitida, sem ressalvas. Entretanto, e como o estudo foi inspirado na vontade de compreender e analisar criticamente as premissas teóricas do modelo que assumimos como prevalente (afinal, seja qual for o interesse em jogo, o juiz está autorizado a designar provas de ofício), também não me pareceu necessário ou mesmo proveitoso abranger essa variável nas investigações.

Se tem razão Nicola Picardi, citando Karl Popper, quando sustenta que o dilema, no fundo, não está em determinar *quem exerce o poder*, mas em *como se controlar quem exerce poder*, então é possível dizer que este estudo se insere em uma corrente que pretende compreender com rigor a teoria que legitima o exercício de poder. No caso, compreender a teoria que legitima o exercício de determinados poderes no processo pelo juiz.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que poder, em alguma medida, equivale a discricionariedade e exercer poder significar agir com alguma dose de discricionariedade, podendo escolher uma dentre duas ou mais alternativas igualmente legítimas, o Estado Democrático de Direito reclama a compreensão exata de como controlar esses agentes de poder. Se urge implementar mecanismos de controle do exercício do poder, é imprescindível, antes de qualquer coisa, entender se o modelo que admite o exercício desse poder está assentado em premissas teóricas corretas.

Sem que esta teoria seja compreendida com exação – despida de paixões, alheia a ideologias –, não parecem gozar de validade algumas reflexões a respeito dos poderes probatórios do juiz, acerca do caráter político ideológico do sistema

processual ou sobre em que medida as garantias das partes são violadas por um juiz ativo, costumeiramente indicado como autoritário.

Não tenho a pretensão de lançar a pedra fundamental para estudos mais avançados sobre o tema, afinal, muitas vozes autorizadas já se manifestaram (e ainda vêm se manifestando, dada a atualidade do tema) sobre os poderes probatórios do juiz. Mas penso que compreender o colchão teórico em que se assenta o modelo publicista de participação judicial é o primeiro e grande passo para outras reflexões – se não para o leitor, ao menos para as minhas próprias.

Para que uma ciência seja verdadeiramente uma ciência, seus modelos devem estar calcados em pressupostos teóricos consistentes. Não há ciência sem teoria. E não há teoria sem discussão.

Discutir então as premissas teóricas do modelo existente há tanto tempo estabelecido é, antes de tudo, colaborar para a sua melhor compreensão, contribuir para o seu aperfeiçoamento, enfim, “colocar um tijolo nessa grande construção”.

## 1 PROCESSO, PROVA E VERDADE

### 1.1 Algumas noções importantes sobre verdade e direito

O objeto do presente capítulo é analisar a função da prova no processo e, especialmente, em que medida o processo, e em particular em razão da prova, pode ser considerado um instrumento eficaz para a descoberta da verdade – entendida esta como a correspondência entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que se faz desse fato<sup>1</sup>.

A pertinência da verdade para o objeto deste estudo é absoluta. Analisar em que medida o processo está estruturado para o alcance da verdade permite melhor avaliar a conveniência de se adotar um modelo de participação ativa do juiz na atividade probatória – de fato, a busca da chamada “verdade substancial” é uma das premissas do modelo publicista de processo, que passa pela ideia de concessão de amplos poderes probatórios ao juiz como medida necessária para a descoberta da verdade<sup>2-3</sup>.

A verdade (a sua descoberta ou o seu conhecimento) é assim tida como um pressuposto dos julgamentos justos. O próprio sistema jurídico herdado do positivismo e de suas bases iluministas, de certa forma, alimenta essa ideia. Segundo essa visão, ainda tão presente entre nós, o direito mesmo é encarado como instrumento de revelação de verdades através do raciocínio silogístico<sup>4</sup>. O

---

<sup>1</sup> Ideia que se aproxima do conceito de origem aristotélica de adequação entre o intelecto e a coisa. Embora de usual utilização, o conceito não passou imune às críticas de algumas das mais modernas correntes jurídicas. Sobre o tema, confira-se o estudo de: BERTOLINO, Pedro J. *La verdad jurídica objetiva*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 22.

<sup>2</sup> A busca da verdade há tempos vem sendo apontada como justificativa para a concessão de poderes instrutórios ao juiz. A título de exemplo, confirmam-se os seguintes relevantes estudos produzidos entre nós: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Prueba y motivación de la sentencia”. In: *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107-115; 117.

<sup>3</sup> Na jurisprudência pátria, já se chegou a afirmar que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”. SP – São Paulo. Órgão Julgador: 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 58.306/SP. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento: 21/03/1995. Publicado no D.J.: 24/04/1995.

<sup>4</sup> CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. In: *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 16-02-2013.

método baseado na lógica cartesiana *sujeito-objeto-método* seria suficiente para alcançar a verdade até então oculta<sup>5</sup>. Do ponto de vista do direito, a razão seria capaz de pesquisar no arsenal legislativo a norma que se adequa claramente a uma determinada situação da vida. Nesses termos, a sanção contida em cada norma é corretamente aplicada (e por isso se diz que esta aplicação foi justa) quando os fatos estão corretamente elucidados – em outras palavras, quando a noção que se tem a respeito de determinados fatos corresponde exatamente ao modo pelo qual estes ocorreram (que os fatos – ou enunciados fáticos – são verdadeiros, por fim).

Ainda que variados os métodos, a humanidade sempre atribuiu grande valor à verdade nos julgamentos. Da construção da retórica grega, da filosofia e dos modos de apreensão racional da verdade até o período em que ganharam força métodos probatórios suspeitos para a consciência jurídica moderna, como os ordálios, no fundo, estava a verdade sendo constantemente perseguida, porque pouco importava o método (se seria caminhar sobre ferro em brasa, se submeter o corpo a terríveis sofrimentos, se duelar contra o adversário ou se jurando em nome de Zeus, como fez Antíloco quando acusado por Menelau na *Ilíada* de Homero) porque, em última análise, era a verdade que se queria.

Se esta verdade era obtida pela manifestação do homem consciente e temente ao seu Deus ou se era obtida pela própria interferência divina que fazia um homem suportar desafios e dores extraterrenas, pouco importava. A verdade sim importava.

Na Idade Média, a humanidade assiste ao renascimento de um método cuja origem remontava à Grécia Antiga: o inquérito. É através do inquérito que as autoridades saem em busca da verdade dos fatos, procurando responder às perguntas “Quem?”, “Quando?”, “Onde?” e “Por quê?”. Os procuradores do Rei saem às ruas e promove a *inquisitio*, tal como os visitantes eclesiásticos faziam nas suas paróquias e dioceses para buscar a origem e os autores das faltas morais – revelando essa dupla origem do inquérito, a administrativa, ligada ao surgimento do

---

<sup>5</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, p. 9-52, Nov. 2012..

Estado, e a religiosa<sup>6</sup>. Esta é a origem da autoridade do sistema inquisitivo mais rudimentar, em que a mesma autoridade acusa e julga o cidadão.

Assim foi através dos tempos. Por isso se diz que a verdade constitui finalidade instrumental ou intermediária. Esta assertiva nos parece insuperável. Com efeito, quanto maior a porção de verdade revelada, maiores serão as chances de que o julgamento seja essencialmente justo. Seria mesmo ingênuo defender ideia em sentido contrário e este trabalho não pretende incorrer nesse equívoco.

Não pretendo dizer que a verdade é prejudicial ao julgamento, ou que a justiça independe do conhecimento o mais completo possível da verdade. A ideia é analisar o processo, sua estrutura, os valores que espelha e a necessidade de que ele reflita na medida do possível uma situação de harmonia entre todos os valores presentes na consciência jurídica coletiva de nosso povo.

O processo é reflexo da Constituição. Ele espelha aqueles valores que a Constituição consagra como relevantes. Na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco, uma das relações que se estabelecem entre o sistema processual e a Constituição é exatamente a missão das normas constitucionais de ditar o padrão político da vida do processo<sup>7</sup>. De um modo geral, a legislação infraconstitucional representa um desdobramento da forma como a Constituição estabelece o padrão político, social e econômico de um povo. E com o processo não é diferente.

Isto significa dizer que o processo, assim como a Constituição, harmoniza uma série de valores que por vezes colidem. O sistema processual de uma democracia é assim porque a Constituição de um Estado Democrático de Direito se estrutura desta forma. E não poderia ser diferente porque, como dito, o primeiro reflete o segundo.

Nessa ordem de convicções, a verdade nem sempre é um valor preponderante – sem embargo, não somos capazes de afirmar que a verdade é irrelevante para o processo. Mas é bem possível – e de fato ocorre – que a verdade seja relegada a um segundo plano, seja porque sua obtenção é impossível, seja porque, mesmo quando possível conhecê-la, impõe-se a prevalência de outros

---

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2011, p. 71.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 208.

valores<sup>8</sup>. Em outros momentos, a verdade é mesmo desprezada – o que não significa que ela seja irrelevante, mas apenas que o direito por vezes estabelece mecanismos indutivos ou dedutivos (sejam estas induções e/ou deduções já concretizadas pela lei, sejam ainda feitas pelo intérprete com autorização legal) que se realizam ao largo da análise sobre a verdade de enunciados fáticos (ou afirmações sobre a ocorrência de fatos).

É preciso deixar muito claro: o valor contido no conhecimento da verdade não goza de prevalência *prima facie* em relação a tantos outros valores a que o processo deve prestar (e efetivamente presta) deferência.

Mas o sistema jurídico processual parece ainda se ressentir dos efeitos perversos de uma visão ultrarracionalista segundo a qual a verdade é algo tangível e o seu alcance seria o efeito necessário de toda e qualquer atividade probatória. O valor que sempre foi atribuído à verdade é realmente espantoso. Nesse sentido, não surpreende que tenha sido tantas vezes repetido que *res iudicata pro veritate habetur*<sup>9</sup>. Mas se sabe que as coisas nem sempre funcionam assim. A verdade, em parte expressiva dos casos, é uma miragem.

A análise que se segue se desenvolve então em planos distintos. Na primeira parte, é investigada a função da prova no processo (se demonstrativa ou persuasiva), que diz diretamente com as teorias sobre a possibilidade/necessidade de a verdade ser revelada ou não pela atividade do homem posterior aos fatos que se pretende comprovar. No segundo plano, são analisados institutos de direito processual que demonstram que a verdade é apenas um dos valores presentes no sistema, que deve ser harmonizado com outros de igual importância – em última análise, a investigação pretende responder à questão sobre se, do ponto de vista procedimental, o processo está estruturado para o alcance da verdade.

Sabemos da dificuldade em lidar com tema tão espinhoso. A dificuldade decorre da incontornável necessidade de se recorrer a argumentos meta jurídicos, porque a tarefa exige que se trabalhe com problemas que não se confinam em regras de direito nem podem ser compreendidos unicamente com recurso a noções

---

<sup>8</sup> Sergio Chiarloni afirma que o sistema probatório está estruturado para eliminar as incertezas quanto à reconstrução dos fatos, mas apenas na medida em que não coloquem em risco as garantias constitucionais internas: contraditório, paridade de armas e imparcialidade judicial. CHIARLONI, Sergio. "Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo". In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 213, v. 37, p. 193-215, Nov. 2012.

<sup>9</sup> O aforisma é atribuído a Ulpiano e significa dizer que "*a coisa julgada vale como verdade*".

e técnicas de interpretação jurídica<sup>10</sup>. Em campo tão vasto e complexo, a pretensão não é esgotar o tema, o que seria impossível, mas apenas apresentar algumas questões que considero importantes para a mais exata compreensão da teoria que reserva ao juiz amplas possibilidades na fase probatória do processo.

Para não tornar a tarefa mais difícil do que necessário, não serão investigados aos áridos campos da filosofia. Não serão abordadas, assim, as discussões a respeito da verdade a partir do objeto, do ser ou da comunicação intersubjetiva, embora se reconheça a importância do debate para a compreensão de outras questões, como as que serão enfrentadas nesta parte do estudo. A omissão há de ser consentida porque, ainda que a verdade seja ponto de discussão há milênios em estudos filosóficos, a intenção é manter o estudo da função da verdade no sistema processual (o que não significa que não foram analisados e indicados estudos que podem ser considerados como estudos de natureza filosófica).

No que diz respeito ao segundo plano deste capítulo, é importante fazer a ressalva de que nem todos os valores relevantes para o processo foram abordados. Um dos temas mais instigantes quando se contrapõem valores relevantes para o processo com a missão de alcance da verdade é o das preclusões. Um sistema rígido de preclusões como o que conhecemos no Brasil é um dos fatores que de forma mais cruel sepulta as chances de revelação da verdade no processo.

Causas complexas que reclamam estudos mais minuciosos e reunião de um arsenal maior de provas estão confinadas a um procedimento padrão que não apresenta margem de manobra: são quinze dias para contestar, quinze dias para apelar, dez dias para agravar e, no geral, os demais prazos são de cinco dias (para a importantíssima manifestação em que são indicados os quesitos e o assistente técnico em perícia, por exemplo). É óbvio que essa limitação temporal tem importância. O processo precisa caminhar pra frente. A ninguém interessa um sistema em que o processo possa ficar estagnado. Mas parece igualmente óbvio que essas limitações temporais representam uma barreira para que as partes possam levar ao conhecimento do juiz todos os fatos e argumentos que consideram relevantes.

---

<sup>10</sup> Procede, portanto, a advertência de: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozione generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 3. Em sentido similar: Danilo Knijnik fala sobre a dificuldade do tema indicando o “*caráter refratário da prova a enfoques exclusivamente jurídicos*”. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.



Assim como as preclusões, há outros temas igualmente instigantes e problemáticos que não foram abordados (como o da coisa julgada, por exemplo, que, embora guarde relação com a preclusão, possui estruturas próprias que mereceriam uma análise também própria), talvez porque sejam mais óbvias, até mesmo intuitivas, as barreiras que representam para o estabelecimento da verdade no processo.

## **1. 2 Primeiro plano: a função da prova é alcançar a verdade?**

### **1.2.1 Modelo persuasivo da prova**

De acordo com o modelo persuasivo, a prova pertence à área da argumentação. Esse modelo trabalha com a ideia de que é impossível atingir a verdade histórica dos fatos. Seu ponto de chegada pretende ser uma reconstrução dos fatos, a mais próxima possível da realidade, embora se negue a aptidão da prova para reconstruir a própria realidade. Aqui a relação que se estabelece entre prova e verdade deixa de ser ontológica para assumir caráter teleológico, partindo-se da premissa de que não existe, no domínio da argumentação, um fato como um dado externo. O fato se identificaria com o procedimento de pesquisa e reconstrução, estando condicionado à existência de provas acerca de uma determinada hipótese, reforçando a ideia do provável, do verossímil, da opinião, da credibilidade e da persuasão.

Em obra de referência sobre o tema, Alessandro Giuliani destaca a importância da argumentação ao dissertar sobre a conversão da retórica em filosofia, depois da queda do Império Romano, tendo se mantido como única forma de cultura e de atividade literária em uma época de decadência nas especulações filosóficas, sem embargo do pequeno progresso alcançado durante a Idade Média. Este processo culminou na difusão do ensino jurídico com base na análise de controvérsias e na teoria das discussões e do debate, bem como na definição dos

aspectos centrais da lógica da argumentação, do que derivou a concepção da prova como argumento<sup>11</sup>.

Sob esta perspectiva, não se chega a ponto de negar que possa existir uma relação entre prova e verdade, apenas se afasta a ideia de que possa haver um vínculo conceitual, porque impraticável<sup>12</sup>. Para alguns autores, partidários da teoria da prova como função persuasiva, colocar a prova como instrumento cuja finalidade é o alcance da verdade não passa de um mito<sup>13</sup>.

Esse modo de enxergar o fenômeno não é exatamente novo. Nicola Picardi revela que a ideia permeou o pensamento de Aristóteles, que distinguiu o silogismo apodítico do silogismo dialético, a primeira como ciência demonstrativa, partindo de premissas verdadeiras para estabelecer conclusões lógicas e igualmente verdadeiras; e o segundo estabelecendo procedimentos lógicos cujos pontos de partida e de chegada são opiniões. A dialética é a arte do diálogo, da persuasão, destinada a alcançar uma verdade provável, justamente à verdade que sobressai de uma discussão<sup>14</sup>.

Já estava presente aqui a ideia de que o juízo não se baseia sobre fatos reputados verdadeiros ou falsos, mas sobre uma reconstrução mental que se opera sobre os enunciados fáticos trazidos ao processo.

Também emergem na filosofia contemporânea opções de realismo crítico que prestigiam o significado da realidade empírica. Partidários da corrente conhecida

---

<sup>11</sup> GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, p. 118-119.

<sup>12</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op. cit., p. 14.

<sup>13</sup> Por todos, v. Juan Montero Aroca, para quem a pretensão de descobrir a verdade através da prova é uma aspiração “demasiadamente ambiciosa” (In: *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2002, p. 35). Merece também referência a passagem de obra de autoria de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011). Para esses autores, embora a teoria processual esteja calcada na ideia de verdade como único caminho pelo qual se pode chegar a soluções justas, “não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia” (p. 36). Em outra passagem, os autores consideram que a possibilidade de o juiz atingir a verdade substancial é um “mito”, uma “miragem”, enfim, algo “sem o menor respaldo” (p. 43). Também Leonardo Greco, embora se posicione francamente a favor de métodos aptos a revelar a verdade no processo e de construir seu discurso baseado na premissa de que a verdade é um valor humanitário, chega a afirmar que a verdade real é “utópica e inatingível”. GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil”. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-391.

<sup>14</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.

como *realismo jurídico norte-americano*, autores como Jerome Frank e William James atribuem um caráter essencialmente interpretativo e hermenêutico ao que se entende por realidade, assumindo uma postura marcada pelo relativismo cognitivo<sup>15</sup>.

O pensamento desses teóricos se afina com uma ideia segundo a qual as decisões dos tribunais estão condicionadas a uma série de fatores externos, ressaltando a sua falibilidade (é a ideia de tentar descrever as coisas *como são*, e não como *deveriam ser*). É destacada a importância da intuição dos magistrados, que estariam sempre dispostos a fundamentar suas decisões valendo-se de uma construção racional forjada para justificar aquela decisão final que seu espírito já sentira nos primeiros contatos com o caso. Essa intuição, absolutamente determinante para o modo como juiz soluciona as questões que lhes são trazidas, é marcada por uma série de influências pessoais, como a cultura jurídica do magistrado, as suas experiências teórico-práticas, além de fatores externos incontrolláveis (como, por exemplo, a jocosa e já conhecida referência ao processo digestivo dos julgadores).

O realismo jurídico implica um ceticismo quanto a conhecimento dos fatos do processo, que possui relação direta com uma concepção subjetivista do juízo de fato<sup>16</sup>.

### 1. 2.2 Modelo demonstrativo da prova

De acordo com o modelo demonstrativo, a função da prova é reconstruir os fatos no processo, supondo a autonomia do mundo fático e a viabilidade de uma atividade empírica capaz de introduzir a verdade nos autos. Seu ponto de chegada é

---

<sup>15</sup> KNIJNIK, Danilo. "Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório". In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11-25.

<sup>16</sup> O que não significa dizer que os defensores do modelo persuasivo são céticos com relação à possibilidade de accertamento dos fatos e obtenção da justiça. Jerome Frank, por exemplo, travou sua batalha mais dura contra as falsas imagens da certeza e da previsibilidade para ressaltar a importância no processo de elementos como a subjetividade e o acaso. Mas Jerome Frank não seria exatamente um cético. Apesar de reconhecer que a justiça perfeita está além do alcance do homem, não deixou de exortar a luta para que o melhor resultado possível fosse alcançado. Confirma-se em: LAI, Ho Hock. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 56.

a apreensão do mundo fenomênico, porque pressupõe a possibilidade de ser alcançada a verdade real sobre os fatos em sua inteireza<sup>17</sup>.

Definições tão comuns sobre a função da prova no processo<sup>18</sup>, como são as que apregoam a prova como atividade destinada a demonstrar a verdade dos fatos, são conseqüências do modelo demonstrativo, fruto da superação da lógica do provável, que correspondeu a uma tentativa de transportar para o direito o raciocínio apodítico<sup>19</sup>. Também aqueles que defendem uma maior ingerência do juiz na atividade probatória, no fundo, estão assentados na premissa de que a prova constitui meio apto para atingir a verdade. Normalmente, justificam sua posição na ideia de que quanto maiores forem os poderes probatórios conferidos a um terceiro imparcial, maiores serão as chances de que a verdade seja revelada – e por via de consequência, maiores seriam as chances de um julgamento justo<sup>20</sup>.

É Michele Taruffo quem nos fornece o estudo mais completo sobre a função da prova e sua aptidão para atingir a verdade dos fatos. Quanto a essa possibilidade no plano teórico, adverte que a teoria da verdade material, que nos países socialistas derivou do materialismo dialético, contém um conceito cardinal e um princípio fundamental da teoria da prova e da disciplina do processo civil e penal. Após citar vários autores, Taruffo sustenta que não é o caso de indicar uma orientação filosófica específica como premissa exclusiva para a análise da verdade judicial. Ao contrário, bastaria demonstrar que existem orientações idôneas a fornecer o fundamento da possibilidade de construir noções sensatas de “verdade judicial”. Autores de filosofia do direito que se dedicaram ao estudo da moral já

---

<sup>17</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op. cit., p. 11-12.

<sup>18</sup> V. Cândido Rangel Dinamarco, para quem “prova é demonstração” e “provar é demonstrar”. Sua definição sobre prova é precisamente esta: “conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, V. III, p. 43. Além disso, buscando a origem da palavra *prova* (*probus*, que significa *bom, correto, verdadeiro*), o autor sustenta que provar seria então demonstrar que uma alegação é boa, correta, verdadeira (*Idem*, p. 58).

<sup>19</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. “O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimentos probatórios”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, ano 29, p. 334-371, jul/ago. 2004.

<sup>20</sup> Por todos, confira-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O neoprivatismo no processo civil”. In *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101.

advertiam que a negação de verdades absolutas não corresponde a um relativismo gnosiológico<sup>21</sup>.

Com relação ao que chamou de possibilidade ideológica, Michele Taruffo indica que o escopo do processo é produzir decisões justas, mas que seria possível definir o escopo do processo de outro modo: decidir a controvérsia ou decidi-la com satisfação das partes, *tout court*. No entanto, a decisão jamais será justa se estiver fundada em um acerto dos fatos equivocado ou pouco confiável. Mas a assertiva seria compatível, inclusive, com a teoria de que o processo se presta a resolver conflitos, porque não é qualquer solução do conflito que se aceita como válida, mas sim aquela que resulta da aplicação de critérios de justiça. A norma possui uma estrutura *se F (fato) então C (consequência jurídica)*, pelo que nenhuma norma poderia ser corretamente aplicada se não está definido com exatidão o que seja *F*<sup>22</sup>.

Ainda segundo Taruffo, uma justiça “sem verdade” equivaleria a um sistema de arbítrio em que não existem garantias substanciais nem processuais<sup>23</sup>. Defender que o processo civil deve buscar o acerto da verdade dos fatos pressupõe que este acerto seja possível, mas não diz nada a respeito de qual “versão” da verdade se tem em mente.

Por fim, depois de concluir que a verdade dos fatos no processo é teoricamente possível e ideologicamente necessária, Michele Taruffo se dedica a demonstrar a sua possibilidade prática. Nesse sentido, haveria várias razões para acreditar que é infundada a tese de que verdade judicial não tem nada em comum com a verdade de que se fala fora do processo. Em primeiro lugar, porque as regras legais que disciplinam a prova e o acerto dos fatos no processo não exaurem o objeto. Ao contrário, são essencialmente residuais. Em segundo lugar, porque, ainda que as normas de provas legais em sentido estrito possam operar no sentido de vincular o juízo a uma “verdade legal” que tende a ser diversa da “verdade empírica”, nem todas as regras jurídicas em matéria de prova são normas desse gênero, eis que também haveria normas que favorecem a determinação da verdade

---

<sup>21</sup> FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 58-59.

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozione generale*. Op. cit., p. 46.

<sup>23</sup> TARUFFO, op. cit., nota 22, p. 48.

histórica dos fatos, prevenindo erros ou regulando procedimentos específicos de controle sobre a prova.

### 1.2.3 Conclusões parciais

Os modelos acima sucintamente delineados apresentam noções diferentes acerca da função da prova e de seu papel no processo.

É natural que essas noções estejam de certa forma ligada a concepções políticas e históricas do processo, e por isso os processualistas da primeira metade do século XX adotaram concepções céticas em relação à possibilidade de revelação da verdade.

A virada dogmática do pós-segunda guerra mundial (que no Brasil foi tardiamente alcançada com a Constituição de 1988) representou a construção de uma ordem jurídica calcada no primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, na qual a verdade assume um valor humanitário, pressuposto necessário para a tutela jurisdicional efetiva. Como salienta Leonardo Greco, “o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural”<sup>24</sup>. É preciso que os jurisdicionados confiem na aptidão do processo para gerar certezas, porque, do contrário, prevalece à sensação de insegurança e a descrença generalizada nas instituições públicas. Em outro estudo, o mesmo autor salienta o caráter de garantia da verdade, que faria perder sentido as discussões sobre se sua função seria demonstrativa ou persuasiva. O Estado Democrático de Direito reserva uma promessa de tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e essa promessa ficaria esvaziada a partir do momento em que não são garantidas as possibilidades de que a reconstrução dos fatos no processo não seja a mais próxima possível da realidade da vida<sup>25</sup>.

De fato, o direito deve inspirar confiança nos cidadãos. Nesse sentido, os julgamentos devem inspirar nos cidadãos a certeza de que são justos e que estão baseados em um conhecimento amplo da verdade. A quebra dessa confiança

---

<sup>24</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 139.

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo. "As provas no processo ambiental". In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 128, ano 30, p. 40-58, out. 2005.

significaria o colapso do Judiciário e de outras instituições públicas, pelo que é importante não apenas fazer justiça, mas também parecer que a justiça está sendo feita.

Mas, segundo é dado compreender a questão, a preocupação com a tutela jurisdicional efetiva ou a percepção geral sobre se um julgamento está fundado na certeza ou na verdade dos fatos não pode contaminar a discussão sobre a prova e sua capacidade como fator para o alcance da verdade. O processo deve garantir a todo litigante o acesso a todos os meios adequados à prova dos fatos que conferem suporte ao seu direito. Mas outra é a discussão sobre a função da prova no processo.

Assumimos desde logo uma premissa muito clara: não há que se falar em verdade formal ou verdade material, pelo simples fato de que a verdade não aceita adjetivações<sup>26</sup>. A primeira seria a pertinência absoluta entre uma afirmação e o que se passou na realidade fenomênica, enquanto a segunda seria a verdade meramente refletida no processo e que se encontra juridicamente apta a fundamentar uma decisão, identificando-se mais com uma ficção da verdade<sup>27</sup>. Essa forma distinta de lidar com o tema da verdade teve início por obra da doutrina alemã, especialmente de Wach, von Bulöw e von Castein, como reação à constatação de que, em muitas oportunidades, fatos declarados provados não coincidem com o que realmente ocorreu no mundo físico, enquanto alguns fatos substancialmente verdadeiros eram considerados como não comprovados<sup>28</sup>.

Tornou-se, assim, comum imaginar que o processo penal estaria relacionado o conceito de verdade substancial, enquanto o processo civil poderia se contentar com a verdade formal. No entanto, tal distinção parece hoje estar superada. A sua justificativa estava no fato de que o processo penal lida, ao menos em tese, com

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: MONTELEONE, Girolamo. "Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de um 'reversionista'". In: AROCA, Juan Monterco (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 97-107; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal". In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, julho-setembro, n. 93, ano 22, p. 110-117; MIRZA, Flávio. "Notas sobre a questão da verdade no direito processual". In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da *et al.* (org.). *Ensaíos sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009, p. 101-121; CÂMARA Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46, apenas para citar alguns exemplos.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 32.

<sup>28</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba e verdad en el derecho*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 61.

bens jurídicos mais relevantes, enquanto o processo civil normalmente se dedica a estabelecer as regras de um processo destinado a resolver uma controvérsia patrimonial. O processo penal, assim, demandaria a atuação de ofício do juiz, porque a verdade material se impunha como valor com o qual não se poderia transigir. A gravidade das consequências penais, normalmente restritivas do direito de liberdade, faria com que o direito processual penal não se compadecesse com uma decisão que não refletisse fielmente a verdade (material ou real).

A distinção hoje carece de significado, pois o processo penal não possui particularidade que autorize esse tratamento especial no que diz respeito à reconstrução dos fatos. A premissa que um dia sustentou a distinção se revelou equivocada, especialmente quando se leva em conta que o processo penal também é a ferramenta utilizada para resolver controvérsias de menor potencial ofensivo<sup>29</sup>, enquanto o processo civil contém as técnicas de solução de controvérsias que giram em torno de direitos fundamentais, alguns indisponíveis (como alguns direitos de família e relativos à capacidade e ao estado) e muitas vezes transindividuais – nessa ordem de ideias, parece inequívoco que assume maior relevância, por exemplo, a tutela inibitória ou ressarcitória decorrente da poluição de um rio que abastece toda uma comunidade do que uma controvérsia a respeito de uma agressão cuja sanção sequer passa pela privação da liberdade do suposto ofensor. Como afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, o conceito não oferece mais nenhuma utilidade prática e, justamente por isso, vem paulatinamente perdendo espaço nas obras mais modernas<sup>30</sup>.

A reflexão não é exatamente nova, até porque Francesco Carnelutti há muito destruiu o mito da verdade formal demonstrando que a verdade é uma<sup>31</sup>. Nesse sentido, ou a verdade formal coincide com a verdade material (e não será nada mais do que a própria *verdade*) ou se distancia dela, e então será uma *não verdade*<sup>32</sup>. Um

---

<sup>29</sup> Marco Antonio de Barros também sustenta que há situações que revelam a aplicação da verdade formal ao processo penal, tais como o perdão do ofendido nas ações penais privadas, e a possibilidade de transação penal, prevista na Lei dos Juizados Especiais. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 35.

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, p. 20-21.

<sup>32</sup> MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Op. cit., p. 36.



fato (ou, se preferir, a afirmação que se formula a respeito de um suposto fato) é ou não verdadeiro, na medida em que o fato ou ocorreu ou não ocorreu. Portanto, *tertium non datur*. Também não há “meias verdades”, porque um juízo não pode ser em parte falso e em parte verdadeiro – a verdade está no todo<sup>33</sup>. Não existe uma verdade que não seja *a verdade*.

Quando Michele Taruffo afirma que as limitações e peculiaridades da estrutura do processo civil são incompatíveis com a busca da verdade absoluta, mas que não seria essa verdade de que trata o processo (porque seria o caso de verificar se essas limitações e peculiaridades são incompatíveis com cada forma de verdade dos fatos ou se são compatíveis com qualquer verdade dos fatos<sup>34</sup>) está em última análise compactuando com a ideia de que existe mais de uma verdade (a verdade real, a verdade relativa, a formal, a possível *etc.*).

Mas esta não é premissa. Conforme entendo, só existe uma verdade (verdade fundamental, se quiser que se adjective) e ela é ou não alcançada. E definitivamente, o processo não está estruturado para alcançá-la senão acidentalmente.

Além disso, se é verdade que a contraposição entre os modelos acima apresentados encampa a contraposição entre os conceitos de verdade e verossimilhança, como afirma Antonio Carrata<sup>35</sup>, pertencendo a verdade ao modelo demonstrativo (lógica analítica cartesiana) e a verossimilhança ao modelo persuasivo (ou argumentativo, de lógica dialética), somos levados a concordar com a ideia de que o processo não possui a verdade<sup>36</sup>, embora a persiga continuamente, aspirando obtê-la por intermédio das provas<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Francesco Carnelutti sentencia que a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio e certezza”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. XX, p. 4-9, 1965..

<sup>34</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozione generale*. Op. cit., p. 25-26.

<sup>35</sup> CARRATA, Antonio. “Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio)”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, ano LVI, p. 73-103, genn.-mar, 2001.

<sup>36</sup> Como salienta José Roberto dos Santos Bedaque, “a instrução não tem por fim encontrar a verdade. Destina-se apenas a proporcionar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito afirmado”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. Op.cit., p. 16.

<sup>37</sup> Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, citando Taruffo e Micheli, “embora a verdade não constitua um fim em si mesma, insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, Op. cit., p. 28-29.

A prova não demonstra a veracidade de um fato ou de um enunciado fático. Os fatos pertencem ao passado, esgotando-se no exato momento em que acontecem. Depois disso, no instante imediatamente subsequente, são sepultados em definitivo em algum lugar que a inteligência humana não é capaz de alcançar e o que resta são afirmações sobre o que se passou – essas afirmações sim poderão ser verdadeiras ou falsas, mas desvendar o mistério exigiria do homem ressuscitar os fatos, fazê-los sair do seu sepulcro, enfim, acionar uma máquina do tempo (algo que, até a data em que essas linhas são escritas, não há registro de que tenha sido criado)<sup>38-39</sup>.

### 1.3 Segundo plano: limitações à atividade cognitiva

Neste item, será apresentado um apanhado de técnicas comumente utilizadas, algumas *ex lege*, e que revelam como a verdade não é um ideal absoluto no processo. A intenção é justamente demonstrar que o processo se serve de técnicas, assim como legislador e juízes elegem determinados valores, que nem sempre estão diretamente dirigidos à busca da verdade.

São comuns, assim, mecanismos como os que prevêm a assunção de determinados fatos como verdadeiros a partir de indícios e presunções. Também são comuns as limitações à atividade probatória – supostamente destinada ao alcance da verdade – em prestígio a outros valores, especialmente os constitucionalmente consagrados.

#### 1.3.1 Liberdade das partes na delimitação dos fatos e das provas

---

<sup>38</sup> É uma ilusão imaginar que o juiz tem contato com os fatos durante o processo. Como afirma Juan Montero Aroca, “el hecho es algo que ocurrió en el pasado y el decir que el juez instructor se ha puesto em contacto con el hecho durante la instrucción es algo absurdo, por contrario a la lógica más elemental”. MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 242.

<sup>39</sup> Esse distanciamento temporal do juiz em relação aos fatos também foi explicado por Guilherme Setoguti J. Pereira. Segundo o autor, “sempre que o juiz quiser saber como se deram os fatos, ele estará, antes de tudo, deslocado no tempo. A sua relação de conhecimento sempre estará marcada por uma distância temporal, o que por si só dificulta a apreensão da realidade”. PEREIRA, Guilherme Setoguti J., “Verdade e finalidade da prova”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 213, p. 161-189, Nov. 2012.

Fora o fato de a prova exercer uma função meramente persuasiva – e não demonstrativa – convém notar que o próprio sistema processual está estruturado de forma a tornar a verdade um elemento acidental, nunca essencial. São várias as situações em que o juiz sequer tem acesso à integralidade dos fatos.

De início, basta observar que a atividade cognitiva exercida pelo juiz está irremediavelmente vinculada aos fatos alegados pelas partes, decorrência do princípio dispositivo. A afirmação das partes vincula o juiz quanto aos fatos, de um lado, porque não pode levar em consideração fatos que não hajam sido afirmados pelas partes (vedada a fundamentação por fatos de sua ciência privada); de outro, porque não pode deixar de apreciar um fato que tenha sido afirmado por uma das partes<sup>40</sup> (*ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petitem partium* são alguns dos aforismas que expressam desde há muito tempo a importância do princípio dispositivo). Após, com a estabilização da demanda, não é dado às partes suscitar novos fatos, nem ao juiz conhecê-los de ofício<sup>41</sup>, cristalizando-se o arcabouço fático sobre o qual os personagens do processo passarão a verter seus esforços na tarefa de produzir provas<sup>42</sup>.

Um sistema assim estruturado, moldado pelo poder de disposição dos litigantes sobre a matéria de fato – os fatos que, no fim do caminho, servirão de norte para a resposta do Estado através da prestação jurisdicional –, permite que as partes possam determinar o conteúdo da sentença, seja alegando fatos reais, seja aduzindo fatos imaginários. Nesse último caso, o juiz estará constrangido a formular uma sentença que compreenderá uma situação de fato distante da realidade<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, Op. cit., p. 9.

<sup>41</sup> GRECO, Leonardo. “Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões”. In: *Revista eletrônica de direito processual*, Rio de Janeiro, p. 7-28, out/Nov. 2007..

<sup>42</sup> Em termos sucintos, é possível dizer que, em um determinado momento, a relação se estabiliza, não sendo possível a modificação da demanda – entendida esta como a alteração parcial de qualquer dos elementos que compõem o objeto o processo, como a *causa petendi* (o que se faria mediante a introdução de novos fatos essenciais para que se obtenha a tutela solicitada) e o pedido (mediato ou imediato). Confira-se em: PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 42.

<sup>43</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, Op. cit., p. 9.

Além disso, a iniciativa probatória do juiz não deve ser vista como regra<sup>44</sup> (e de fato não é assim enxergada, mesmo pelos autores que são francos defensores da possibilidade de iniciativa judicial).

As ressalvas ao ativismo judicial em matéria probatória são muitas e, frequentemente, se lhe antepõem críticas relacionadas à perda do essencial atributo da imparcialidade. Deve-se garantir às partes a iniciativa relacionada à atividade de buscar e apresentar as provas. Mesmo os que defendem a possibilidade de o juiz participar ativamente da fase probatória, admitem que este deve fazê-lo com muita prudência e apenas supletivamente, caso constate que a iniciativa das partes não foi suficiente para esclarecer todos os fatos considerados relevantes para o julgamento da controvérsia<sup>45</sup>. Essa iniciativa judicial, se admitida, só seria autorizada ao julgador que se envolve no drama do processo e, integrando o contraditório, conduz o feito diligentemente, demonstrando aos interessados em que medida seu raciocínio está sendo influenciado pelos seus argumentos, bem como expondo a razão pela qual acredita que o material probatório é insuficiente. Na literatura consultada, observamos que mesmo autores confessadamente publicistas, francamente favoráveis a uma postura mais ativa do juiz, vêem com certas reservas a atividade probatória judicial<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> A justificativa para a investigação *ex officio* dos fatos muitas vezes está na suposta necessidade de descobrimento da verdade para melhor acerto dos fatos e, por conseguinte, maior justiça do julgamento. No processo penal, especialmente em períodos históricos de governos autoritários, marcados pela supressão das liberdades individuais, a busca da verdade material já levou o Estado a colocar em prática medidas agressivas e ilegais à esfera de direitos individuais do réu, desrespeitando direitos e garantias dos cidadãos, tão caras à consciência jurídica contemporânea. A respeito do tema, veja-se: MIRZA, Flávio. *Notas sobre a questão da verdade no direito processual*, Op. cit., p. 104.

<sup>45</sup> Leonardo Greco. "Publicismo e privatismo no processo civil". In *Revista de processo*, nº 164, ano 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008, pp. 29-56, esp. p. 45. Em sentido parecido – assumindo posição intermediária entre publicistas e revisionistas, indicado os estreitos limites em que a atividade probatória judicial é autorizada – confira-se: PICÓ I JUNOY, Joan. "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado". In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 109-127.

<sup>46</sup> Candido Rangel Dinamarco defende que o juiz "não deve exceder-se em iniciativas probatórias ou liberalizar ajudas às partes, sob pena de transmudar-se em defensor e acabar por perder a serenidade" DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 56. Em outra passagem, o autor reconhece que a "*estática judicial*" deve ser a regra na difícil tarefa de encontrar o ponto de equilíbrio entre os modelos dispositivo e inquisitivo, admitindo que o juiz adote iniciativas probatórias apenas em certos casos (*Idem*, p. 55). José Carlos Barbosa Moreira, logo no primeiro parágrafo de seu famoso estudo sobre as provas ilícitas, sustenta que "sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial". BARBOSA MOREIRA,

Logo em seu marco inicial, portanto, o processo define quais são os fatos sobre os quais poderá ser produzida alguma prova. Esses fatos são apenas os alegados pelo autor em sua petição inicial e pelo réu em sua contestação – e, a rigor, a prova só deverá recair sobre os fatos controvertidos, o que se obtém da confrontação entre os fatos alegados pelo autor os fatos alegados pelo réu, considerando-se confessados (e, portanto, considerados comprovados por presunção) os fatos que não foram objeto de contestação. Posteriormente, na fase probatória, via de regra, apenas as provas indicadas pelas partes poderão ser produzidas. Essa inafastável premissa procedimental vincula o juiz a ponto de não ser possível dizer que o resultado do processo corresponda necessariamente à verdade<sup>47</sup>.

Assim, o raciocínio acima desenvolvido se resolve em uma assertiva: o princípio dispositivo relega a descoberta da verdade a uma limitação que podemos chamar de “limitação à terceira potência”. Primeiro: porque os fatos do processo são os fatos que as partes livremente escolhem levar ao processo; segundo: as alegações das partes, especialmente as formuladas pelo réu sobre as do autor, definem quais são os fatos controvertidos do processo (em tese, os fatos sobre os quais recairá a atividade probatória); terceiro: os meios de prova devem estar limitados aos expressamente indicados pelas partes<sup>48</sup>.

### 1. 3.2 Limitações probatórias: as provas ilícitas

---

José Carlos. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-123.

<sup>47</sup> Nas palavras de Osvaldo Alfredo Gozáini, que bem resumem a nossa posição: “las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación”. GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. “La verdad y la prueba”. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* *Teoría do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 737-759.

<sup>48</sup> Raciocínio muito similar é desenvolvido por Juan Montero Aroca. Com acerto sustenta o professor de Valencia que “si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquéllos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal”. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Op. cit., p. 35-36.

A Constituição, em seu art. 5º, inciso LVI, contém a regra que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Também o Código de Processo Civil, em seu art. 332, veda o uso de provas produzidas ou obtidas por qualquer meio ilegal ou moralmente ilegítimo. A ilicitude da prova pode decorrer da ilicitude do objeto, da ilicitude do meio pela qual a prova é produzida e, ainda, da ilicitude presente na forma de sua obtenção.

Trata-se de regra inspirada na evolução da teoria dos direitos fundamentais, que transporta para o processo questões que assumiram relevância para o pensamento jurídico na segunda metade do século XX, notadamente para que sejam prestigiados determinados direitos a que se atribuiu elevado valor do ponto de vista humanitário.

O Estado que se reconstruiu a partir dos cacos da segunda guerra mundial redefiniu a sua relação com os cidadãos. Era preciso forjar mecanismos que impedissem o retorno ao modelo de Estado autoritário, que invade a esfera de intimidade dos cidadãos, que desrespeita direitos básicos em nome de um suposto interesse público. No plano processual, mais particularmente no campo do direito probatório, foram vedados os meios de produção de prova que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, em especial a intimidade.

Mais modernamente, foram ainda vedadas as provas cuja obtenção só se tornou possível em decorrência direta de uma violação a direitos fundamentais, ou seja, provas produzidas como desdobramentos de alguma ilicitude e que, por via indireta, acabam por violar direitos da personalidade – são os chamados frutos da árvore envenenada, criação jurisprudencial norte-americana (*the fruits of the poisonous tree*), hoje enraizada na prática jurisprudencial brasileira, especialmente a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>49</sup>. Vedar a utilização (*rectius*: tolher a eficácia) das provas derivadas das ilícitas é uma extensão salutar ao Estado Democrático de Direito, porque evita a perpetração de práticas investigatórias desumanas, tão próprias de autoridades policiais cada vez mais marcadas pela

---

<sup>49</sup> Antes mesmo da Lei n. 9.296/1996, o STF já repudiava o uso da interceptação telefônica aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada. Confira-se o seguinte precedente: RS – Porto Alegre. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. HC n. 69.912/RS. Relator (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Hulgamento: 16/12/1993. Publicação: 25/03/1994, p. 6.012.

truculência e pela autodeterminação, na obtenção, por via oblíqua, de um fim repudiado pela consciência jurídica moderna<sup>50</sup>.

Assim é que provas ilícitas podem ser definidas como as “demonstrações de fatos obtidas por modos contrário ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios”<sup>51</sup>. Se sob a perspectiva do litigante a vedação se posta como limitação ao direito à prova, sob o ponto de vista constitucional, trata-se de importante instrumento democrático a serviço da liberdade, em especial da intimidade, contra atos arbitrários.

Mas intimidade não alcança somente

(...) a proteção objetiva da privacidade do lar, da privacidade doméstica, mas também a proteção do corpo humano, do pudor e da liberdade de exteriorização das ideias perante interlocutores conhecidos<sup>52</sup>.

São ainda dignos de proteção o direito ao sigilo das comunicações (correspondências, inclusive as eletrônicas, comunicações telefônicas *etc.*) e o direito de estar só. A violação ao preceito constitucional acarreta a inadmissibilidade das provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos e, eventualmente, a nulidade da decisão fundada nessas provas<sup>53</sup>.

Na falta de uma regulamentação legal, o direito à intimidade vem sendo construído ao longo do tempo, em especial por obra incansável da doutrina e da jurisprudência<sup>54</sup>. A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, por exemplo,

---

<sup>50</sup> A prática forense tem revelado ainda o surgimento de perigosas sintonias entre o órgão acusador e o órgão julgador, vinculados em praticamente todas as causas por regras de competência, o que tende a fazer com que o juiz, por conhecer a pessoa do representante do Ministério Público, diminua sua atenção ao sopesar os interesses em jogo quando lhe é dirigido um pedido de autorização para a realização de escuta telefônica ou para a quebra de sigilo bancário, por exemplo. Essa “quebra” do princípio acusatório pode ser identificada como um dos motivos pelos quais os direitos da personalidade vêm sendo violados com a chancela judicial. A prodigalidade com que tais medidas são implementadas é uma marca do Estado autoritário que fincou raízes, herdeira de anos de governos e políticas que suprimiram direitos individuais, e cuja eliminação não parece sequer próxima, mesmo em tempos de normalidade democrática.

<sup>51</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit., v. III, p. 49.

<sup>52</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Op. cit., v. II, p. 176.

<sup>53</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Op. cit., p. 114.

<sup>54</sup> Como noticia Leonardo Greco, a jurisprudência brasileira vem se formando com avanços e retrocessos, ora em atenção à produção dos tribunais norte-americanos, ora influenciada pela jurisprudência europeia. GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. Op. cit., p. 375.

criou a chamada teoria dos três graus de proteção da privacidade, subdividindo os direitos relacionados à intimidade em níveis correspondentes a uma maior ou a uma menor proteção. Assim, o primeiro nível seria aquele relativo aos direitos insuscetíveis de qualquer ponderação, porque direitos relacionados à própria dignidade da pessoa humana. O segundo nível conteria os direitos relacionados ao vínculo mantido pelo titular com outros sujeitos da sua comunidade, que podem ser sacrificados se necessário para salvaguardar direitos de primeiro nível ou de igual importância. Os de terceiro nível são os correspondentes a relações comuns entre pessoas de um mesmo grupo social, em que o conteúdo da comunicação prevalece sobre interesses individuais<sup>55-56</sup>.

A consequência processual do reconhecimento da ilicitude de uma determinada prova é a sua absoluta ineficácia. E nesse sentido parece importante dizer que não se confundem com provas ilícitas – e, portanto, não são fulminadas com a consequência jurídica da ineficácia – aquelas provas cujas fontes apresentam algum defeito, como seria o caso do documento falso ou mesmo a prova que se produziu sem a observância do devido processo legal (sem que o contraditório tenha sido respeitado, por exemplo). O sistema processual possui outros mecanismos para solucionar casos como esses (para os exemplos citados, cogita-se da possibilidade de rescisão da sentença e mesmo da repetição do ato)<sup>57</sup>. Na prática, ineficácia quer dizer desentranhamento dos autos<sup>58</sup>. As provas reputadas ilícitas não são destruídas, mas ficam acauteladas, por dois motivos: a necessidade de investigação

---

<sup>55</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 147-148.

<sup>56</sup> Rogério Lauria Tucci, citando J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, formula construção semelhante (no sentido de admitir graus diversos de proteção) ao sustentar que a vedação é absoluta quando se tratar da integridade física e relativa nos demais casos, devendo ser considerada abusiva a intromissão realizada fora das hipóteses legais e sem a autorização judicial. CANOTILHO J. J. Gomes; MOREIRA Vital *apud*, TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 326-327.

<sup>57</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit., v. III, p. 50. O autor cita ainda como exemplo da testemunha que presta declaração sabidamente falsa.

<sup>58</sup> Assim diz o *caput* do art. 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.



e responsabilização daqueles que transgrediram a norma e por conta da possibilidade de revisão da decisão por instâncias superiores<sup>59</sup>.

As vedações impostas pela proibição das provas ilícitas geram alguns problemas práticos. Como se pode facilmente observar, uma das consequências é o conflito que se estabelece entre o direito à prova – entendida como direito inerente à garantia da ampla defesa e do contraditório, também assegurada em sede constitucional – e a vedação às provas ilícitas. Há três principais formas de enfrentar o dilema<sup>60</sup>: (i) as provas ilícitas não podem ser admitidas em nenhuma hipótese, porque violam norma constitucional e norma infraconstitucional; (ii) as provas ilícitas devem ser admitidas sempre, ressalvado o direito de responsabilização de quem praticou a ilicitude; e (iii) deve haver uma análise casuística do interesse predominante.

Configurado o conflito entre duas normas constitucionais, a terceira via nos parece mais adequada. É que, muitas vezes, a única prova capaz de demonstrar a existência de um direito só pode ser obtida por meio ilícito. Como conjugar esses interesses em jogo é tarefa para o juiz, que deverá ponderar os interesses e/ou valores. Ponderar é avaliar a situação concreta atribuindo pesos aos valores colidentes. Em determinadas circunstâncias, prevalecerá o direito à intimidade, em outras, prevalecerá o direito à produção da prova<sup>61</sup>.

Não existe solução recomendável *a priori*. Tudo vai depender dos elementos do caso concreto – em qualquer hipótese, entretanto, é importante que toda restrição a direitos fundamentais seja encarada como medida excepcional, devendo ser suficientemente fundamentada para que seja possível sua revisão por instâncias superiores e até mesmo para dotar a decisão de legitimidade. A atividade de ponderação a ser realizada pelo juiz deverá concluir pela preservação do bem jurídico mais valioso.

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Daniela Olímpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. “A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita”. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 106, p. 61-72, jan. 2012.

<sup>60</sup> CARDOSO, Oscar Valente. “Provas ilícitas e suspeição do julgador”. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 68, p. 78-85, p. 81, Nov. 2008.

<sup>61</sup> É Leonardo Greco quem alerta para a insuficiência do método da ponderação, que nem sempre oferecerá critérios seguros. No sentir do autor, a falta de uma hierarquia entre os direitos fundamentais ditada pela lei torna inevitáveis o casuismo e o arbítrio. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*, p. 376. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em 04-02-2013.

Não podemos deixar de fazer referência a interessante fenômeno que surge da utilização de prova posteriormente considerada ilícita: o simples contato com uma prova posteriormente considerada ineficaz (porque produzida por meio ilícito) já poderia comprometer a capacidade de o juiz julgar desconsiderando a sua existência.

Essa “contaminação psicológica” afetaria a sua imparcialidade, porque o juiz seria levado a julgar cominando as consequências próprias ao fato que conheceu graças apenas às provas ilícitas, embora sem necessariamente fazer referência a elas em sua decisão. A sentença é um ato do sentimento. Um juiz sabedor da culpa do réu por meio de uma prova considerada ilícita seguramente é capaz de indicar na sua decisão bons argumentos para a condenação, mesmo sem fazer referência à prova ineficaz. Em boa parte dos casos, bem se sabe, o juiz sente e quer o resultado primeiro, podendo sempre construir boas fundamentações para justificar uma ou outra decisão (por exemplo, considerando “forte” uma prova que a consciência comum considera “fraca”, ou atribuindo peso maior ao parecer de um perito a outro, ao argumento de que está mais convincente ou fundamentado de forma mais consistente).

A proibição que se dirige ao juiz de não fundamentar a decisão fazendo menção à prova ilícita, assim como a que se dirige às partes pra que a ela não façam referências em suas alegações, não deixa de ser mais uma ficção jurídica, porquanto todos os personagens do processo devem agir como se não soubessem de algo que, na verdade, já sabem. Devem considerar como inexistente algo que na realidade sabem existir.

Estas provas, mesmo quando desentranhadas dos autos, já terão produzido algum efeito na mente do julgador. A consequência da ineficácia se dá em um plano puramente abstrato, mas a convicção do julgador – que, ao final, é o que realmente importa para os litigantes – já estará formada e dificilmente deixará de influenciar no resultado do processo. Ainda que se trate de um juiz muito consciente da sua função de porta-voz dos valores da sociedade e que seja capaz de julgar com base unicamente nas provas constantes dos autos, alienando-se dos fatos conhecidos através da prova declarada ilícita, parece certo que, na maioria dos casos, o simples desentranhamento da prova não é capaz de expurgar todos os nefastos efeitos da prática antijurídica.

Em razão dessa delicada situação, há quem sustente a suspeição do juiz que já tomou contato com prova declarada ilícita. Essa hipótese poderia se dar tanto quando o próprio juiz de primeiro grau teve contato com a prova e a considerou ilícita, determinando o seu desentranhamento, como quando o Tribunal entende que a prova é ilícita em grau de recurso e determina o retorno dos autos ao juiz de primeira instância, para que às partes seja concedida a oportunidade de produzir novas provas e para que o pedido seja novamente decidido. Procura-se, assim, impedir que o juiz contaminado pelo contato com a prova ilícita julgue o caso influenciado, ainda que inconscientemente. O resultado da suspeição seria a distribuição do processo para outro juiz, que não teve contato com a prova considerada ilícita e, portanto, estaria em condições de proferir julgamento com base unicamente em provas lícitas e sem qualquer tipo de influência (inconsciente ou não). Trata-se de desdobramento da teoria da descontaminação do julgamento – não apenas as provas ilícitas são retiradas do cenário; para que o processo como um todo esteja devidamente “descontaminado”, seria necessário também o afastamento do julgador que teve contato com a prova posteriormente desentranhada dos autos<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Posicionando-se contra a suspeição do julgador nestes casos, Oscar Valente Cardoso, (*Provas ilícitas e a suspeição do julgador*, Op. cit. (p. 80)), para o autor, a adoção do livre convencimento motivado pelo nosso sistema processual impõe que as decisões estejam fundamentadas exclusivamente nos elementos constantes dos autos. A explicação não nos parece suficiente – a bem da verdade, muitas concepções publicistas sobre o processo estão igualmente justificadas no dever de motivação das decisões, como se isso pudesse gerar para os cidadãos alguma possibilidade de controle. Em primeiro lugar, e reiterando o que já dissemos, a assertiva não se justifica porque a sentença é ato de sentimento e a eficiente retórica do juiz é capaz de habilmente justificar praticamente todas as decisões possíveis, atribuindo peso maior ou menor a determinado argumento ou mesmo trabalhando com os ônus probatórios. Há sempre uma boa dose de subjetividade que foge ao controle supostamente proporcionado pelo dever de fundamentação. Em segundo lugar, porque a ampla fundamentação das decisões – única possibilidade de controle sobre a persuasão racional do magistrado – não passa de um sonho distante da nossa realidade. Não faz parte da nossa tradição a motivação ampla e pormenorizada. A história mostra que a nossa justiça (e nesse ponto se assemelha aos sistemas dos demais países da América Latina) é a justiça prestada pelo rei, pelo soberano, pelo Estado, ao indivíduo que se prostra diante do trono da majestade. É a justiça prestada por quem não precisa (nem nunca precisou) declinar suas razões. Essa é uma das heranças de nosso passado de colônia, subserviente aos interesses da metrópole. Essa é a tradição que foi ainda covardemente consolidada ao longo das décadas de ditadura no século XX, brevemente intercaladas por suspiros democráticos, incapazes de consolidar instituições de natureza verdadeiramente democrática ou incutir na consciência do povo a noção do quanto é importante receber de quem exerce o poder uma justificativa a mais ampla e abrangente possível. Some-se a isso a preocupação frenética em conferir celeridade aos procedimentos, o que tem norteado todo o processo de reforma do nosso sistema processual ao longo das últimas décadas, e encontraremos a receita perfeita para uma prática forense que não respeita o dever de fundamentação. Essas considerações servem apenas para que estejamos cientes de que nossa tradição não é democrática e que ainda há um longo caminho a percorrer. Nessa conjuntura, qualquer justificativa pelo dever de fundamentação, como se esse dever (ou garantia) fosse plenamente observado, é uma justificativa muito frágil – de rigor, sequer pode ser considerada uma justificativa.

Por fim, parece necessário advertir para os perigos de uma generalizada e pouco meditada concessão de medidas autorizativas de supressões de direitos individuais da personalidade. Se escutas telefônicas se apresentam nos dias que correm como importante ferramenta no auxílio da atividade da polícia e do Ministério Público, em especial na tarefa de desbaratar organizações criminosas, também não é o menor o destaque ao tratamento excepcional que deve ser conferido a tais medidas, sob pena de se estabelecer um regime incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a implementação de medidas restritivas de direitos da personalidade deve ser a exceção, sendo imprescindível que estejam devidamente fundamentadas e que seja fruto de um processo decisório seguro e rigorosamente fundamentado, de uma ponderada análise da presença dos elementos que as autorizam. Até porque os direitos da personalidade, dada a sua especialidade, reclamam mecanismos processuais de prevenção ao dano – ou ao menos mecanismos que impeçam que o dano continue a se produzir – funcionando com eficácia reduzida os métodos repressivos e sancionatórios<sup>63</sup>.

Neste ponto, a adoção de modelos norte-americanos, ou mesmo da jurisprudência das cortes dos Estados Unidos da América deve ser encarada com ressalvas, pela reduzida importância que reserva aos direitos da personalidade<sup>64</sup>.

Em verdade, e afora a tradição cultural dessa comunidade, o próprio sistema processual do *common law* está estruturado no sentido de facilitar o “alcance da verdade”. Muito embora seja reduzida a iniciativa oficial e esteja o controle das atividades probatórias concentrado nas partes e em seus representantes, a especial valorização que recebem as provas orais colhidas sob o sistema do *cross examination* e os mecanismos pré-processuais de compartilhamento das informações (como sejam o *discovery* e o *disclosure*) que se desenvolvem em um ambiente de cooperação, sob pena de severas sanções para atos de deslealdade (*contempt of court*), contribuem para um acerto mais completo dos fatos. A tradição dos países da *civil law*, por sua vez, é marcada pela prova escrita e pela

---

<sup>63</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Processo civil e direito à preservação a intimidade”. In *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3-20.

<sup>64</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. Op. cit., p. 377. A mesma ideia consta de outro estudo seu, a saber: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

atenuação das provas legais, preponderando a atividade do juiz sobre a das partes<sup>65</sup> e sem que haja mecanismo pré-processuais tão eficientes de compartilhamento de informações<sup>66</sup>.

Não pretendemos aqui nos alongar na discussão sobre as provas ilícitas (ou mesmo as que somente puderam ser alcançadas pela violação de um direito), assunto que versa temas tão importantes quanto complexos. A intenção foi apenas a de apresentar sucintamente o tema para demonstrar que, também por esse motivo, não parece possível sustentar a tese de que o processo está voltado para a obtenção da verdade. Há outros valores de igual ou maior importância que a obtenção da verdade e que devem ser harmonizados, de maneira que só “a atenta ponderação comparativa dos interesses no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça”<sup>67</sup>.

Com efeito, o sentido das regras que dizem diretamente com a atividade judicial de admissão e de valoração da prova parte da consciência de que o accertamento dos fatos controvertidos não pode ser perseguido a qualquer custo. Ao revés, devem ser respeitados os limites que o legislador fixou, porque refletem o grau de consciência jurídica de uma comunidade<sup>68</sup>.

### 1.3.3 Indícios, presunções e regras de experiência

A referência aos indícios, às presunções e às regras de experiência parece de todo pertinente. Todas essas técnicas revelam um modo de ser do processo – e particularmente da atividade judicial – que o afasta da busca da verdade, o que muitos consideram um mandamento imperativo.

---

<sup>65</sup> TROCKER, Nicolò *apud*, GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. Op. cit., p. 360-361.

<sup>66</sup> A situação vem se alterando recentemente. A respeito do tema, vide: GUIMARÃES, Filipe. “Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 178, ano 34, p. 123-152, *passi*, dez. 2009.

<sup>67</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, Op. cit., p. 114.

<sup>68</sup> CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. Op. cit., p. 82.

Parece intuitivo que essas técnicas estão baseadas em evidências, no sentido de que somente serão válidas quando estiverem presentes condições mínimas autorizativas do seu uso. Seja como for, a atividade judicial está irremediavelmente atrelada a exercícios indutivos. A formação da convicção judicial é repleta de juízos que recaem apenas indiretamente sobre fatos probandos, porque formulados a partir da demonstração de outro fato que não necessariamente é o fato controvertido cuja prova se pretende obter.

O processo “como ele é” não é sempre – e não seria exagero dizer que não é quase nunca – calcado em juízos seguros sobre provas que recaem sobre os fatos relevantes para julgamento, o que apenas demonstra por mais um viés que a verdade não é exatamente um objetivo do processo, muito menos constitui a sua finalidade última.

### 1.3.3.1 Indícios

Indício é fato. No sentido popular, indício é usado normalmente como sinônimo de sinal ou vestígio. No sentido jurídico, indício é o fato que, devidamente provado, conduz ao conhecimento de um fato desconhecido a ele relacionado, a partir de uma operação mental<sup>69</sup>.

Os indícios assim não integram os chamados fatos jurígenos. Dessa forma, pode-se dizer que os indícios são fatos em um primeiro momento considerados irrelevantes para o julgamento, mas que constituem uma base a partir da qual poderão ser extraídas conclusões sobre a ocorrência dos fatos efetivamente relevantes.

São os fatos a partir dos quais se infere a existência de outros fatos – estes sim jurígenos – a partir de um raciocínio lógico indutivo<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

<sup>70</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Op. cit., v. II, p. 293. O autor distingue o raciocínio lógico indutivo do lógico dedutivo, sendo o primeiro o raciocínio que “se constrói por ilações ou inferências, partindo do conhecimento de fatos particulares para o conhecimento geral ou para o conhecimento de outros fatos particulares”, enquanto o dedutivo seria o raciocínio que parte de noções universais para se chegar ao conhecimento de outros fatos particulares.

### 1.3.3.2 Presunções

As presunções consistem exatamente nessas inferências ou ilações, responsáveis por construir a ponte que liga o indício ao fato jurígeno. Sabendo que as coisas normalmente se passam de determinada forma, o legislador ou o juiz facilita a prova do fato relevante, dispensando-a quando já demonstrada a existência do indício<sup>71</sup>. Segundo Leonardo Greco, as presunções são provas *indiretas*, porque seu objeto não é o fato probando, mas o indício, ou seja, um fato secundário e *a priori* irrelevante para o julgamento; e *críticas*, porquanto deduzem a existência de um fato valendo-se de operações lógicas, como máximas de experiência e cálculos de probabilidades<sup>72</sup>.

Costuma-se dividir as presunções em *judiciais* e *legais*. As presunções judiciais são aquelas que se operam mentalmente de maneira que, provada a existência de um primeiro fato, seja possível logicamente inferir a existência ou inexistência de um segundo fato, se não com certeza, “ao menos com forte dose de probabilidade”<sup>73</sup>. O processo mental se desenvolve sobre a relação entre o fato provado (indício) e o fato desconhecido, servindo o primeiro de premissa lógica para o segundo.

Presunções legais visam a garantir determinados valores em situações específicas mediante a regulação do ônus da prova<sup>74</sup>. Assim, acabam por criar um desequilíbrio na situação original das partes, uma vez que impõem à parte a quem desfavorece a presunção o ônus de produzir a prova do fato de seu interesse independentemente da posição que ocupa no processo. Uma das partes vem a ser favorecida “em atenção a valores ‘ideológicos’, distintos da verdade ou da busca de solução para o caso”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. cit., v. III, p. 119.

<sup>72</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Op. cit., v. II, p. 295.

<sup>73</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Presunções e ficções no direito probatório”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 196, ano 36, p. 14, jun. 2011.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, op. cit., nota 74, p. 15.

As presunções legais poderão ser *relativas* ou *absolutas* (também denominadas *iuris tantum* e *iuris et de iure*, respectivamente). As presunções legais relativas são aquelas que dispensam a prova de determinado fato, admitindo, no entanto, a produção de prova em sentido contrário. Assim, cria-se uma situação em que um fato que até poderia ser falso é tido por verdadeiro, mas abre-se a possibilidade de se produzir prova para demonstrar que o fato é falso. Essa presunção repercute na distribuição do ônus da prova, porque dispensa a produção de prova ao litigante a quem aproveita o fato presumido. Assim como na presunção judicial, também aqui é autorizado falar em relação entre um fato e outro em que se permite inferir com alto grau de probabilidade a existência ou inexistência do segundo pela prova da existência ou inexistência do primeiro. A diferença principal é que a presunção legal relativa não se opera apenas na mente do julgador, mas vem disciplinada no próprio texto legal. É o próprio legislador quem oferece essa correlação.

As presunções relativas podem ainda ser classificadas como *de direito* e *de fato*. As primeiras criam presunções acerca de situações jurídicas (por exemplo, o adquirente que é havido por proprietário do imóvel enquanto o registro não é invalidado e cancelado), enquanto as últimas criam presunções a respeito de situações de fato, tendo os fatos por provados (por exemplo, presume-se o pagamento pela entrega do título a devedor).

Por fim, as presunções legais absolutas são as que se estabelecem sem admitir prova em contrário, dispensando o próprio fato em si para que determinados efeitos jurídicos sejam produzidos e repercutindo diretamente no plano de direito material – e aqui cabe um comentário: a presunção absoluta não afasta a prova em contrário, mas apenas a torna juridicamente irrelevante; mais: a presunção legal absoluta (*iuris et de iure*) torna irrelevante a própria ocorrência do fato presumido, no sentido de que o órgão julgador necessariamente fica adstrito a se valer do fato que a lei presume como fundamento da sua decisão.

Trata-se de juízo de probabilidade formulado pelo próprio legislador<sup>76</sup>, por razões de sua conveniência e oportunidade, que parte do pressuposto de que, diante da ocorrência do fato *x*, o curso normal das coisas indica que também *deva* ter ocorrido o fato *y*. É que, em grande parte das vezes, e por mais paradoxal que

---

<sup>76</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Op. cit., p. 62.



isso possa parecer, é extremamente difícil provar que as coisas se passaram *normalmente*, optando o legislador por estabelecer presunções em atenção aos esquemas que reúnem maiores “condições de verossimilhança e, por conseguinte, de probabilidade”<sup>77</sup>. Não se trata de presunção ligada ao ônus da prova. Sua natureza é eminentemente normativa e se vincula aos fatos futuros, aos quais influencia para que a ela venham a se conformar, e não aos fatos passados<sup>78</sup>, operando para transformar em “verdade” aquilo que não necessariamente o é. Exemplo mais significativo talvez seja a da parcialidade do juiz nos casos previsto no art. 134 do Código de Processo Civil<sup>79</sup> – as hipóteses de impedimento do juiz. A lei neste ponto nada mais faz do que cercar algumas hipóteses objetivas em que, de ordinário, as pessoas comuns tendem a não ser isentas. Mas nada impede que um juiz não tenha qualquer interesse na resolução de demanda em que uma das partes é seu parente, ou que já tenha oficiado como advogado. Essa situação, no entanto, se passa no plano subjetivo. No plano objetivo, a lei o considera impedido de julgar em qualquer uma dessas hipóteses.

Ainda a respeito das presunções legais absolutas, e máxime em vista do que vimos de dizer, não parece que possam ser confundidas com o instituto da ficção jurídica, que considera verdadeiro um fato falso. Embora em ambos os casos não se admita prova em sentido contrário, a presunção está sempre ligada a fatos que podem ou não ser verdadeiros, sem que esta situação seja conhecida de antemão. Por outro lado, a ficção jurídica impõe que se aceite como verdadeiro um fato sabidamente falso<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Op. cit., p. 62.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*. Op. cit., p. 17-18.

<sup>79</sup> Art. 134 do Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz”.

<sup>80</sup> Nessa ordem de convicções, somos levados (com todas as vênias, que são mais que devidas) a discordar de Cândido Rangel Dinamarco, que equipara os dois fenômenos. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. III, p. 116. Também Leonardo Greco parece equiparar os conceitos, ao dizer que a presunção absoluta transforma-se em verdadeira ficção, “uma

Importa por ora dizer que as presunções estão sempre relacionadas à *probabilidade*, e não à *certeza* ou à *verdade*<sup>81</sup>.

### 1.3.3.3 Regras de experiência

É sabido que o juiz não pode se valer de seu conhecimento privado para julgar. Isto significa que não poderá o magistrado invocar como razão de decidir os conhecimentos que eventualmente tenha adquirido fora do processo. Em verdade, a vedação se dirige a qualquer informação que não tenha origem no processo, especialmente nas alegações das partes e nas provas ali produzidas. Em síntese, *quod non est in actis non est in mundo*.

A regra obviamente não exclui da atividade judicial o uso de conhecimentos adquiridos ao longo da vida, que não guardam relação com os acontecimentos que dizem respeito ao litígio. Ninguém nasce juiz e, até ser investido nessa função, adquire todo um arsenal de informações pelo simples fato de viver, usar os sentidos e se relacionar com outras pessoas. Além de possuir opinião pessoal sobre os mais variados assuntos, o juiz é cidadão, pertence a uma comunidade, comunga dos seus hábitos, seus costumes e de seu conhecimento. Esse conhecimento é adquirido de forma autônoma ao processo que julga e constitui ferramenta que vem em seu auxílio na hora de julgar.

A este respeito, José Carlos Barbosa Moreira identifica dois tipos de conhecimento: o conhecimento dos fatos a que têm acesso às pessoas que vivem no mesmo ambiente sócio-cultural (como que determinada cidade é a capital do País); e o conhecimento dos fatos que se configuram em *regras de experiência*, ou

---

mentira que o direito transforma em verdade, mesmo sabendo o juiz que é mentira”, embora na sequência cite estudo de Marina Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*) em sentido semelhante ao que defendemos aqui. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Op. cit., v. II, p. 296.

<sup>81</sup> Cândido Rangel Dinamarco conceitua a presunção como “processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. cit., v. III, p. 113. Em outra passagem da mesma obra, aduz que “nenhuma presunção apóia-se em um juízo absoluto de certeza” (p. 115).

seja, fatos que dos primeiros se distinguem por possuir um mais elevado grau de generalidade e abstração<sup>82</sup>.

A elaboração conceitual das regras de experiência é creditada a Friedrich Stein, que teria procurado sistematizá-la para permitir ao juiz se valer de informações que não estão nos autos, como uma alternativa frente às severas limitações impostas pelo princípio dispositivo<sup>83</sup>. Sob o rótulo “regras de experiência” são reunidas múltiplas proposições, tais como proposições de conhecimento geral que possuem fundamento científico (como, por exemplo, a de que a água ferve a 100°C), ou relacionado a atividades comerciais (o aumento da demanda, *et ceteris paribus*, eleva o preço), à tecnologia (quanto maior a memória, maior a velocidade de um computador), a religiões (muçulmanos não comem carne suína), até proposições fundadas no senso comum, sem qualquer base empírica<sup>84</sup>.

Assim é que o juiz lança mão das chamadas *regras de experiência*, previstas no art. 335 do Código de Processo Civil e usadas com frequência para fazer o percurso que existe entre os indícios e as presunções judiciais (ou *de homem*, ou ainda *praesumptiones hominis*)<sup>85</sup>. As regras de experiência são noções sobre determinado desenrolar de acontecimentos que permitem, através de um raciocínio indutivo, a conclusão no sentido de que, presentes determinados elementos, os fatos tendem a se suceder de uma determinada forma. É a noção extraída da experiência de vida, daquilo que normalmente acontece no mundo. Esse processo intelectual se dá de forma automática na mente do julgador, que se vale das regras de experiência mesmo inconscientemente, aplicando-as não como juiz propriamente, mas como homem, como cidadão inserido em uma determinada sociedade e que dela participa de variadas formas.

---

<sup>82</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados”. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62.

<sup>83</sup> BAGGIO, Lucas Pereira. “O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência”. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185.

<sup>84</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no Novo Código Civil”. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 155-156.

<sup>85</sup> José Carlos Barbosa Moreira destaca ainda a função das máximas de experiência na fixação do sentido e alcance dos conceitos jurídicos indeterminados. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Op. cit., p. 65 et seq.

Duas seriam as categorias de máximas de experiência: ou são definições, juízos esclarecedores, ou são teses hipotéticas que indicam as consequências que naturalmente se produzem quando reunidos determinados pressupostos. As primeiras estão claramente relacionadas ao conhecimento acerca do uso da linguagem e do significado de determinadas expressões em determinadas comunidades ou em ambientes específicos<sup>86</sup>. Quando se trata de máximas de experiência no segundo sentido, fala-se da previsão, da antecipação mental a respeito dos acontecimentos que de ordinário se sucedem. É o conhecimento de determinada sucessão de fatos, de uma cadeia de acontecimentos, que permite ao juiz conhecer o que se passou pela prova de que determinados pressupostos ocorreram.

Antonio Carrata rejeita um sistema silogístico de valoração da prova que se baseia na assunção apriorística de verdades como premissa maior pelo juiz, encampadas pelo argumento da regra de experiência<sup>87</sup>. É de fato perigoso assumir determinadas regras de experiência como verdades absolutas, premissas infalíveis.

Como já se disse neste estudo, sob esse rótulo são agregadas múltiplas proposições, inclusive aquelas que fazem parte da vivência e do grau de cultura do magistrado. É óbvio que cada juiz carrega consigo toda uma experiência de vida, opções políticas e religiosas, e parece igualmente óbvio que essas influências repercutem no seu modo de julgar. Não parece seguro, entretanto, que tais valores ou experiências de vida possam servir para que o magistrado construa as suas próprias e particulares máximas de experiência, afinal não pode decidir a causa com base nessas informações<sup>88</sup>. Esses fatores serão determinantes na forma como se estabelecem as suas presunções, o que, por sua vez, diz diretamente com a distribuição dos ônus probatórios e com a fixação de “verdades” a partir de indícios. Mas as regras de experiência são prodigamente usadas mesmo quando os indícios possuem pouco significado.

---

<sup>86</sup> BAGGIO, Lucas Pereira. *O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência*. Op. cit., p. 185.

<sup>87</sup> CARRATA, Antonio *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. Op. cit., p. 84.

<sup>88</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286, esp. p. 234.

É preciso que esse conhecimento do juiz que define as suas máximas de experiência integre o patrimônio cultural comum da sociedade e que o juiz aja como porta-voz dessa consciência coletiva. Mas não se pode descurar que existe o risco concreto de que as máximas de experiência sejam selecionadas pelo juiz não segundo critérios racionais, mas de acordo com seus pessoais juízos de valor ou sua noção equivocada do que seja senso comum ou, ainda, segundo escolhas arbitrárias e não controláveis pelas partes<sup>89</sup> (aqui, assume importância o contraditório participativo e a fundamentação rigorosa das escolhas realizadas pelo magistrado).

Não há garantias de que essas máximas de experiência sejam decorrentes de um patrimônio cultural médio, que se encontra em estreita relação com o senso comum. Se bem observadas, tais máximas de experiência fundadas unicamente em critérios e experiências meramente pessoais conduzem ao arbítrio e à insegurança, situações para as quais a consciência jurídica moderna vem mobilizando forças para repelir. Se assim ocorrer, o raciocínio indutivo do juiz estará comprometido em sua raiz, afetando o resultado da presunção judicial e inviabilizando o alcance da verdade.

#### 1.3.4 O problema da prova pericial: dependência da confiabilidade dos métodos científicos

O Judiciário encontra grande dificuldade em lidar com o desenvolvimento da ciência. A situação de submissão dos nossos julgadores aos veredictos enunciados por peritos (que não estão autorizados a formular conclusões jurídicas, mas apenas a respeito dos fatos) é causa de extrema perplexidade e vem ensejando, ainda que de forma embrionária, uma revisão dessa relação.

Alguns problemas podem ser pontuados. Em primeiro lugar, convém advertir que a ciência é uma construção do homem e, como ele, é sujeita a falhas. É equivocado imaginar que nossa civilização atingiu o último estágio do desenvolvimento científico e que é capaz de solucionar qualquer problema,

---

<sup>89</sup> CARRATA, op. cit., nota 87, p. 95.

desvendar qualquer mistério<sup>90</sup>. Quem assim supõe descuida de que o conhecimento é sempre perspectivo, é sempre uma relação estratégica em que o homem se apodera de um sem número de coisas e a elas reage. Essa relação está, portanto, invariavelmente limitada pelas circunstâncias de lugar e tempo e é bem por isso que “seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo e perspectivo”<sup>91</sup>.

A prova baseada unicamente em postulados científicos não se mostra capaz de revelar a verdade com absoluta segurança, porque tais postulados são instáveis e não é incomum que sejam revistos. É atribuída a Bertrand Russel o pensamento segundo o qual, embora possa parecer um paradoxo, toda ciência exata é na verdade dominada pela ideia de aproximação.

É preciso aqui tentar definir o que se considera enunciado científico, o que se revela necessário para que se compreenda por que tais enunciados não podem ser vinculados à verdade. Prova científica é a mais comumente utilizada para a realização de perícias. A prova científica distingue-se da prova matemática, embora pelo senso comum sejamos levados a acreditar que se trata da mesma coisa e que uma ou outra apresentam grau de confiabilidade máximo. Não é verdade. A prova matemática resolve-se pela assunção de axiomas, verdades incontestáveis e, por isso, evidentes. A partir desses axiomas, ou verdades fundantes da matemática, aplica-se o método racional dedutivo para extrair outras conclusões também verdadeiras (obviamente, desde que o método lógico dedutivo seja aplicado com rigor, sem falhas). Se os axiomas forem corretos e a operação lógica transcorrer sem falhas, tem-se por *necessariamente* verdadeira a conclusão extraída. Desta

---

<sup>90</sup> Nas palavras de Francisco das Neves Baptista, “o imediatismo dessa atitude, centrada na valorização da ciência, tendeu a marginalizar-lhe a validade. A expansão do tecnicismo corresponde, entre outros fenômenos, como acentuou Bunge, a ‘uma crescente indiferença pelos problemas clássicos da filosofia’, inclusive o da verdade como finalidade do conhecimento. Nisso havia e há, por certo, muito de sobrevivência do cientificismo do século XIX e da ingênua confiança empírico-positivista nas aludidas potencialidades do intelecto humano, fortemente propagada com os sucessos da Revolução Industrial e, mais ainda, com a Revolução Tecnológica que parece transmudar-se, agora, em Revolução Comunicacional”. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

<sup>91</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 25. O autor continua: “Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certos ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade. Só se desembaraçando destes grandes temas do sujeito de conhecimento, ao mesmo tempo originário e absoluto, utilizando eventualmente o modelo nietzschiano, poderemos fazer uma história da verdade” (p. 27).

forma foram construídos os teoremas matemáticos, que não admitem prova em contrário – trata-se de autênticas provas absolutas.

Na ciência em geral, o método utilizado para que se chegue a enunciados (ou postulados científicos) é absolutamente diferente. A prova científica parte da observação de um determinado fenômeno, criação de uma hipótese para a explicação deste fenômeno e realização de experiências para testar a referida hipótese – ou seja, por meio desses testes, afere-se a capacidade da hipótese de prever resultados em eventos futuros. Se o resultado é positivo, há uma evidência, cuja força será determinante para a aceitação da hipótese inicial como enunciado científico. No entanto, a teoria científica jamais será provada de modo absoluto. A teoria científica poderá ser, quando muito, altamente *provável*. E isso justamente porque dependem da observação e da experimentação, ambas falíveis. A teoria científica é, ainda, dirigida para a obtenção de determinados resultados, porque a criação de hipóteses já significa a formulação de uma resposta para a indagação inicial, desenvolvendo-se o método no sentido de conferir se aquela resposta é ou não válida<sup>92</sup>.

Prova dessa assertiva é que mesmo as teorias científicas de mais larga aceitação nos dias de hoje contêm alguma margem de dúvida<sup>93</sup>. Pitágoras morreu sabendo que seu teorema continuaria verdadeiro até o fim dos tempos, enquanto John Dalton, pai da teoria do átomo como elemento fundamental do universo, foi desmentido apenas alguns poucos anos depois da sua descoberta (o que se deu com a descoberta do elétron, a primeira partícula subatômica conhecida pelo homem, por J. J. Thomson ainda no final do século XIX).

Mesmo o exame conhecido como DNA não oferece resultado que goza de absoluto grau de confiabilidade (hoje, fala-se em 99,99% de êxito).

---

<sup>92</sup> Não por outra razão, Francisco das Neves Baptista pontua que “no domínio da ciência de hoje, talvez não seja exagerado dizer-se que mais se encontram quase-verdades ou verdades pragmáticas, isto é, verdades oportunisticamente adotadas em função dos objetivos da investigação”. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Op. cit., p. 205.

<sup>93</sup> A distinção está bem expressa pelo professor Simon Singh, Ph.D. em física de partículas pela Universidade de Cambridge. SINGH, Simon. *O último teorema de Fermat*. Tradução: Jorge Luiz Calife. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 40-41. O mesmo raciocínio, com recurso à mesma fonte, foi desenvolvido por Alexandre Freitas Câmara. CÂMARA, Alexandre Freitas. “A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do ‘exame de ADN’?”. In: *Escritos de direito processual: terceira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120-123.

Será possível confiar plenamente nos resultados apresentados pelos laboratórios? Em nosso entender, a resposta deve ser negativa. Em primeiro lugar, porque, como já se disse, se presume que nossa civilização alcançou o último estágio do desenvolvimento científico. É a ideia de que os postulados da ciência gozam de confiabilidade plena. Muitos são os exemplos das “verdades” que foram desmentidas pouco tempo depois. Não é ocioso dizer que, no campo da ciência, a verdade de hoje é a mentira de amanhã e a história registra o quão instáveis são os enunciados científicos<sup>94</sup>. Em segundo lugar, porque mesmo assumindo-se a premissa da plena confiabilidade do resultado do exame, nada impede que haja equívocos na sua realização. Na hipótese do exame de DNA, pode haver mistura de material genético armazenado ou dolosa deturpação do resultado por algum profissional com objetivos escusos. A hipótese parece remota, mas não é. Muitos laboratórios, especialmente os que realizam exames a título gratuito, a pedido de litigantes beneficiados pela gratuidade e justiça, são vítimas da mesma penúria que já virou marca os serviços públicos (falamos aqui especificamente do Brasil, mas somos levados a acreditar que a realidade seja a mesma em outros países considerados “de terceiro mundo”).

É claro que o exame de DNA constitui importante ferramenta para solucionar controvérsias, sobretudo as ações de investigação de paternidade, no entanto, é preciso que o exame de DNA seja encarado como uma das provas que integra todo um arcabouço probatório. Não pode o magistrado desconsiderar todas as demais provas e julgar apenas com base no resultado deste exame, porque já foi superada a ideia de que possa existir uma prova plena, absoluta e incontestável<sup>95</sup>. Aliás, o nosso código de processo civil contém previsão no sentido de autorizar a dispensa da conclusão do perito, ao dizer que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (art. 436).

---

<sup>94</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 235-265. Confira-se também Leonardo Greco, para quem o processo deve “precar-se ou amoldar-se às mutações constantes do estado da técnica, que a todo tempo descobre um novo saber, que desmente a verdade científica mais categórica de um passado recente”. GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*, Op. cit., p. 361-362.

<sup>95</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do ‘exame de ADN’?*. Op. cit., p. 128.



Do que se disse, sobressai uma conclusão: os enunciados científicos são falhos e transmudam-se de tempos em tempos. Os operadores do direito precisam estar atentos à falibilidade dos métodos científicos e impedir que esses postulados sejam utilizados sem qualquer crítica. Quanto se trata de demandas cuja solução perpassa pela análise de matéria técnico-fática, é natural que os juízes se comportem como verdadeiros “homologadores” de laudos periciais, fazendo com que os peritos sejam encarados como verdadeiros julgadores do mérito da causa<sup>96</sup>. Embora o sistema contenha previsão no sentido de permitir ao juiz decidir contra a conclusão do laudo pericial, a realidade forense mostra que esse dispositivo tem aplicação praticamente nula. O fenômeno não chega a surpreender, afinal, parece mais fácil aceitar de forma acrítica a ciência do perito e seus métodos, especialmente quando se trata de auxílio eficaz para esvaziar as longas prateleiras de processos, efeito de aguda crise causada pela hiperinflação de litígios.

O juiz é homem comum e os enunciados científicos soam como verdades absolutas para a grande maioria dos homens comuns. À conta dessas razões, não seria exagero dizer que a prova pericial tornou-se, na prática, verdadeira prova legal. O magistrado normalmente trabalha com os mesmos peritos e neles deposita toda a confiança, sem exercer controle sobre a técnica ou os métodos utilizados. Opera-se assim o curioso fenômeno da “delegação de jurisdição”<sup>97</sup>, em que os pareceres técnicos dos assistentes e as eventuais impugnações das partes quase nenhum efeito produzem, afinal, não estão dispostos os juízes a alienar a amistosa relação que mantêm com “seus” peritos.

Neste ponto, as melhores contribuições, definitivamente, vêm sendo fornecidas pela jurisprudência norte-americana, em especial a jurisprudência da *Supreme Court*. Com efeito, importante passo foi dado quando do julgamento do chamado *Daubert case*<sup>98</sup>, em 1993, ocasião em que o tribunal rompeu com

---

<sup>96</sup> GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. Op. cit., p. 52.

<sup>97</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*, Op. cit., p. 388.

<sup>98</sup> A referência é ao caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, em que se discutiu se a ingestão de um medicamento (o *Bendectin*) por uma gestante poderia ter causado deformações nos filhos. Durante o julgamento, o laboratório réu, responsável pela fabricação e comercialização do medicamento, contou com o depoimento de importante médico epidemiologista (Dr. Steven H. Lamm), além de menção a farta literatura médica sobre a questão, toda no sentido de não acusar relação entre as substâncias que compõem o medicamento e as deformidades apresentadas pelos

paradigmas até então vigentes ao esposar o entendimento de que era necessário estabelecer novos e mais rígidos meios de controle sobre a prova pericial<sup>99</sup>, superando uma tradição de mais de setenta anos, firmada quando do julgamento do *caso Frye*<sup>100</sup>. Em síntese, o entendimento do início do século XX era no sentido da admissão da prova técnica se a metodologia empregada fosse de aceitação geral na comunidade científica. A ruptura promovida pela Suprema Corte no caso Daubert indicou um novo caminho no qual a prova científica passa a ser admitida se, além da aceitação geral, há publicações sobre a matéria, se o método é discutido e ensinado nas universidades e em congressos científicos, se o método pode ser colocado à prova e, ainda, se o método permite a avaliação da margem de erro<sup>101</sup>.

Para, além disso, há outros problemas que dificultam o acesso à verdade a partir da prova técnica. Convém também pontuar que o sistema processual brasileiro não oferece sequer garantia de que os trabalhos realizados pelo perito em um processo serão remunerados. Pense-se no exemplo de uma perícia realizada em um processo em que um dos litigantes é beneficiário da justiça gratuita. Havendo a perspectiva de que o hipossuficiente não arcará com os custos da perícia caso saia perdedor do litígio, estará o perito diante da inusitada situação de produzir uma prova cujo resultado pode significar que seu trabalho não será remunerado. Não se está a questionar *a priori* a idoneidade desses profissionais (embora seja certo que em qualquer profissão seja possível encontrar aqueles que optam pelo desvio), mas é certo também que, como qualquer ser humano, a simples perspectiva de não ser remunerado na dependência do resultado a perícia pode levar o profissional, ainda que inconscientemente, a se tornar mais zeloso na comprovação de um determinado fato e menos para a comprovação de outro<sup>102</sup>.

---

autores. Por sua vez, os autores contaram com os testemunhos de oito peritos, que apresentaram conclusão em sentido contrário com base em testes de laboratório envolvendo animais.

<sup>99</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 24. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. Op. cit., p. 53.

<sup>100</sup> No julgamento do caso Frye (*Frye v. United States*), a Suprema Corte norte-americana admitiu a condenação criminal de um cidadão por homicídio qualificado com base em testes de pressão sanguínea, um precursor do detector de mentiras que, à época, se supunha capaz de identificar com precisão a falsidade ou a veracidade de declarações com base em alterações de pressão sistólica.

<sup>101</sup> MIRZA, Flávio. “Reflexões sobre a avaliação da prova pericial”. In: BASTOS, Marcelo Lessa *et al.* (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 215.

<sup>102</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Op. cit., p. 235-234. A mesma ideia encontra-se no também seu “Acesso ao direito e à justiça”. In: *Estudos de Direito*

A igualdade de tratamento das partes e a imparcialidade dos auxiliares da justiça não se afinam com este sistema (que, no caso dos peritos, vem expressamente prevista no inciso III do art. 138 do Código de Processo Civil). A situação em que ambas as partes gozam dos benefícios da justiça gratuita não causa menor consternação, afinal, sabendo que não será remunerado em qualquer hipótese, o perito pode se sentir desestimulado a desempenhar o seu ofício com o mesmo grau de zelo que desempenharia caso houvesse a certeza da percepção de honorários. Ao laborar com grau de zelo reduzido, abre-se margem para toda sorte de erros. Melhor seria se fosse implementado um sistema de custeio da produção de prova em causas em que uma das partes seja pobre, evitando-se assim os possíveis desvios que oferecem obstáculos à tutela efetiva dos direitos de quem tem razão.

A conclusão deste item não pode ser outra senão a de que os resultados lançados pelo perito não podem ser considerados inquestionáveis. O *expert* não é um ser dotado de saber divino, único capaz de lançar luzes sobre os desvãos escuros de uma controvérsia cuja solução depende de saber científico. As premissas e conclusões do perito podem e devem ser postas à prova<sup>103</sup>, sob pena de ser criado um governo da ciência, sem que haja segurança quanto à eficácia de seus métodos (o que mais se assemelha a um “desgoverno”).

### 1.3.5 É possível falar em um dever de veracidade dos litigantes e de seu advogados?

Neste estudo não pode ser descartada a influência que a conduta das partes exerce sobre o alcance da verdade e, nesta medida, convém investigar se por de seus atos as partes (ou seus patronos) podem contribuir para que o juiz conheça a verdade.

A exigência de que as partes falem a verdade é antiga. O Projeto Chiovenda continha disposição no sentido de que “na exposição dos fatos as partes e seus advogados têm o dever de não dizer conscientemente coisas contrárias à verdade”.

---

*Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 211-212; e no já indicado *As provas no processo ambiental*, Op. cit., p. 55.

<sup>103</sup> MIRZA, Flávio. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. Op. cit., p. 219.

Por sua vez, o Projeto Carnelutti previa que “a parte tem o dever de afirmar perante o juiz os fatos segundo a verdade e não aduzir pretensões, defesas e exceções sem ter ponderado sobre seu fundamento”<sup>104</sup>.

Na Alemanha, o dever de veracidade foi estampado no §138 da ZPO, o que levou Weltzel a extrair as seguintes conclusões: (i) as declarações positivas devem ser conformes à verdade (dever à verdade subjetiva); e (ii) a parte não deve contradizer seu adversário quanto às declarações cuja veracidade desconheça<sup>105</sup>.

De um modo geral, é possível dizer que o fenômeno da publicização do processo consolidou o dever de veracidade, com previsão de punições aos litigantes infratores. A publicização conseguiu colocar freios a determinadas práticas que conspiravam contra a ordem ética do processo, na medida em que desenvolveu aspectos relacionados ao controle judicial, em atenção ao princípio da moralidade, conformando os comportamentos das partes aos ditames da lealdade e da probidade<sup>106</sup>. O Código Austríaco de 1895, marco na evolução do direito processual rumo à publicização, já previa o dever das partes de alegar detalhadamente todas as circunstâncias necessárias para fundamentar as suas pretensões de acordo com a verdade.

Mais recentemente, um acalentado debate em torno das origens do princípio da boa-fé vem sendo travado na Europa. O debate foi desencadeado por estudos de Juan Montero Aroca, publicados ao longo da última década, que identificam no princípio uma origem autoritária<sup>107</sup>. Sustenta o professor de Valencia que a previsão do princípio em leis processuais deita raízes nos códigos italiano e soviético, em épocas de regimes totalitários (fascismo e comunismo na Itália e na União Soviética, respectivamente). Diz ainda que as seguidas alusões ao processo como meio para que as partes e seus advogados colaborem com o juiz para o descobrimento da verdade só poderia ser compreendido em um contexto ideológico no qual se

---

<sup>104</sup> Confira a respeito: LIMA, Patrícia Carla de Deus. “O abuso do direito de defesa no processo civil – reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 122, ano 30, p. 112-113, abr. 2005.

<sup>105</sup> CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich Editor, 1975, p. 75.

<sup>106</sup> GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. *La verdade y la prueba*. Op. cit., p. 753.

<sup>107</sup> Vide, especialmente, “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 293-353, *passim*; e “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 161-164.

entenda que as partes não têm o direito de lutar pelo que acreditam que seja seu com todas as armas possíveis.

Em sentido oposto, o também espanhol Joan Picó i Junoy rebate a tese de Juan Montero Aroca pontuando que não é possível estabelecer uma correspondência entre o princípio da boa-fé processual e uma determinada ideologia política e destaca quatro principais razões para justificar seu raciocínio: (i) a origem do princípio da boa-fé em legislação processual é muito anterior aos citados códigos italiano e soviético – a lei processual de Castela, por exemplo, já previa o referido princípio nos séculos XVII e XVIII; (ii) os códigos anteriores aos mencionados por Montero Aroca foram editados em um momento da ciência em que o processo ainda não havia sido compreendido como ramo do direito público, espaço no qual o Estado aplica a lei em seu próprio interesse; (iii) sendo certo que o princípio da boa-fé foi reconhecido e aplicado pelo direito romano às relações de direito privado, não se justificaria uma negativa para seu reconhecimento e aplicação na atuação processual dos litigantes (não há explicação satisfatória para que algo que é reconhecido como correto e válido no âmbito do direito privado também não o seja para relações de direito público); e (iv) a qualidade ou não de uma norma processual está relacionada muito mais ao seu conteúdo e ao seu alcance do que à época em que foi elaborada ou à ideologia do seu autor, razão pela qual podem existir códigos processuais de grande rigor científico ou tecnicamente incorretos independentemente da sua origem mais ou menos liberal, no que são fartos os exemplos fornecidos pela história do direito processual<sup>108</sup>.

A candente discussão possui outras variáveis e sua análise no detalhe poderia colocar o barco fora de rota, porque o que se pretende analisar é o conteúdo material do princípio da boa-fé no que diz respeito a um dever de veracidade que supostamente se impõe às partes no processo, embora pareça correto afirmar que a aplicação no processo do princípio da moralidade, quando levado ao extremo de impor determinados padrões de conduta, se resolve na ideia de que as partes e seus defensores devem trazer ao conhecimento judicial todos os detalhes dos fatos importantes para a controvérsia. Essa situação apequena a função do advogado e

---

<sup>108</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 196, ano 36, p. 136-141, jun. 2011.

deturpa a ideia de processo, que, quer queiram quer não, é uma luta, e não “um passeio de mãos dadas no parque”<sup>109</sup>.

Não parece fazer sentido à ideia de princípio da colaboração entendido como regra que impõe às partes e seus advogados o dever de colaborar com o juiz na busca da verdade. Partes e advogados não estão interessados em toda a verdade, mas apenas na verdade que lhes convêm. A verdade buscada pelos litigantes é a verdade dos fatos que lhes interessam. É a verdade das suas alegações.

E mesmo neste momento inicial da análise, nos parece que seria um erro supor que as partes ou seus advogados têm o direito de mentir em juízo, sob pena de restarem comprometidos os objetivos da jurisdição<sup>110</sup>.

Questão absolutamente diversa está em saber se o juiz pode exigir da parte que preste determinada informação. Assumindo-se a premissa de que as partes não possuem obrigações processuais, mas tão somente ônus – pelo que deixa de obter determinado resultado caso se furte à prática de um ato –, não parece correta a afirmação de que o juiz pode exigir da parte que produza determinadas provas ou que preste determinadas informações<sup>111</sup>. Em outras palavras, o dever de veracidade não equivale a um dever de completude da informação<sup>112</sup>. As partes não podem ser proibidas de omitir<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 98, em nota de rodapé.

<sup>110</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 562.

<sup>111</sup> Em sentido contrário, José Carlos Barbosa Moreira sustentava, em 1979 (portanto, antes da reforma do art. 17 do Código de Processo Civil, ocorrida pela Lei n. 6.771/1980), que a lei teria atribuído às partes um dever de veracidade “concebido com tamanho rigor que chega a colorir de ilicitude e converter em fonte de obrigação de ressarcir o dano não apenas a alteração intencional da verdade pelo litigante (art. 17, nº II), mas a simples omissão, também intencional, de ‘fatos essenciais ao julgamento da causa’ (art. 17, n. III)”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Processo civil e direito à preservação a intimidade”. In: *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9. Vale a advertência de que a redação do inciso III do art. 17 do Código de Processo Civil, modificada pela Lei n. 6.771/1980, ficou da seguinte forma: “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”, não constando mais a expressão “omitir fatos essenciais ao julgamento da causa”, que constava da versão original, como se observa do Anteprojeto de Alfredo Buzaid no seu art. 21.

<sup>112</sup> Com razão Fernando Luso Soares quando sustenta a validade do ditado popular no sentido de que a virtude está no meio. Segundo o autor português, não é aconselhável o princípio kantiano de uma liberdade individual sem limites, nem o radicalismo de Rosenberg de que todos os atos das partes estão sob o mandato da boa-fé e, portanto, existe o dever de plenitude. SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 157.

<sup>113</sup> Segundo Osvaldo Alfredo Gozaíni, “las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (fair play) que les permiten reservas y ocultamientos. A ellos no les exige decir la verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La verdad y la prueba*. Op. cit., p. 756-757.

Também não se vai ao extremo de dizer que, no processo civil, a parte tem o direito de permanecer silente sem que dessa conduta se lhe possa inferir consequências desfavoráveis – já falamos aqui sobre as máximas de experiência e sua função para o estabelecimento de presunções.

A ideia bem serve ao processo penal, em que está em jogo o direito de liberdade, o que por si só justifica um tratamento diferenciado para o instituído<sup>114-115</sup>. A Constituição, em seu art. 5º, inciso LXIII, prevê a obrigatoriedade da informação ao preso dos seus direitos, incluindo (mas não se limitando) o direito que lhe assiste de permanecer calado<sup>116</sup>. A garantia é antiga – não á toa deu ensejo aos brocardos *nemo tenetur edere contra se e nemo tenetur se detegere* – e tem sua origem no direito processual penal canônico e no *ius commune*, como expressão da ideia de que ninguém pode ser obrigado a se incriminar, figurando ainda na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>117</sup>.

A aceitação do silêncio do acusado é sinal de respeito do Estado pela esfera de decisão do indivíduo, sem que de sua opção pelo silêncio lhe possam ser extraídas consequências desfavoráveis. A evolução legislativa brasileira reflete bem essa consciência, na medida em que foi suprimida a previsão que constava do art. 186 no sentido de que o juiz deveria alertar o acusado antes do interrogatório de que seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da sua própria defesa<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Sem embargo, e como noticia Jean Pradel, a Corte Europeia de Direitos Humanos já admitiu que, em determinadas hipóteses, o juiz possa levar em consideração o silêncio do acusado como uma admissão implícita de culpa, embora na mesma oportunidade tenha ressalvado que eventual condenação não pode ser fundada exclusivamente ou essencialmente no silêncio do acusado, ou na sua recusa de responder às perguntas que lhe são formuladas (v. o caso *John Murray vs. Reino Unido*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 8 de fevereiro de 1996, citado por: PRADEL, Jean. “*Les systèmes pénaux à l’épreuve du crime organisé*”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 94, ano 24, p. 159, abr/jun. 1999.

<sup>115</sup> Fernando Luso Soares cita Franco Cordero para indicar uma tendência doutrinária que proclama que o direito à defesa do acusado em processo penal abrange não só o direito de se calar, mas também o direito de mentir. CORDERO Franco *apud*, SOARES, Fernando Luso. *Responsabilidade processual civil*, Op. cit., p. 170-171.

<sup>116</sup> Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

<sup>117</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Op. cit., p. 299.

<sup>118</sup> O atual art. 186 do Código de Processo Penal contém a seguinte redação, dada pela Lei n. 10.72, de 2003: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de

No processo civil, de ordinário, a parte tem o direito de não prestar informações ou colaborar para a produção de determinadas provas que sabe resultarão em conclusões desfavoráveis. Essa omissão ou esse silêncio, no entanto, integram o conjunto de elementos de que se valerá o juiz para formar seu juízo de probabilidade.

Também a respeito desse tema, importante lição nos é trazida por Franco Cipriani. Tinha razão o autor italiano ao dizer que não há uma relação necessária entre a divergência e a mentira de uma das partes. Se os litigantes se encontram em uma situação de controvérsia, na maior parte das vezes, é porque cada uma enxerga as coisas de um ponto de vista particular (afinal, o mundo do direito é o mundo da dúvida<sup>119</sup>). O advogado não tem o direito de mentir, mas a plena e eficaz defesa dos interesses do seu cliente exige que sustente teses baseando-se na lógica formal, na doutrina, na jurisprudência ou em qualquer argumento que sirva para colocar o adversário em uma situação mais difícil e convencer o juiz da existência do direito do seu constituinte, fazendo-o crer que sua tese é mais exata ou mais coerente<sup>120</sup>.

De ordinário, a função do advogado é a de defender interpretações possíveis para um mesmo fato, sem inventar o fato<sup>121</sup>, ressaltando determinados aspectos e argumentos, assim como estabelecendo conexões entre os fatos e as normas que têm por fim convencer o juiz. Entre o verdadeiro e o falso há uma série de matizes e não afirmar todos os fatos tais como se passaram não necessariamente implica mentir<sup>122</sup>.

---

não responder perguntas que lhe forem formuladas; Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

<sup>119</sup> CIPRIANI, Franco. “El abogado y la verdad”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 284.

<sup>120</sup> CIPRIANI, Op. cit., nota 119, p. 289.

<sup>121</sup> CAMEJO FILHO, Walter. “Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 21.

<sup>122</sup> Para Joan Picó i Junoy, estabelece-se um conflito de interesses de difícil resolução entre os direitos fundamentais: o direito de defesa de uma parte e o direito da outra parte a um processo em que predominem a tutela jurisdicional efetiva, a paridade de armas e sem dilações indevidas. PICÓ I JUNOY Joan. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional*. Op. cit., p. 160.



Para o advogado, embaralhar as cartas não significa enganar, mas pode significar colocá-las em uma ordem que seja mais útil à sua tese<sup>123</sup>. Ideia muito similar, aliás, é encontrada na obra de Francesco Canelutti, para quem a existência de regras de probidade dos litigantes não exclui a astúcia. Defender o contrário seria mesmo excessivamente rigoroso, porque se os homens fossem anjos não haveria necessidade de astúcia – e, a bem da verdade, nem de processo<sup>124</sup>.

Também Michele Taruffo se pronunciou sobre o tema com sua habitual precisão. Não se pode esperar que o advogado seja o narrador de uma história absolutamente fiel à realidade – muito embora toda narração contenha implicitamente uma pretensão de verdade. O advogado existe para contar a versão da história que reúne mais chances de persuadir o juiz e beneficiar o seu cliente. Ele narra uma hipótese e trabalha para comprovar fatos que tenham o efeito de persuadir o juiz no sentido de que a sua hipótese é a verdadeira (ou a que possui mais chances de ser verdadeira, mais verossímil). Ainda que exista uma exigência moral de que as pessoas de um modo geral falem a verdade, não se pode exigir do advogado que fale sempre verdade, muito menos que atue no processo com o compromisso de dizer toda a verdade, o que não se confunde com um legítimo dever que se impõe no sentido de não utilizar meios de prova sobre fatos que sabem não serem verdadeiros<sup>125</sup>. Bem por isso, as *Federal Rules of Civil Procedure* contêm regras que reforçam a responsabilidade dos advogados, mas em momento nenhum estabelecem um dever claro de que esses profissionais digam apenas a verdade.

Aqui, no entanto, há que se fazer a devida distinção das situações em que está em jogo valor a que se atribua peso maior do que à liberdade da parte, tais como nos casos de direitos indisponíveis. O caso do direito ao conhecimento da relação de filiação soa como exemplo mais emblemático (embora haja outros casos também dignos de nota). Trata-se da sensível questão de definir se, para fins de realização de uma perícia médica (que, de ordinário, requer a colaboração do litigante), a parte pode ser conduzida *manu militari*, obrigada assim a realizar o exame. Entendemos que, mesmo quando o que está em jogo é o direito ao

---

<sup>123</sup> CIPRIANI, Op. cit., nota 119, p. 287.

<sup>124</sup> CARNELUTTI, Francesco. “Juego y proceso”. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. 2. ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994, p. 110-111.

<sup>125</sup> TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Tradução: Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 57-58.

conhecimento da relação de filiação, pode ser que a recusa do réu em se submeter a exames seja justificada – não obstante, o art. 231 do Código Civil estabelece que “aquele que se recusa a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se da sua recusa”<sup>126</sup>.

Recorrendo ao exemplo do exame de DNA: não nos parece que o direito ao conhecimento da relação de filiação se sobreponha à liberdade do réu se as circunstâncias do caso revelam a pequeníssima probabilidade de que este seja pai do autor. Imagine-se a hipótese em que a diferença de idade entre as partes seja muito pequena, que torna pouco provável a possibilidade de o réu ter mantido relações sexuais com a genitora do autor, ou mesmo se o réu logra comprovar por outros exames que é estéril.

Estará aqui o juiz autorizado a extrair consequências desfavoráveis do “silêncio” do réu? Deve ser refutada aqui a máxima popular de que “*quem não deve não teme*” – a lógica encerrada em tal máxima, aliás, sempre caminhou lado a lado com os regimes políticos autoritários e justificou práticas invasivas e violadoras de direitos fundamentais, especialmente dos direitos relacionados à privacidade e à intimidade.

Existem várias razões pelas quais um cidadão pode se recusar a se submeter a uma perícia médica (questões religiosas figuram apenas como um de tantos exemplos possíveis). Além disso, submeter alguém a uma agressão corporal, ainda que por uma boa razão, é um ato que a consciência jurídica contemporânea não vê com bons olhos, podendo até violar disposições constitucionais<sup>127</sup>.

Seja como for, não escapa à nossa preocupação a possibilidade de que juízes lancem mão em exageradas doses do poder que possuem de sancionar a conduta dos litigantes ou de seus advogados, movidos por paixões e rancores que bem sabemos existem nessa relação multissecular de tensão com os advogados, enxergando assim mentiras onde há estratégias permitidas pela lei. Esse poder sancionatório conferido aos juízes não pode servir para dar vazão a esses

---

<sup>126</sup> Este dispositivo, combinado com o art. 232 do Código Civil, acaba por estabelecer uma espécie de “confissão ficta” que desfavorece a pessoa que se recusa a se submeter a um exame médico. Nesse sentido: MAURO, Renata Giovanoni di. “Os poderes instrutórios do perito e o efeito probatório do laudo pericial”. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 77, p. 135, ago. 2009.

<sup>127</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La negativa de la parte a someterse a uma pericia médica”. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159.

sentimentos que todo homem nutre. Não pode se tornar em instrumento de ameaça e de constrangimento<sup>128</sup>.

Com isso pretendemos dizer que não existe prevalência *prima facie* de valores. E são os elementos do caso concreto, cuidadosamente avaliados pelo magistrado, que fornecem os subsídios para a realização de um adequado juízo de ponderação<sup>129</sup>.

#### 1. 4 Conclusões sobre processo, prova e verdade

Processo é cultura. Portanto, prova também é cultura. O conceito de prova mascara opções de caráter político – não é outra a razão pela qual se defende que o sistema processual é o barômetro de uma comunidade, porque está em sintonia com a sua cultura e o seu modelo político, revelando, em última análise, a maneira em que se pautam as relações entre Estado e cidadãos.

Os modelos cognoscitivos dos fatos estão irremediavelmente confinados à forma de viver e pensar de uma determinada comunidade em uma determinada época e, justamente por isso, são variáveis de um período histórico a outro<sup>130</sup>. À conta dessa circunstância, a tendência do direito processual em seu atual estágio de desenvolvimento é a de racionalização do sistema para apuração de uma verdade empírica apurada diretamente dos fatos relevantes para a causa a partir da lógica e de critérios científicos<sup>131</sup>.

A racionalidade científica dos nossos tempos, ainda herdeira do positivismo, ideologia que parte do pressuposto de que a verdade pode ser sempre alcançada

---

<sup>128</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do CPC”. In: *Revista genesis de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, 2002, janeiro-março, n. 23, ano VII, p. 68.

<sup>129</sup> Não é à toa que o art. 232 do Código Civil emprega o termo “*poderá suprir*”, e não o termo “*suprirá*” (confira-se a íntegra do dispositivo: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”). Como sustenta José Carlos Barbosa Moreira, compete ao órgão judicial verificar se determinada negativa em se submeter a exames médicos pode ser considerada um indício suficientemente grave para autorizar a presunção de existência da relação de filiação. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica*. Op. cit., p. 163.

<sup>130</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op. cit., p. 9.

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Problemas atuais da livre apreciação da prova”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova cível*. Op. cit., p. 52.

por métodos de observação e experimentação, é apenas a ideologia dos dias de hoje. Fosse esse estudo levado a efeito há alguns séculos atrás, estaríamos ainda em estágio de desenvolvimento científico prematuro, e seria mesmo heresia tecer um discurso sobre prova que passasse ao largo de elementos ligados ao místico e ao religioso. A humanidade está sempre partindo da (falsa) premissa de que atingiu o estágio último do desenvolvimento científico. A ideia apresenta-se válida até o momento em que novos postulados são anunciados, quase sempre negando seus antecessores, fazendo cair por terra premissas que nortearam frondosas construções científicas.

Não se duvida de que a justiça do julgamento será tão maior quanto maior for a porção de verdade descoberta. É óbvio que quanto maior a parcela dos fatos que se torna conhecida, melhores serão as condições de o juiz proferir uma decisão essencialmente justa. José Carlos Barbosa Moreira é preciso ao sustentar que a justiça da decisão depende de um conhecimento tão completo e exato quanto possível dos fatos relevantes para o julgamento por parte do julgador<sup>132</sup>. Mas essa não é a questão – e afirmar o contrário é reduzir ingênua e substancialmente o foco da preocupação dos estudiosos que têm se dedicado ao tema.

Também não concordamos com considerações que colocam a verdade como fator de legitimação das decisões<sup>133</sup>. Se bem observado, a utilização do conceito de “verdade real” ou de “verdade material” se mostra muitas vezes equivocada. O recurso a esses conceitos muitas vezes serve como justificativa para legitimar qualquer decisão sobre qualquer matéria<sup>134</sup>, como “álibi teórico”, “argumento performático” para fundamentar uma decisão que muitas vezes não possui nenhum fundamento de fato<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba y motivación de la sentencia*. Op. cit., p. 117.

<sup>133</sup> A ideia está expressa no já citado estudo de: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 30.

<sup>134</sup> Rafael Cavalcanti Lemos reúne julgados sobre matérias as mais variadas que invocam o conceito de verdade substancial, como sobre direito de conhecimento de filiação, cobrança de indenização em virtude de seguro DPVAT, direito previdenciária, registros públicos, liquidação de sentença, ação de improbidade administrativa, discussão sobre crédito tributário, entre outros. LEMOS, Rafael Cavalcanti. “Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 214, ano 37, p. 29-31, dez. 2012.

<sup>135</sup> Como adverte: STRECK, Lenio Luiz. “O que é isto – a verdade real?: uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasiliis*”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 921, v. 101, p. 368, jul. 2012.

A verdade está fora de uma decisão e a relação que se estabelece entre ambas é de reflexão apenas – no sentido de que a decisão pode ou não refletir a verdade e será considerada justa na medida em que estiver baseada em premissas fáticas verdadeiras, aplicar a solução jurídica correta e seja o ato final de um processo desenvolvido em total observância às garantias das partes. Há outros fatores de legitimação das decisões e que estão contidos no próprio procedimento. Do ponto de vista da legitimação das decisões, parece-nos muito mais importante observar se uma decisão foi proferida por um juiz subjetivamente imparcial e que, objetivamente, não tenha adotado uma postura assistencialista em relação a uma das partes. Requer-se, ainda, que as decisões tenham sido fundamentadas e originadas em um processo cujos atos foram públicos. Interessa, sobretudo, que a decisão tenha, na medida do possível, se originado de processo que se desenvolveu em observância ao contraditório participativo (ressalvadas as situações de extrema urgência que justifique a concessão de medida liminares sem a oitiva da parte contrária), em um procedimento que não apenas concedeu aos interessados oportunidades iguais de manifestação, mas no qual o juiz tenha estabelecido um diálogo humano com as partes, uma ponte de comunicação, a fim de revelar suas impressões no curso da causa, para que a todos os envolvidos tenha sido concedida a oportunidade de efetivamente influenciá-lo. Esses sim são fatores de legitimação das decisões, pois lhe são intrínsecas e dizem respeito ao procedimento, à realidade sensível do processo e ao alcance de qualquer cidadão<sup>136</sup>. Não a verdade, que com a decisão guarda uma relação de reflexão (relação esta possível, nunca necessária).

É fora de dúvida que a verdade constitui pressuposto para um julgamento justo<sup>137</sup>. A dúvida se coloca, portanto, em saber se a busca da verdade é uma tarefa factível ou uma luta quixotesca.

---

<sup>136</sup> Como sustenta Francisco das Neves Baptista, “o deslinde desse conflito deve dar-se de tal forma que o povo, e sobretudo a comunidade jurídica, aceite a solução como satisfatória, ou, no mínimo, consiga compreendê-la, conquanto dela discorde, em razão dos argumentos da sua fundamentação”. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Op. cit., p. 212-213.

<sup>137</sup> Sergio Chiarloni fala em sentença justa quando é fruto de uma análise que ultrapassa um *doppio criterio di verità*. Segundo o autor, este duplo critério de verdade é composto pela correta interpretação das normas invocadas e de uma exata reconstrução dos fatos. Confira-se em: CHIARLONI, Sergio *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, op. cit., p. 204.

Não chegamos a propor a aplicação do Teorema de Bayes, mas, em nosso sentir, a verdade não está ao alcance do juiz, que julga tão-somente com base em *probabilidades*<sup>138-139</sup>. Seu raciocínio se desenvolve no seguinte sentido: “pelas provas adunadas aos autos, é mais provável que o fato A (fato constitutivo do direito do autor) tenha realmente ocorrido e é mais provável que o fato B (fato impeditivo ou extintivo alegado pelo réu) não tenha ocorrido, razão pela qual o pedido deve ser julgado procedente”.

Fala-se normalmente em probabilidade quando se está a tratar de julgamento de pedido liminar, quando ainda não há atividade probatória, partindo-se do equivocado e pretensioso pressuposto de que a cognição exauriente e a ampla oportunidade de produção de provas conduzem o juiz à certeza sobre a ocorrência ou não dos fatos veiculados nos autos pelas partes. É que as provas não conduzem seguramente à verdade dos fatos, mas apenas indicam se e como tais fatos *provavelmente* ocorreram<sup>140</sup>.

A força probatória é medida em graus de probabilidade. Um elemento de prova é o resultado de uma cadeia de inferências. Cada ponto dessa cadeia está ligado ao seu antecessor e ao seu sucessor, de forma que a força probatória desse elemento dependerá, então, do grau de probabilidade de que essas inferências estejam corretas<sup>141</sup>.

Uma testemunha pode relatar os fatos da forma como acredita que eles tenham ocorrido. Se eles de fato se passaram tal como relatado pela testemunha é outra questão. A força probatória do depoimento de uma testemunha que afirma ter

---

<sup>138</sup> Juan Montero Aroca sustenta que a convicção do juiz acaba por se referir a probabilidades. A certeza absoluta só pode ser produzida no campo da física ou da matemática, mas não no processo, em que a certeza se resolve em uma *certeza moral*. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, Op. cit., p. 37.

<sup>139</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 318-319. Também nesse sentido leciona Hermes Zaneti Júnior, ao dizer que “a verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimentos probatórios*, Op. cit., p. 343.

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 39. Na sequência, transcrevem passagem de Wach, para quem “todas as provas, em verdade, não são mais que provas de verossimilhança” (p. 39-40).

<sup>141</sup> ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of evidence*. 2. ed. Cambridge University Press, 2005, p. 71.

presenciado o fato está condicionada a uma série de variáveis. O testemunho ocular de um jovem, por exemplo, tende a ser mais confiável do que o testemunho ocular de uma pessoa de idade mais avançada, mais suscetível a ser traída pelos sentidos. Assim como o testemunho de um míope que não usava seus óculos no momento em que os fatos se sucederam é presumidamente menos persuasivo do que o depoimento de alguém com plena capacidade visual e que presenciou os fatos da mesma distância – e, portanto, é mais *provável* que os fatos tenham ocorrido de acordo com o depoimento deste. Isso quando o que pessoa afirma saber não é, na verdade, um misto do que ela eventualmente presenciou com o que “ouviu falar”, criando no espírito uma sensação de certeza que não reflete as experiências que realmente teve.

O processo mental de cada pessoa para a fixação de certezas é insondável. Documentos como fotos, papéis ou vídeos também são facilmente manipuláveis. Provas periciais, supostamente assentadas em conhecimentos técnicos indefectíveis (pelo menos esse é o prestígio de que gozam no cotidiano), podem resultar de equívocos de avaliação, de erros de cálculo, podem ser obtidos através de métodos inconfiáveis ou cientificamente superados *etc.* Enfim, tudo isso diz diretamente com a probabilidade.

E seria mesmo inócua falar em certeza, porque nos parece que se trata de um sentimento pessoal que se produz no intelecto do indivíduo e que nada tem a ver com a verdade<sup>142</sup>. Aquele que julga ter certeza está firmemente convicto da veracidade ou da falsidade de um enunciado fático. Mas quem se julga sabedor da verdade deve se precaver para o fato de que a “verdade” em que se fundamenta essa convicção não passa de uma *verdade aparente*<sup>143</sup>, afinal, de acordo com a célebre frase de Piero Calamandrei, doze mil testemunhas alinhadas em seus

---

<sup>142</sup> Jordi Ferrer Beltrán chega à conclusão semelhante quando fala da *convicção*. No seu entender, o termo parece aludir a algum “tipo de estado psicológico o bien a la noción de creencia”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdade en el derecho*, Op. cit., p. 34.

<sup>143</sup> “A certeza é, portanto, um estado subjetivo o espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda”. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, v. I, p. 22.

depoimentos não representam mais do que doze mil probabilidades, o que equivale a uma forte probabilidade<sup>144</sup>.

No fundo, convicção do julgador não deixa de ser opinião. É a opinião sobre qual tese é mais verossímil, sobre quais fatos foram ou não provados. Estabelece-se, portanto, uma conexão entre resultado da prova e convencimento do julgador, sua certeza acerca da forma como se sucederam os fatos. A prova, então, não deixa de depender da opinião do julgador para se constituir. Fato provado é fato que o julgador reputa provado. Tudo uma questão de opinião, de modo que um resultado probatório de grande peso desacompanhado de certeza subjetiva não configura prova plenamente<sup>145</sup>.

Fora isso, é pertinente a observação de que a certeza foi convertida em um dogma, um valor supremo, nos ordenamentos de países integrantes da família da *civil law*, mas o mesmo não pode ser dito a respeito dos sistemas de países que integram a *common law*, em que, apesar de ser algo desejável, não atinge a condição de valor supremo, a certeza é apenas mais um valor jurídico, normalmente relacionado à rigidez em um sistema que preza pela flexibilidade<sup>146</sup>. Como se vê, a certeza não chega a ser um valor jurídico cultuado universalmente.

A verdade é una. Por essa razão, entendemos equivocada qualquer adjetivação que se queira dar ao termo – pelo que é artificiosa a distinção entre verdade material e verdade formal. Sabemos que a verdade existe, mas pode acontecer – e é o que na maior parte das vezes acontece – que a verdade não possa ser alcançada. E isso por uma série de razões.

Neste estudo foram delineados brevemente (e, como já advertido no início, sem pretensão de exaustão) alguns institutos que moldam o processo, todos a indicar que a verdade não só pode, como, em determinados momentos, deve ser afastada em nome de outros valores. E poderíamos ter ido além. O sistema de preclusões, extremamente rígido, impede que determinados fatos possam ser

---

<sup>144</sup> CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”. In: *Opere Giuridiche*. Padova: Morano Editore, 1972, v. V, p. 616.

<sup>145</sup> DÖHRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación, traducción de Tomás A. Banzhaf*. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 440.

<sup>146</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 81-82.



suscitados pelas partes se superada a fase em que, de ordinário, poderiam fazê-lo (e, por consequência, impede que esses fatos possam ser conhecidos pelo julgador). Há, ainda, situações em que as únicas pessoas que conhecem os fatos controvertidos estão impedidas de prestar depoimento, em razão da presunção de sua parcialidade. Mais modernamente, o princípio da celeridade foi alçado à categoria de princípio constitucional e o Estado vem envidando esforços no sentido de implementar medidas que tornem o processo um instrumento mais rápido de distribuição de justiça. Obviamente, a imposição por extrema celeridade cobra um preço e os cidadãos vêm pagando caro por esse projeto, que inegavelmente comporta uma série de restrições a direitos e garantias.

Todas essas limitações encontram razão de ser no fato de que o processo comporta uma plêiade de valores que precisam ser harmonizados<sup>147</sup>. A ciência humana possui limites éticos, políticos e econômicos, pelo que não se impõe ao juiz a tarefa de buscar a verdade a qualquer preço<sup>148</sup>.

Como se disse, o processo não está a serviço da busca da verdade. Há outros interesses em jogo e que, dependendo do caso concreto, devem ser prestigiados. Sem embargo da importância da revelação da verdade, indicar a sua busca como a finalidade do processo seria reduzir por demais o seu escopo<sup>149</sup>. Quando se fala em proibição das provas ilícitas, o que se quer mostrar é uma predominância de determinados interesses e valores que se sobrepõem à verdade em grau de importância, desde que presente determinadas condições. Quando se trata da delimitação dos fatos e das provas pelos litigantes, é o princípio dispositivo que assume maior relevo, permitindo às partes que delimitem o campo de trabalho do processo, o espaço fático sobre o qual recairá a atividade probatória.

Além disso, parece fora de dúvida que a atividade humana na busca da verdade está irremediavelmente limitada pelos conhecimentos científicos alcançados em determinada época. As construções científicas oscilam com frequência incomum, por vezes até caindo no descrédito. No entanto, o conhecimento científico do momento acaba por ser o responsável pela “revelação da verdade dos fatos” e os

---

<sup>147</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal*. Op. cit., p. 111.

<sup>148</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Op. cit., vol. II, p. 141.

<sup>149</sup> LIRA, Gerson. “Direito à valoração da prova”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova cível*, Op. cit., p. 32.

instáveis postulados científicos determinam a sorte de pleitos que envolvem matéria técnica não afeta ao conhecimento do julgador. Por fim, sequer é possível dizer que aos litigantes e aos seus advogados se impõe um dever de veracidade absoluto.

E tem razão Michele Taruffo ao dizer que não se sustenta a ideia de que o ordenamento está irremediavelmente vinculado à exclusão da verdade dos fatos dos escopos do processo civil – ideia que não poderia jamais ser demonstrada empiricamente. Com efeito, não vinga uma teoria que exclui a prova em toda e qualquer hipótese. O que sustentamos neste estudo – e, desde logo, perdoe-se a repetição – é que a verdade pode ser alcançada pela atividade probatória, mas esse não é o destino certo de toda atividade probatória<sup>150</sup>. As provas podem ou não indicar a verdade. Em qualquer hipótese, terá o juiz que decidir, porque lhe é vedado o *non liquet*. Em determinadas situações, a decisão estará fundada na verdade dos fatos, em outras tantas não.

Como já sustentava Francesco Carnelutti, o processo envolve uma busca submetida a regras jurídicas que deformam a sua pureza lógica e não pode ser considerado um meio para o conhecimento dos fatos, “*que puede coincidir o no con la verdad de los mismos*”<sup>151</sup>.

O juiz não é um ser ungido por uma divindade, capaz de descobrir a verdade em toda e qualquer hipótese e solucionar as controvérsias sempre de forma justa. O juiz é ser humano e essa inafastável condição não somente lhe sujeita a toda sorte de falhas, mas também a avaliações subjetivas da realidade que o cerca<sup>152-153</sup>.

---

<sup>150</sup> “É preciso ter clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro. À luz dessa consciência, é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado”. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op. cit., p. 14.

<sup>151</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Op. cit., p. 21.

<sup>152</sup> “A figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Essa fundamentação retórica não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado: o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 38.

<sup>153</sup> Como bem adverte Leonardo Greco, “essa crença no juiz super-homem desapareceu por completo. Se é correto que o simples entrelaçamento dos fatos e provas apresentados pelas partes não assegura a descoberta da verdade, porque cada uma das partes tende a revelar apenas as circunstâncias que lhe são favoráveis, por outro lado, a busca frenética da verdade absoluta pelo juiz, além de comprometer a sua imparcialidade e de cercear a liberdade individual, não garante que o

Não parecem desprezíveis outras tantas variáveis ligadas aos recursos de que o Judiciário está dotado. O Judiciário, como qualquer outro serviço público, está adstrito às possibilidades ditadas pelos recursos que lhe são disponibilizados – muitas vezes escassos e mal empregados. Consiste em utopia supor que um sistema assim estruturado e conduzido pelas mãos de um homem comum possa funcionar como um instrumento perfeito de alcance da verdade.

Se, bem pensado, a atividade do juiz no processo não está voltada propriamente à obtenção da verdade. A tarefa do juiz é decidir entre duas versões. Os litigantes apresentam argumentos e provas que servem como vetores, possibilidades de verdade. A atividade do juiz consistirá então em optar por uma das versões ou teses apresentadas (por imposição do princípio dispositivo, o juiz, a rigor, não poderá criar e adotar uma *terceira versão*) com base no seu racional acerca das probabilidades de ocorrência ou não dos fatos apresentados, de acordo com as provas produzidas. Precisamente, o juiz deve “arbitrar qual é a narrativa (ou a combinação parcial de narrativas) que corresponde à verdade”<sup>154</sup>, porque as partes não apresentam propriamente os fatos, mas hipóteses dentre as quais deverá o juiz escolher apenas uma<sup>155</sup>.

E no que diz respeito à atividade das partes, tem razão Juan Montero Aroca quando sustenta que a atividade do juiz não é uma atividade investigadora, mas uma atividade de verificação das afirmações que são feitas sobre fatos. A função da atividade probatória não é revelar a verdade, mas convencer o julgar, fazer com que se produza em seu espírito a certeza sobre a ocorrência de determinado fato, ou, ao menos, a convicção sobre a maior probabilidade de que determinada versão dos fatos esteja correta. Giuseppe Chionvenda já sustentava que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”<sup>156</sup>.

Também o processo penal, que na maioria das vezes lida com bens jurídicos em tese mais relevantes do ponto de vista humanitário, gerando consequências

---

resultado obtido seja melhor do que o que teriam alcançado os próprios interessados”. GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. Op. cit., p. 366.

<sup>154</sup> LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. “A verdade como objetivo do devido processo legal”. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 821-822.

<sup>155</sup> GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Op. cit., p. 15.

<sup>156</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, p. 91.

especialmente gravosas para o acusado e eventualmente condenado, não foge aos limites indicados acima, não sendo possível falar em alguma diferença em relação ao processo civil no que se refere à aptidão do processo para obter a verdade – a referência ao processo penal de forma destacada é de todo pertinente, afinal, sua *ratio essendi* é a instrumentalização da repressão, para limitá-la, conter suas forças a partir de um rígido sistema de direitos e garantias.

Não por outra razão o processo penal (e neste ponto com mais acentuada significação do que o processo civil) é tido como um dos principais barômetros da sociedade, para que se saiba com exatidão de que o modo o Estado conduz suas relações com os cidadãos. Essa particular situação durante muito tempo justificou um tratamento diferenciado no que diz respeito à verdade no processo. Considerava-se que a atividade probatória no processo penal deveria ser dirigida à obtenção da verdade material, enquanto o processo civil (porque normalmente lida com direitos patrimoniais e disponíveis) poderia se contentar com a verdade processual, ou verdade possível, como se fosse possível adjetivar a verdade (sendo ocioso reiterar que essa diferenciação já está superada há algum tempo).

Mas, mesmo no processo penal – espaço de apuração da chamada verdade material ou real, segundo multisseculares construções dogmáticas (aqui já repudiadas) – a verdade parece um ideal distante, que não guarda nenhuma relação de obrigatoriedade com o objeto da prova<sup>157</sup>.

A atividade probatória *pode* conduzir ao descobrimento da verdade. Caso efetivamente a sentença tome por verdadeiro um fato que efetivamente ocorreu, essa terá sido uma consequência acidental, nunca necessária. No processo, verdade é acidente, nunca substância, justamente porque “*o processo não está habilitado à busca da verdade substancial*”<sup>158</sup>, operando apenas em torno de

---

<sup>157</sup> De acordo com Francisco das Neves Baptista, “a verdade real, concebida como fatualidade ou ‘concordância do pensamento com o objeto’, somente se aplica ao fato punível, na sua conceituação dogmática, relativamente a escassíssimos aspectos ou requisitos: à conduta exteriorizada e à eficácia dos meios empregados na produção do resultado, quanto ao tipo; à situação alegadamente perigosa ou agressiva, para exclusão, no respeitante à antijuridicidade; à inimputabilidade etária e patológica, no concernente à culpabilidade; e a algumas condições específicas de punibilidade, no atinente a esta. Em tudo mais, a verdade buscada é ideal – ‘concordância do pensamento consigo mesmo’ –, já sob a forma de presunção, já mediante outros construtos puramente racionais”. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Op. cit., p. 137-138.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz *Prova*. Op. cit., p. 50.

“certezas, probabilidades e riscos, sendo que as próprias ‘certezas’ não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais absolutas”<sup>159</sup>.

Com isso, não se está a negar a possibilidade de que o processo possa alcançar soluções justas<sup>160</sup>, afinal, o próprio conceito de justiça é de alguma forma relativo<sup>161</sup>, devendo ser encarado como a solução mais justa possível já consideradas as limitações cognitivas e probatórias (até porque tais limitações são ditadas pela lei, que supostamente consubstancia o conceito de justo no plano objetivo). De outra parte, é preciso ter em mente que os modelos de processo expressos nas Constituições e nos Códigos modernos não refletem uma “justiça absoluta”, senão aquilo que se entende por justo no atual momento histórico e segundo a cultura prevalente no nosso estágio atual de civilidade<sup>162</sup>.

Por esse motivo, é possível mesmo falar em justiça afastada da verdade dos fatos. A verdade absoluta não pode ser considerada essencial ao processo<sup>163</sup>. Veja-

---

<sup>159</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. III, p. 115.

<sup>160</sup> De acordo com Leonardo Greco, “se as limitações do conhecimento humano podem impor ao juiz, como a qualquer ser humano, barreiras para o mais completo acesso à verdade dos fatos, essas barreiras não justificam que a verdade não deva ser perseguida e que possamos considerar justas decisões baseadas em fatos inteiramente distanciados da realidade da vida ou que sirva ao direito qualquer reconstrução dessa realidade”. GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Op. cit., p. 46-47.

<sup>161</sup> Adolfo Alvarado Velloso entende que a justiça é relativa, porque se trata de um conceito muito pessoal. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra la actuación judicial de oficio*, Op. cit., p. 183. Também assim em outra obra do mesmo autor, a saber. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 221.

<sup>162</sup> Giovanni Verde, tratando do modelo de processo justo previsto na Constituição, afirma que “è, tuttavia, oportuno sottolineare che il modello di processo disegnato dalla Carta costituzionale non è ‘giusto’ in assoluto, bensì quello ritenuto ‘giusto’ nell’attuale momento storico e secondo la cultura coerente con il nostro attuale livello di civiltà. Si tratta, insomma, del processo che è o che ci appare ‘più giusto’ nel momento storico dato”. VERDE, Giovanni. “Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. 55, n. 2, p. 307, apr.-giug.2000.

<sup>163</sup> “No mais, modernamente, uma tal ‘verdade absoluta’, a verdade ocorrida na vida dos litigantes, não é considerada um elemento essencial ao processo. A busca processual pela verdade estava, no passado, baseada numa perspectiva ultrarracionalista que pensava poder o juiz, tal como um cientista, transportar a verdade da vida para dentro do processo, revelando-a na decisão. Atualmente se compreende que uma ‘verdade absoluta’, que sobrepaire ao processo, que esteja no ‘no mundo real’ e que possa ser trazida para a sentença, é impossível ou improvável. Mesmo naqueles casos em que o juiz decidiu com todo o tempo possível para refletir, com consideração do mais amplo rol de provas, num processo em que os litigantes tenham apresentado todos os argumentos perfeitamente, em suma, num processo perfeito do ponto de vista da formação da cognição judicial, ainda assim haverá uma margem de probabilidade de que o juiz tenha proferido uma decisão que não corresponda ao que ocorreu na vida dos litigantes”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 66.

se, por exemplo, o processo do sistema *adversarial*, ainda tão presente nos Estados Unidos da América, embora o mesmo não possa ser dito sobre a Inglaterra, é um sistema que não reconhece nenhum valor positivo à verdade<sup>164</sup>, embora esteja dotado de mecanismos mais eficazes para o acerto dos fatos, consoante já salientado. O processo, de certo modo, reflete valores culturais de uma sociedade. O processo norte-americano cumpre bem esse papel ao trazer o individualismo e a competição para dentro do processo, forjado sob métodos, formas e ritos que espelham esses valores. Trata-se de um processo impulsionado pelos embates entre teses e provas produzidas exclusivamente pelos advogados, em grande parte das vezes para convencer um júri composto por cidadãos comuns. E o processo *adversarial* não persegue a verdade. A justiça das decisões não é avaliada sob a perspectiva do alcance da verdade. Uma decisão poderá ser proferida sem que a verdade tenha sido revelada ou descoberta e nem por isso a decisão deixará de gozar da credibilidade perante os cidadãos, nem o Judiciário será tido por uma instituição desprestigiada.

Não seria pretensioso demais supor que o nosso sistema, que toma a verdade por um bem supremo, é melhor do que o norte-americano? Não se pretende, aqui, dizer nem que sim nem que não – pelo menos não sem dispor de uma série de outros dados que seriam relevantes para uma análise desse tipo – mas a questão é no mínimo intrigante e serve para por em evidência o fato de que nosso sistema processual – que não deixa de ser um sistema de atingimento de soluções justas para um conflito particular – é apenas um sistema e que há outros por aí que talvez desempenhem a mesma função de maneira mais eficiente sem atribuir valor tão significativo à verdade. Entendo que o termômetro não pode deixar de ser a sociedade. É a aceitação social, a crença da comunidade no bom funcionamento da sua Justiça que nos dirá se um determinado sistema processual cumpre ou não a sua missão de forma eficiente.

Isso não significa, no entanto, concordância com a tese de que a verdade é aquela a que a ciência pode chegar com uso dos recursos disponíveis em determinado momento histórico<sup>165</sup>. Definitivamente não. Verdade é uma só e não

---

<sup>164</sup> TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Op. cit., p. 129.

<sup>165</sup> Se bem compreendemos, a ideia está presente em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37. A ela parece aderir

necessariamente é aquela que a ciência se encontra em condições de desvendar em um determinado período histórico. Um fato pode ser verdadeiro ainda que ninguém nele acredite e pode ser falso ainda que o mundo inteiro diga o contrário<sup>166</sup>.

Como um dia sustentou Francesco Carnellutti, concluímos da seguinte forma: a verdade é uma só e a sua obtenção no processo, como resultado da atividade probatória, não passa de uma coincidência contingente, nunca necessária<sup>167</sup>.

### 1.5 Considerações finais: designação de provas pelo juiz e a verdade

Embora a locução “provar” possa carregar consigo o significado de “demonstração da verdade”, o sistema processual, reflexo do sistema constitucional, impõe limites à investigação dos fatos. Importa, sobretudo, a verdade que é alcançada em respeito a esses limites. Para todos os efeitos, o processo é solucionado com base em uma “verdade possível”.

Se é certo que o sistema permite apenas uma “porção de verdade”<sup>168</sup>, também é certo que, dentro daquilo que o próprio sistema permite conhecer, é inevitável assumir que a participação do juiz ao menos aumenta as chances de que esta porção de verdade se aproxime da verdade toda – quão maior será esta porção de verdade não é dado conhecer de antemão, porque dependerá, por exemplo, da complexidade dos fatos que estão sendo investigados, da precariedade ou mesmo da existência de fontes de prova idôneas, ou da maior ou menor predisposição do juiz e das partes para buscar a comprovação dos fatos alegados nos autos.

---

Flávio Mirza, quando sustenta que “a verdade é aquela a que qualquer ciência pode chegar, guardadas as limitações inerentes, com todos os recursos e meios disponíveis em determinado período histórico-temporal. Não há outra. Não há uma verdade, tout court”. MIRZA, Flávio. “Notas sobre a questão da verdade no direito processual” In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da et al. (org.). *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009, p. 118.

<sup>166</sup> A ideia defendida aqui é contrária, portanto, à noção habermasiana fundada na razão comunicativa e no entendimento de que a verdade não está no conteúdo, mas no procedimento, no discurso, enfim, no consenso.

<sup>167</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Op. cit., p. 22.

<sup>168</sup> José Carlos Barbosa Moreira, com muito mais elegância, alude à “porção de justiça a que nos é dado aspirar na Terra”, de onde retiramos a expressão “porção de verdade”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O processo civil, hoje: um congresso da associação internacional de direito processual”. In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 237.

Isso porque parece claro que a relação se dá da seguinte forma: quanto mais personagens dedicados à busca da verdade, maiores serão as chances de que esta verdade possível se aproxime da verdade total, completa.

Nesse sentido, conceder poderes probatórios os mais amplos ao juiz funciona na medida em que haverá uma chance maior de obtenção da verdade – embora não haja garantia, pois, como se disse, a verdade poderá ser alcançada, mas não há relação assim rígida ou inflexível. Mas, se bem pensado, e se levado em consideração que a verdade é mesmo uma finalidade do processo, essa lógica numérica justificaria outras medidas. Seria o caso de imaginarmos, por exemplo, um órgão colegiado conduzindo a fase probatória, afinal, se um juiz dotado de poderes probatórios aumenta as chances de obtenção da verdade, três juízes praticamente triplicam essas chances. Por que não então aumentar o número de magistrados?

Há várias respostas para essa indagação, algumas de índole financeira muito séria, por sinal. Outra solução possível seria colocar outro órgão, diferente do juízo, como responsável por designar provas, além das partes.

Mas cumpre dizer novamente: se a verdade fosse um objetivo do processo, e se fosse válida a assertiva de que a atuação do personagem imparcial aumenta substancialmente as chances de alcance da verdade, então seria o caso de cogitarmos de três, quatro, cinco ou mais personagens imparciais conduzindo a fase probatória – e quanto mais, melhor... É óbvio que a solução não passa por um aumento do número de personagens. Assim como me parece óbvio que a concessão de poderes probatórios ao juiz aumenta as chances de que a verdade seja atingida.

Se for consentida outra ilustração, imagine-se que dois competidores devem encontrar agulhas em um palheiro. No primeiro cenário, o competidor *A* deve encontrar a agulha dourada, enquanto o competidor *B* deve encontrar a agulha prateada, isso durante um espaço de tempo razoável porque, como ocorre no processo, também esta competição precisa chegar a um fim, ainda que nenhum dos competidores consiga atingir seu objetivo. Agora se imagine um segundo cenário em que, além dos dois competidores à procura de suas respectivas agulhas, seja inserido outro personagem *C*, que não compete com *A* ou *B*, mas que está autorizado a encontrar qualquer agulha. Nesse novo cenário, *A* só procura a agulha dourada, *B* só procura a agulha prateada e *C* procura qualquer agulha.



Qual cenário oferece mais chances de que *alguma agulha* seja encontrada? A resposta, com sabor de obviedade, é que o segundo cenário oferece mais chances.

No processo ocorre algo parecido. Enquanto duas partes tentam comprovar a verdade que lhes interessa, a verdade das suas teses, a inserção de um novo personagem – o juiz que, a princípio, não está comprometido com nenhuma dessas duas teses – aumenta consideravelmente as chances de que uma porção maior de verdade seja descoberta. Talvez não toda a verdade, talvez a verdade que interesse a apenas uma das partes (apenas agulha dourada, por exemplo). Mas a as chances de que aumente a porção de verdade conhecida é substancialmente maior.

Os ganhos aparentemente existem. Aumentar as chances de que seja descoberta uma parcela maior da verdade representa, inegavelmente, um ganho oferecido pelo modelo. Mas cabe indagar qual é o preço que nos dispomos a pagar por esses ganhos. Ao fim do estudo, ficará mais claro quais são exatamente as desvantagens do modelo – ou o preço que esse modelo vem cobrar.

## 2 IGUALDADE DAS PARTES

### 2.1 Igualdade no Estado Moderno

O capítulo que se inicia é dedicado ao estudo do *princípio da igualdade* que, projetado no direito processual, assume a forma de *princípio da igualdade das partes*. A abordagem desse princípio também é de todo pertinente, na medida em que a paridade de armas é indicada pela doutrina como uma das razões pelas quais se impõe a adoção do modelo publicista de participação do juiz na fase probatória.

A igualdade é mencionada de forma categórica como direito básico dos cidadãos em todas as Constituições e instrumentos internacionais conhecidos, independentemente das ideologias políticas predominantes.

No caso da Constituição brasileira, vem expressa no *caput* do art. 5º, que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Além disso, várias das normas programáticas encontradas na nossa Constituição fazem referência a missões do Estado que guardam relação direta com a promoção da igualdade, como a de “*construir uma sociedade livre justa e solidária*” (art. 3º, inciso I), a de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV). Da mesma forma, a igualdade é expressamente prevista em outros importantes instrumentos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>169</sup>, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>170</sup>, de 1948.

Ainda que a ideia de igualdade esteja presente desde a Antiguidade, especialmente no pensamento grego, a sua positivação e valorização no mundo jurídico hodierno encontra razão de ser bem mais recente. Pode-se dizer que a compreensão que se tem sobre igualdade nos dias que correm encontra sua origem

---

<sup>169</sup> “Os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos”.

<sup>170</sup> Art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir, em relação uns com os outros, com espírito de fraternidade”. O art. 7º ainda dispõe que: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer discriminação, à igual proteção da lei. Todos têm direito à igual proteção contra qualquer discriminação que viole esta declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

no Iluminismo e nas revoluções burguesas. Seja consentida uma breve digressão histórica a esse respeito.

No século XVI, surge o Estado moderno inaugurando uma nova fase que supera a Idade Medieval. Em contrapartida à pulverização de poder característica da Idade Medieval – do que decorria também uma pulverização do exercício da jurisdição e de próprio procedimento utilizado para a resolução de controvérsias<sup>171</sup> – o chamado Estado moderno se caracteriza pela centralização do poder na figura de monarcas absolutistas, hereditários pela graça de Deus<sup>172</sup>. É o momento em que se formam os Estados nacionais. Em um cenário de “monopolização da produção jurídica por parte do Estado”<sup>173</sup>, o direito era compreendido como equivalente à vontade do monarca, a quem era atribuída a função de ditar as normas que solucionariam os conflitos.

Estavam criadas as condições para o arbítrio. Se a unificação das nações representou avanço no que diz respeito à viabilização das relações comerciais, com sua consequente intensificação da produção e da circulação de riquezas, a centralização de todo o poder na figura de uma única pessoa, vacilante e errática como qualquer outra, abriu caminhos para a ascensão de monarcas muitas vezes mais preocupados em governar para a sua classe, para a manutenção do *statu quo*, e não para o bem comum. A manutenção dos privilégios da nobreza cobrava um preço alto e, por isso, reclamaram uma intensa regulação sobre as atividades comerciais e a implementação de um asfixiante regime tributário. Como decorrência direta, inviabilizava-se o acúmulo de riqueza por parte da classe burguesa, a esta altura já fortalecida econômica e politicamente. A solução para o impasse foi a revolução, levada a efeito em nome de um comércio livre, de uma administração mais eficiente, de um território nacional único e homogêneo, pela abolição das

---

<sup>171</sup> PICARDI, Nicola. “Il monopolio statale della giurisdizione e della procedura”. In: PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 107.

<sup>172</sup> HOBBSAWM, Eric J.. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 38.

<sup>173</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27. Para o autor, com a formação do Estado Moderno, a sociedade assumiu uma estrutura monista, no sentido de que o Estado passou a concentrar em si todos os poderes, não só levando a cabo o processo de criação das leis, mas também através do “reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”.

restrições e desigualdades que representavam entraves para um sistema tributário racional e para o bom desenvolvimento dos recursos nacionais<sup>174</sup>.

A justificativa para a validade de um direito proclamado pelo representante maior do Estado estava sempre relacionada à sua alegada origem divina. Isto aliado ao ainda vigoroso sentimento religioso inibia as críticas ao sistema e, por consequência, ao sistema jurídico. O absolutismo implicava na negação dos direitos básicos dos cidadãos, inclusive os direitos de propriedade. Ao monarca era permitido interferir na órbita de interesses de qualquer um do povo, fosse expropriando suas terras, fosse convocando para integrar as forças armadas, fosse, ainda, tributando de forma excessiva.

Ocorre que o fortalecimento da burguesia fez crescer também a sua sede por poder político. Com as revoluções burguesas, primeiro na América e depois na Europa, tornou-se oficial o ideal burguês de direitos fundamentais preexistentes ao Estado<sup>175</sup>. O direito passa a incorporar o jusnaturalismo racionalista dos séculos anteriores<sup>176</sup>, fundado na crença inabalável de existência de um direito natural, na existência de direitos inerentes ao homem pela simples condição de ser homem. Segundo esta ordem de ideias, haveria um complexo de valores cuja validade estaria ligada a uma ética superior e não necessariamente a uma previsão legal ou ao reconhecimento do soberano.

Com fundamento na prevalência do jusnaturalismo, forjou-se um ideal de conhecimento perfeitamente amoldado às pretensões da classe burguesa – era o iluminismo, implantando na consciência jurídica a ideia de que todo homem é senhor de um espaço de integridade e liberdade que não pode ser derogado em nome da vontade do Estado, muito menos de seu representante ou da classe aristocrática.

---

<sup>174</sup> HOBBSAWM, Eric J.. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Op. cit., p. 73-74.

<sup>175</sup> Confira-se a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776: “Nós temos presentes em si mesmas as verdades seguintes: todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

Embora o retorno ao jusnaturalismo seja hoje compreendido como uma etapa em direção ao positivismo<sup>177</sup>, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que inspiraram a revolução burguesa foram alçados a um posto de valores indeclináveis da sociedade moderna. Sem sombra de dúvida, o apego à igualdade é uma das heranças deixadas pelo liberalismo do século XVIII<sup>178</sup>, que ainda veio a ser reforçada pela propagação da filosofia marxista e de teorias igualitaristas ao longo dos séculos XIX e XX.

## 2.2 Noções gerais sobre Igualdade e Direito

A ideia de igualdade sempre esteve associada à própria noção de justiça. Na Grécia antiga, foi cunhada e consagrada a expressão *isonomia* e, mesmo antes do pensamento socrático, a Escola Pitagórica já representava a justiça pelo quadrado, devido à igualdade dos seus lados. Também são conhecidas as lições de Aristóteles no sentido de que um homem, uma lei ou uma ação é justa quando instituída uma relação de igualdade ou que o justo é uma espécie de termo proporcional, sendo injusto aquilo que viola essa proporção<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Com a vitória dos revolucionários, vingou também um movimento pró-codificação, como forma de sacramentar as novas garantias, o que culminou na elaboração de documentos normativos, cujo maior expoente foi o Código Civil Francês de 1806 (o famoso *Código de Napoleão*). Criou-se o mito da lei como solucionadora de todos e quaisquer conflitos e a de que todo o direito, por mais complexas e mutáveis que fossem as relações sociais, poderia ser condensado em textos. O direito estava então “aprisionado” em códigos que se supunha fossem capazes de prever todas as situações de vida. As lacunas seriam resolvidas por instrumentos previstos no próprio diploma, tais como a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito*. Estavam criadas as bases para o positivismo jurídico e os mitos da autossuficiência e completude do ordenamento. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Op. cit., p. 23-26.

<sup>178</sup> Sem embargo de pertinentes críticas, tal como a formulada por Luis Alberto Warat: “Desde a revolução francesa começa-se a falar de igualdade de todos os cidadãos. Esta igualdade determina a submissão de todos, frente à lei. Todos têm direito a que a lei não lhes seja aplicada arbitrariamente. Nada se diz da igualdade de participação efetiva na formação das leis. Nem do direito de todos a que sejam respeitadas suas diferenças. Tratar os homens ignorando a diferença de seus desejos é ignorá-los e submetê-los a certos desejos institucionalmente triunfantes. Psicanaliticamente falando: ignorar que os outros são diferentes é aniquilá-los como seres com sua existência autônoma”. WARAT, Luis Alberto. “A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade”. In: *Revista sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1992, setembro, n. 24, p. 40.

<sup>179</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martim Claret, 2006, p. 109.

O pensamento político ocidental elegeu a igualdade como valor fundamental. A máxima de que “todos os homens são iguais” ou de que “a lei é igual para todos” aparece nos estóicos, passa pelo cristianismo positivo, ganha assento filosófico com Jean Jacques Rousseau e nos socialistas utópicos e vem expressa na forma de regra jurídica nas declarações de direitos elaboradas desde fins do século XVIII até os dias de hoje<sup>180</sup>.

A ideia de igualdade contém um significado positivo. Igualdade é algo que se deseja, uma meta a ser alcançada – assim como a liberdade, embora esses dois valores nem sempre possam caminhar juntos (com efeito, é comum a assertiva de que quanto maior o grau de liberdade conferido aos cidadãos, menor a igualdade obtida, e vice-versa – é reconhecidamente nesse sentido a filosofia do Estado socialista em que, em nome da igualdade, são suprimidas liberdades individuais).

Mas, ao contrário da liberdade, a igualdade pressupõe um tipo de relação formal que torna esvaziada de sentido a afirmação de que “fulano é igual” (de modo diverso, prenhe de sentido é a afirmação de que “beltrano é livre”), o que reforça o seu caráter instrumental. Aqui já se coloca a primeira feição da igualdade. A igualdade, como parece evidente, não se refere a um atributo do homem, mas a uma determinada *relação* entre os homens. O homem só é igual se tomado como parte de um todo. Sem se pensar em uma categoria mais abrangente, não há sentido algum falar em igualdade<sup>181</sup>.

A igualdade é princípio porque aponta para um estado ideal de coisas. Ao menos em tese, prevalece a ideia de que as coisas andarão tão melhor quanto mais iguais forem os cidadãos. Observada sob outro ângulo, a igualdade é também regra, na medida em que serve para vedar tratamentos discriminatórios que não se resolvam em metas de igualdade material, que não atinjam o que se entende por igualdade substancial. A igualdade se apresenta, ainda, como postulado, auxiliando a aplicação do direito de um modo geral, porque funciona para que se efetuem operações comparativas<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 23.

<sup>181</sup> BOBBIO, op. cit., nota 180, p. 26.

<sup>182</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150. No mesmo sentido: GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 43.

Como se vê, falar sobre igualdade é tratar de um assunto tão vasto como é o próprio direito. A noção de direito está atrelada à ideia de equilíbrio, de harmonia, para o que a igualdade desempenha papel decisivo.

O direito age para restabelecer o equilíbrio rompido. É acionado para restaurar a ordem violada. Se bem pensado, toda norma distingue. As normas possuem o poder de discriminar pessoas ou situações e conferir tratamentos diversos a essas pessoas ou situações<sup>183</sup>. O “se A então B”, no fundo, quer dizer “se verificada determinada situação de desigualdade, então se deve aplicar uma consequência igualadora”. Quem pratica o homicídio deve receber a pena prevista no art. 121 do Código Penal, porque a lei promove uma distinção entre os homens, separa os que praticaram homicídio dos que não praticaram. Diante dessa situação desigual, o legislador entendeu por bem que os homicidas sofram uma punição pelo Estado, porque assim se entende que a situação de desigualdade (o desequilíbrio, a desarmonia) é de algum modo, restabelecida.

Mas não apenas no direito penal, em que as normas são dirigidas a definir tipos e prever sanções, o que sem dúvida acentua o caráter discriminatório da norma e sua tentativa de promover o reequilíbrio da ordem. Perceba-se que quando a lei prevê como nulos os negócios praticados por absolutamente incapazes e anuláveis os praticados por relativamente incapazes, também está de algum modo preservando uma ordem, um equilíbrio (uma igualdade, por que não?), porque são estabelecidos efeitos jurídicos distintos para os negócios praticados por capazes e incapazes. O ordenamento restringe ou veda a manifestação de vontade de incapazes. Ao fazê-lo, distingue os homens entre os capazes e os incapazes, aplicam-se diferentes regimes jurídicos para os negócios que praticam e, ao final, prestigia a ordem, porque não seria lícito esperar os mesmos efeitos para atos praticados por cidadãos presumidamente aptos para gerir sua vida civil e os presumidamente inaptos.

Sob outro ponto de vista, o direito procura corrigir determinadas situações de desigualdade verificadas no meio social. Ou seja, em outro plano, o direito enfrenta o problema da desigualdade identificando situações de desigualdade surgidas no

---

<sup>183</sup> “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 12.

meio social e oferecendo soluções para neutralizá-las. O próprio surgimento de alguns ramos autônomos do direito expressam com rigor essa ideia, como sejam o direito trabalhista e o direito do consumidor, apenas para citar os exemplos que parecem mais eloquentes.

Com efeito, o direito do trabalho surgiu para dispensar à relação empregado-empregador um tratamento diverso do normalmente dispensado às relações estabelecidas entre particulares pelo direito civil. Foi à percepção de que empregados quase sempre estão em situação de inferioridade (financeira, de conhecimento *etc.*) em relação aos seus empregadores que fez surgir um tratamento específico para regular essas situações. Um corpo de normas, um microsistema destinado a tornar a realidade mais próxima possível de uma situação de igualdade material que não se encontra *in natura* no meio social.

A adoção do princípio da primazia da realidade e a imposição de normas protetivas do trabalhador estão voltadas ao reequilíbrio de uma situação naturalmente desigual, impedindo que o poderio econômico seja suficientemente forte para obscurecer os fatos, facilitar possíveis fraudes, enfim, colocar o empregado em uma situação de dependência que possivelmente impeça o correto enquadramento dos fatos e aplicação das normas de direito material. Do ponto de vista do processo, os conflitos são resolvidos através de um procedimento substancialmente mais simples, rápido e barato. Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o direito do trabalho foi o ponto de partida para o verdadeiro acesso à justiça, devido à facilidade de acesso, a prevalência e o estímulo à conciliação, pelo aspecto protetivo e pela sistematização de um tratamento coletivo dos interesses dos trabalhadores<sup>184</sup>.

Da mesma forma, foi a percepção do legislador sobre a diferença quase sempre existente entre consumidores e fornecedores de bens e prestadores de serviços que fez surgir, mais recentemente, uma disciplina específica para regular essas relações, pautada pela transparência, pela ampla informação, pela vedação à publicidade enganosa *etc.*

Assim, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei Federal n. 8.078), de 1990, partindo da presunção legal de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (embora a lei fale em “reconhecimento da vulnerabilidade” no inciso I do

---

<sup>184</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24.



art. 4º, estamos aqui diante de um claro caso de presunção legal), visa justamente a garantir uma equalização material através de uma série de imposições que tendem a neutralizar (ou ao menos atenuar) as naturais desigualdades existentes entre quem presta um serviço (e é por isso remunerado) e quem dele se beneficia (mediante pagamento).

No fundo, está mais uma vez presente a presunção de que o fornecedor ou prestador do serviço é a parte que detém maior poderio econômico e que, por isso, se encontra em melhores condições de lutar pelos seus direitos em uma eventual ação judicial – não é outra a razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor também possui normas de natureza processual, distribuindo ônus e aplicando sanções às partes de um processo em que se discute relação de consumo à luz dessa presumida situação de inferioridade do consumidor (como, por exemplo, a regra prevista no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a inversão do ônus da prova para facilitar a sua defesa em juízo, quando verossímeis as suas alegações ou quando for reconhecido como hipossuficiente).

Mas a relação entre igualdade e lei possui ainda (muitas) outras variantes. A princípio, a igualdade funciona como filtro de constitucionalidade de toda e qualquer lei. Nesse sentido, o princípio da igualdade vincula o legislador e o executor das leis. Se a igualdade foi erigida como mandamento constitucional indeclinável, então todo e qualquer ato normativo padece do vício da inconstitucionalidade se proclamar um enunciado discriminatório odioso, que não é destinado a atingir determinado fim que guarde relação de proporcionalidade com a restrição estabelecida.

Cabe aqui novamente a advertência: toda lei em alguma medida discrimina. Discrimina situações ou pessoas para impor consequências equalizadoras. O tratamento discriminatório que faz com que uma lei seja inconstitucional é aquele que distingue situações sem fundamento razoável.

Não há nada de errado, por exemplo, em fixar uma idade mínima para ocupar determinado cargo público (por exemplo, Presidente da República, Vice-Presidente da República e Senadores devem contar com mais de trinta e cinco anos, como prevê o art. 14, inciso VI, “a”, da Constituição Federal), porque algumas funções públicas exigem maior vivência, presumindo o legislador constituinte que são mais experientes e, portanto, se encontram em melhores condições de exercer determinados múnus públicos aqueles que possuem uma determinada idade. Mas, o mesmo critério é absolutamente ilegítimo para outras situações. Por exemplo, não

atende aos parâmetros constitucionais uma lei que estabeleça que apenas os que contam com mais de trinta e cinco anos possam concorrer ao cargo de professor da rede pública de ensino.

O critério do sexo também é normalmente utilizado como exemplo para demonstrar que determinadas discriminações são razoáveis e outras não. É absolutamente legítimo que o Estado promova concurso público para o cargo de agente penitenciária de presídios femininos, e aceitem somente candidatas mulheres, em razão das atribuições que serão exigidas desses profissionais. Mas não é legítimo ou razoável que o Estado promova concurso público para cargo de advogado geral da União e indique que somente mulheres podem concorrer à vaga. Da mesma forma, não faria sentido – porque absolutamente não razoável – regulamentar os atos da vida civil através de hipotética previsão no sentido de que apenas homens podem firmar contrato de compra e venda de bens imóveis ou apenas mulheres podem dar bens em comodato.

Em situações como essas, é necessário avaliar se o fator de discriminação e a finalidade da norma apresentam uma conexão. Ao mesmo tempo, esta conexão deverá ser razoável e suficiente.

Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, as discriminações são compatíveis com a igualdade quando está presente um vínculo de correlação lógica entre o fator de discriminação (o critério) e a desigualdade de tratamento conferida. São, assim, três os passos necessários para estabelecer diferenciações constitucionalmente válidas. Em primeiro lugar, deve-se eleger um fator de discriminação; em segundo lugar, deve ser aferida a correlação lógica abstrata entre o fator de discriminação e a disparidade que se estabelece pelo tratamento jurídico diferenciado; em terceiro e último lugar, deve haver consonância entre esta correlação lógica com os interesses constitucionalmente protegidos<sup>185</sup> – em síntese, é preciso que essa correlação lógica esteja em consonância não com qualquer interesse, mas com os interesses absorvidos no sistema constitucional<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Op. cit., p. 17-21.

<sup>186</sup> TABORDA, Maren Guimarães. “O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, janeiro-março, v. 211, p. 263.

De outro giro, o Estado Democrático de Direito deve mobilizar forças para garantir a igualdade perante a lei, que nada mais é do que dar concretude à assertiva de que “não haverá cidadão algum que não tenha os mesmos direitos dos demais, que estejam em igualdade de situação”<sup>187</sup>. A lei é uma para todos e a todos vincula. O imperativo da igualdade se aplica também ao legislador e ao aplicador da lei. Legislar e aplicar a lei indistintamente a todos os cidadãos são algumas das missões do Estado Democrático de Direito<sup>188</sup>.

### 2.3 A igualdade material

É conhecida a afirmação de Aristóteles no sentido de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Reside neste conceito o cerne da discussão a respeito da igualdade material.

A rigor, a ideia de igualdade material já foi expressa no capítulo precedente e aqui é invocada novamente para introduzir o tema no direito processual. Para todo e qualquer efeito, igualdade material é a igualdade *real, substancial*. É o resultado da aplicação de regimes diferentes para pessoas ou situações que se encontram naturalmente em posições desequilibradas.

Mas a igualdade absoluta é uma utopia, uma ilusão. Não sendo possível se atingir a situação de perfeita igualdade, o que o direito faz é oferecer um instrumental técnico para atenuar situações de desigualdades e, assim, mitigar os seus efeitos.

De meados do século passado pra cá, vêm sendo implementados mundo afora políticas de ações afirmativas, destinadas a promover a inclusão social de minorias histórica ou culturalmente inferiorizadas através de uma série de

---

<sup>187</sup> ATALIBA, Geraldo. “República, igualdade e ampla defesa: o caso ‘Folha’”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 661, ano 79, p. 236, Nov. 1990.

<sup>188</sup> “Se a igualdade de tratamento jurídico é reconhecida como um princípio constitucional inerente ao regime democrático, quer isto significar que a força desse princípio se impõe a todos os ramos do Estado; não só ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também ao próprio legislador. Em outras palavras, quando a Constituição proclama que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, caput), ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada. Ao lado, pois, de uma desigualdade perante a lei, pode haver uma desigualdade da própria lei, o que é muito mais grave”. COMPARATO, Fábio Konder. “Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, ano 87, p. 17, abr. 1998.

mecanismos de favorecimento. O objetivo, ao fim e ao cabo, é promover a igualdade material para aquelas situações em que a mera igualdade formal (que se resolve em uma mera igualdade de tratamento) é fonte de manutenção de desigualdades e injustiças.

Não há certeza sobre o primeiro registro que se tem da expressão “ação afirmativa” (na verdade, primeiro registro da expressão *affirmative action*). Para alguns, a origem está no discurso proferido por Lyndon B. Johnson, ex-presidente dos Estados Unidos da América, em discurso realizado na Howard University, no ano de 1965<sup>189</sup>. Há quem sustente, no entanto, que a origem da expressão encontra-se em diversos atos responsáveis por promover ampla inserção de negros norte-americanos depois da guerra civil daquele país, tendo inclusive figurado na *executive order* n. 10.925 de 1963, do então presidente norte-americano John Kennedy<sup>190</sup>.

A experiência, que teve início nos Estados Unidos da América, reverberou em muitos outros países. No Brasil, geraram candentes debates as políticas afirmativas de inclusão de minorias com reserva de vagas em cursos de graduação nas universidades e em concursos públicos<sup>191</sup>. O tema, como se percebe, é muito rico, com muitos argumentos favoráveis e contra. Este trabalho, no entanto, não é a ocasião para aprofundar essas questões ou oferecer conclusões sobre a eficácia da instrumentalização da igualdade via ações afirmativas.

No direito processual, a busca da igualdade material desencadeou o movimento em prol do acesso à justiça. Mundo afora foram elaborados instrumentos legislativos cujo objetivo declarado foi o de facilitar o acesso aos tribunais e a defesa dos direitos pelos cidadãos. A ciência processual, que ao longo de muitos anos cuidou da construção e aperfeiçoamento dos seus institutos, passou então a

---

<sup>189</sup> Nesse sentido, Leda de Oliveira Pinho e Cármen Lucia Antunes Rocha (confira-se em *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 116).

<sup>190</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57-58.

<sup>191</sup> No Estado do Rio de Janeiro, a política teve início com a edição das Leis Estaduais n. 3.524/2000 e n. 3.708/2001, que reservaram vagas nas universidades estaduais, respectivamente, para alunos que tivessem cursado integralmente os ensinamentos fundamental e médio na rede pública de ensino e para alunos negros ou pardos.

mergulhar na elaboração de mecanismos destinados a fazer com que a justiça se tornasse uma realidade para um grupo cada vez maior de pessoas.

Nos Estados Unidos da América surgiu os *small claim courts* para o julgamento de causas consideradas de menor importância e as *class actions* para permitir a veiculação daquelas pretensões que dizem respeito a direitos de que é titular toda uma coletividade.

No Brasil, podem ser apontados alguns importantes marcos legislativos da democratização da justiça, inseridos, portanto no movimento do acesso à justiça, como a Constituição de 1934, que criou a ação popular e tratou da assistência judiciária para os necessitados mediante a isenção de emolumentos e custas, a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, a Constituição de 1946, que alargou os direitos sociais, a Lei n. 1.060/1950, que disciplina a assistência judiciária aos mais pobres, e, a partir dos anos 80, ainda com mais ênfase, como a Lei n. 7.244/1984, que criou os Juizados de Pequenas Causas, a Lei n. 7.347/1985, que criou e disciplinou a ação civil pública, a Constituição de 1988, que consagrou os direitos fundamentais, fortaleceu o Ministério Público, elevou a Defensoria Pública à condição de instituição essencial à justiça, conferiu tratamento constitucional à ação civil pública, disciplinou o mandado de segurança individual e coletivo, enfim, incorporou no plano constitucional o momento de redemocratização nacional, além do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995) e da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), apenas para citar os exemplos mais expressivos.

No fundo, como parece intuitivo, esse movimento está claramente ligado à democratização da justiça e à busca da igualdade no plano material.

## **2.4 A igualdade no direito processual**

A igualdade é um princípio estrutural do Estado Democrático de Direito. Projetado no processo, que funciona como microcosmos em relação ao Estado, o princípio da igualdade assume a feição de princípio da igualdade entre as partes, ou princípio da paridade de armas.

O princípio processual se resolve então na proibição que se dirige ao legislador e ao juiz de não criar desigualdades, assim como se resolve na tarefa que se atribui aos agentes estatais de tentar neutralizar as desigualdades porventura existentes<sup>192</sup>. O princípio consagra a ideia aristotélica de que deve ser dispensado igual tratamento aos iguais e um tratamento desigual aos desiguais, a fim de que se alcance a igualdade material ou substancial.

Sendo a função do processo, erradicar a força ilegítima encontrada na sociedade e, assim, impedir a autotutela em nome de uma solução imperativa ditada pelo Estado, através de agentes imparciais, e igualar juridicamente as diferenças naturais que separam os homens, é forçosa a conclusão no sentido de que as partes de um processo devem debater em pé de igualdade<sup>193</sup>.

Aprofundando a análise e, de uma vez por todas, penetrando no sistema processual, identifica-se uma plêiade de exemplos em que a própria lei processual brasileira promove a igualdade substancial, por entender que a igualdade meramente formal não é suficiente para dar cumprimento ao comando constitucional de igualdade de todos.

No processo civil, um dos campos mais férteis para a pesquisa é o regramento da competência. Precisando definir qual o Juízo territorialmente competente para processar e julgar uma determinada demanda, o código elegeu determinados interesses como predominantes e procurou fixar a competência em atenção a determinadas situações de desigualdade. Por exemplo, em ação de separação e a conversão desta em divórcio, bem como em ações de anulação de casamento, o juízo competente é o localizado na comarca em que reside a mulher (art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil). Nas ações de alimentos, o juízo competente será o do foro da residência ou do domicílio do alimentando (art. 100, inciso II, do Código de Processo Civil).

Em todas essas hipóteses, o legislador presumiu uma desigualdade entre as partes e procurou corrigir o desequilíbrio através da fixação da competência em favor do juízo localizado mais próximo ao domicílio da parte presumidamente em posição de desvantagem. Não restam dúvidas de que essa é a razão pela qual foram beneficiados, nos exemplos indicados, a mulher em detrimento do homem e o

---

<sup>192</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., vol. I, p. 227.

<sup>193</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 258.

alimentando em detrimento de que presta os alimentos. Tudo para facilitar o exercício da defesa em juízo pela parte presumidamente hipossuficiente em relação ao seu adversário.

No que diz respeito ao art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, há muita discussão sobre a sua suposta inconstitucionalidade, à luz do que consta do texto da Constituição Federal em seus art. 5º, *caput* e inciso I, que preveem, respectivamente, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, e 226, § 5º, que dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Muitos são os que defendem que a hipossuficiência da mulher em relação ao homem, inegavelmente vigente à época da elaboração do Código de Processo Civil, já não existiria nos dias de hoje e que, portanto, o art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional<sup>194</sup>.

Parece-nos que a situação criada pela lei gera um tratamento desigual que pode ou não ser legítimo. Somente à luz do caso concreto seria possível saber se existe fundamento para que a ação de separação e sua conversão em divórcio bem como a anulação de casamento sejam processadas e julgadas no foro da residência da mulher. Com efeito, somente naqueles casos em que a mulher é de fato a parte considerada mais fraca – seja porque não possui independência financeira, seja porque ficou com a guarda dos filhos e, portanto, os deveres inerentes a essa situação a colocam em uma situação desfavorável em relação ao homem – é que o comando legal encontra aplicação em consonância com os preceitos constitucionais de igualdade entre o homem e a mulher. Para as hipóteses em que não se apresentam os mesmos elementos, o ideal seria que o regime de competência aplicado fosse o da regra geral, que prevê a competência do foro da residência do réu<sup>195</sup>. Diante da impossibilidade de regulamentar cada caso de forma específica e dada a generalidade da lei, parece melhor que seja mantido o benefício para a mulher, especialmente tendo em vista a extensão do território nacional e a impossibilidade de se tentar definir o perfil da família brasileira à luz dos exemplos

---

<sup>194</sup> Confira-se a respeito CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>195</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 192.

colhidos nas grandes metrópoles do Sul e do Sudeste brasileiros. Com efeito, a diversidade nacional me leva a entender que, especialmente fora desses grandes centros urbanos (mas, não *necessariamente* fora), a sociedade brasileira é ainda machista, patriarcal, herdeira de um sistema escravocrata que ensejou o coronelismo, fenômeno tão marcante na formação cultural e social do nosso povo e, até hoje, infelizmente, tão presente entre nós.

Também se encontra em sintonia com a ideia de igualdade toda a normativa ligada à facilitação do acesso à justiça aos cidadãos. A preocupação em fazer com que todos tenham acesso aos tribunais inspirou estudos produzidos ao longo das últimas décadas, uma intensa produção científica que veio a lume especialmente a partir da segunda metade do século passado. A ideia do acesso à justiça está ligada a uma inarredável premissa: a garantia constitucional do direito de ação<sup>196</sup> encontra limitações de todas as ordens. Algumas dessas limitações são entendidas como legítimas, enquanto refletem o próprio interesse público em evitar o dispêndio de tempo e recursos necessários para a apreciação de demandas inviáveis. Mas outros fatores responsáveis pelos óbices que se põem defronte à atividade jurisdicional são de origem meta-jurídica. São óbices que impedem o titular de um direito de desfrutar do bem da vida que as normas materiais lhe asseguram por conta de uma conjuntura de fatores externos à órbita jurídica, tais como a ordem econômica, a desigualdade social, a realidade sócio-política, a desinformação e, até mesmo, elementos culturais, como a disseminada descrença nas instituições públicas que pode ser encontrada no Brasil.

A ciência processual tem então se dedicado a identificar os fatores que impedem esse acesso aos tribunais e neutralizá-los<sup>197</sup>. A missão aqui é a de universalizar, reduzir os resíduos não-jurisdicionalizáveis, eliminar os bolsões de conflitos não submetidos ao conhecimento do Judiciário e, portanto, não resolvidos

---

<sup>196</sup> Adota-se aqui o conceito de ação segundo o qual este seria o “direito à jurisdição sobre uma pretensão de direito material, e ao mesmo tempo como freio às demandas inviáveis, estabelecendo o necessário equilíbrio entre o direito de amplo acesso à justiça e a garantia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos”. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15. Por esta razão, o direito de ação não deve ser compreendido como um direito subjetivo absoluto, caso contrário sequer haveria sentido as limitações representadas pelos pressupostos processuais e pelas condições da ação.

<sup>197</sup> Refoge à tarefa do direito criar soluções para as mazelas consecutórias do subdesenvolvimento, tais como a falta de recursos e mesmo a sua má distribuição, mas ao menos cabe estabelecer maneiras de contornar esta situação sempre que ela se coloque como óbice ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.



ou mesmo resolvidos por forças paralelas. A ideia de acesso à justiça, portanto, encontra-se intimamente ligada à noção de igualdade material no processo, uma vez que o objetivo por trás de todas as medidas é garantir aos desamparados às mesmas possibilidades de que goza o resto da população de levar as suas demandas ao conhecimento do Poder Judiciário e reivindicar uma solução.

O sistema deve ser igualmente acessível a todos os jurisdicionados e deve proporcionar resultados justos. Nesta ordem de ideias, confere-se destaque aos estudos levados a efeito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que lograram identificar alguns modelos básicos de propostas para a superação dos entraves colocados à efetividade da jurisdição. Trata-se da chamada primeira onda renovatória do acesso à justiça, que enquadra justamente o problema da representação dos mais necessitados, buscando com isso o atingimento de uma situação de igualdade substancial, eliminando o fator poder aquisitivo para a representação em juízo.

Neste campo, os autores noticiam algumas experiências mundo afora, como a da Alemanha, nos anos 20 do século passado, em que se tentou implementar um sistema através do qual os advogados prestassem assistência aos mais pobres mediante remuneração do Estado, e na Inglaterra, onde foi criado o *Legal Aid and Advice Scheme*, que previa remuneração não só pelo aconselhamento, mas também pela efetiva assistência nos processos. Na experiência britânica, ganhou relevo ainda o sistema do *judicare*, que previa a concessão do auxílio desde que realizado um juízo prévio positivo de admissibilidade da demanda, implementado mediante uma análise da viabilidade não só financeira, mas também jurídica do mérito do processo a ser instaurado<sup>198</sup>.

As propostas citadas, todas adotadas sob um viés absolutamente assistencialista, sem destoar, portanto, das práticas características do *Welfare State*, não deixaram de ser alvo de críticas. E diz-se isso principalmente porque, no sistema de remuneração dos advogados particulares, em momento nenhum, os mais carentes foram tratados como classe, mas apenas individualmente, sendo seus problemas resolvidos caso a caso, relegados a segundo plano uma perspectiva macroscópica do problema. A barreira do custo era solucionada, mas não outras igualmente importantes. Assim, o *judicare* proporcionou melhoria na situação dos

---

<sup>198</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 35-36.

mais carentes apenas no aspecto financeiro, mas não proporcionou melhorias substantivas do ponto de vista dos direitos das classes, tais como dos consumidores, para citar apenas um exemplo. Ademais, segundo os autores, a alternativa criada não eliminava a barreira cultural que separou (e, seja consentido dizer, ainda separa) por um fosso os advogados privados dos “clientes” mais carentes – o raciocínio aqui desenvolvido é o de que pessoas de diferentes níveis sócio-culturais raramente conseguem estabelecer contatos num plano horizontal, somando-se a isso o fato de que o ambiente que se cria ao redor dos tribunais e dos escritórios de advocacia quase sempre é responsável por uma atmosfera que intimida os mais carentes.

No Brasil, a assistência jurídica aos mais necessitados é provida, em regra, pela Defensoria Pública. Esta assistência vai desde o aconselhamento até o patrocínio dos interesses do cidadão em um processo judicial. Além disso, aquele que comprova ser incapaz de pagar os custos de um processo sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, goza do benefício de isenção de custas e honorários. O sistema tenta assim equilibrar os pratos da balança garantindo que mesmo aquele que não possui condições de arcar com honorários de advogado ou custas de um processo conte com o aconselhamento jurídico ou tenha uma defesa técnica qualificada em eventual processo.

Muitos ainda são os problemas. Com efeito, a Defensoria Pública é de suma importância, mas é recente a sua constituição em todos os Estados da Federação. Além disso, a Defensoria Pública sofre, como qualquer órgão público, as mazelas do subdesenvolvimento. São escassos os recursos recebidos. Embora a remuneração dos defensores públicos seja considerada suficiente para um elevado padrão de vida, o aparelhamento da instituição e a sobrecarga de trabalho dificultam a plena e eficaz defesa dos hipossuficientes.

Outra tentativa de mitigar as desigualdades no plano processual veio através da Lei Federal n. 10.173/2001, que inseriu dispositivos no Código de Processo Civil que estabelecem a prioridade de tramitação dos processos em que seja parte pessoa que conta com mais de sessenta anos de idade ou pessoa portadora de doença grave.

Assim, preconiza o art. 1.211-A do Código de Processo Civil que:

(...) os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

Os artigos seguintes indicam que a parte interessada deverá formular requerimento no sentido de obter o benefício mediante a comprovação da sua situação (art. 1.211-B) e, sendo deferido pelo juiz, os autos receberão identificação que evidencie o regime de tramitação prioritária (art. 1.211-B, § 1º). Uma vez concedida a prioridade, a lei ainda prevê que a mesma não será revogada pela morte do beneficiado original, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, do companheiro ou da companheira com quem o beneficiado original convivia em regime de união estável.

A lei neste procurou aplicar regimes diferenciados a pessoas que se encontram em situações diversas em razão de sua idade ou de uma situação de saúde que reclama cuidados. Parece inegável que a intenção do legislador foi a de conferir um tratamento diferenciado para pessoas cuja expectativa de sobrevida seja presumidamente reduzida. Com efeito, esta é a única explicação possível para equiparar pessoas com mais de sessenta anos a pessoas acometidas por moléstias consideradas graves. Em relação a estas pessoas, a lei prevê que o processo terá “prioridade na tramitação”, o que traz ínsita a ideia de que o processo será mais célere. Certamente, a ideia de celeridade está relacionada à presumida baixa expectativa de vida dessas pessoas, permitindo às pessoas que se encontram nessas situações que o desfecho do processo se dê em um prazo mais curto do que o normal e, assim, sejam aumentadas as chances de que o bem da vida litigioso possa ser desfrutado por essas pessoas.

Mas, a lei tem lá as suas inconsistências. Como se percebe, não há uma mínima e desejável indicação a respeito do modo como deve ser implementada a tal “prioridade de tramitação”<sup>199</sup>. Não fica claro de que forma o juiz ou os serventuários da justiça irão conferir prioridade aos feitos em que são partes pessoas com mais de sessenta anos e pessoas acometidas de doenças consideradas graves. Na falta de uma regulamentação, parece que cada juiz ou cada serventia do juízo possui

---

<sup>199</sup> A crítica também é encontrada em Giuseppe Tarzia, em comentário à lei brasileira. Confira-se em TARZIA, Giuseppe. “La durata del processo civile e la tutela dei deboli”. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. 60, n. 2, p. 326, apr./giugno, 2005.

liberdade para colocar em prática seus próprios métodos, os métodos que acredita possuírem eficácia para regular o ritmo do processo.

O problema mais grave da lei, aquele que usualmente é invocado para questionar a constitucionalidade, diz respeito ao privilégio estabelecido em favor dos mais velhos quando na sociedade há uma série de minorias e pessoas em condições mais frágeis que talvez merecessem privilégio igual ou maior ao que foi conferido pela Lei n. 10.173/2001. A situação não escapou das críticas da doutrina. Joel Dias Figueira Júnior, por exemplo, é assertivo ao tachar o legislador de “duplamente ingênuo” e sustentar a inconstitucionalidade da lei, ao argumento que não se observou a circunstância de que há muitas outras pessoas se encontram em situação mais crítica ou são mais vulneráveis que os maiores de sessenta anos, que hoje não estão na mesma situação que já estiveram no passado, especialmente devido ao crescente aumento da expectativa de vida no Brasil e, por isso, não podem mais ser considerados uma minoria que mereça um tratamento privilegiado<sup>200</sup>.

A crítica é em parte procedente. Se for verdade que os maiores de sessenta anos de hoje não podem ser equiparados às pessoas da mesma idade de tempos atrás, notadamente por conta dos avanços da medicina, das melhorias das condições de saneamento, enfim, por uma melhoria das condições em geral que proporcionaram à população um aumento substancial (e crescente) da expectativa de vida, também é verdade que a lei não é capaz de solucionar todos os problemas, mas isso não deve ser razão para excluir a possibilidade (ou mesmo o dever) de o legislador encontrar pontos em que entende que o tratamento diferenciado é legítimo – mediante a aplicação de um regime jurídico diferenciado em favor de determinadas minorias. Não é porque o legislador deixou de prever um tratamento diferenciado para os portadores de necessidades especiais, para os menores ou para os deficientes mentais que a lei que confere tratamento privilegiado ao idoso perde legitimidade. Seria mesmo impossível abarcar todas as situações de desigualdade.

Como já se disse, o objetivo da lei é justamente o de abreviar a duração de processos em favor daqueles que presumidamente possuem menos tempo de vida e

---

<sup>200</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. “O princípio constitucional da igualdade em confronto com a lei que confere tratamento processual privilegiado aos idosos (análise da constitucionalidade da Lei n. 10.173, de 09/01/2001)”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, n. 106, p. 295, abr/jun 2002.. O autor ainda cita a situação especial – e talvez merecedora de privilégio em maior medida que os idosos – dos doentes mentais, dos menores, dos pobres e dos que sofrem por causa de deficiências físicas.

que, portanto, tem mais pressa para o encerramento do processo, para a definição das suas situações litigiosas. A excessiva duração dos processos é uma triste realidade, não só no Brasil, mas no mundo inteiro. A premissa da lei – garantir aos idosos uma tramitação prioritária – é importantíssima e deve ser prestigiada. A lei realmente peca por não estabelecer os mecanismos pelos os quais o tratamento mais benéfico será implementado, mas isso não apaga ou empece a validade da sua premissa, que garante tratamento diferenciado para pessoas que se encontram em situação desigual para, ao final, promover a igualdade material.

Outro tema inquietante a respeito da igualdade das partes no processo está ligado aos privilégios processuais da Fazenda Pública. Boa parte da doutrina, ao tratar do tema da paridade de armas, normalmente se limita a indicar as desigualdades de tratamento criadas pelo legislador para, a partir daí, avaliar se esses mecanismos legislativos de fato são aptos a igualar as partes. E nesse sentido é muito comum a referência quase que exclusiva aos chamados “privilégios processuais da Fazenda Pública” – o termo “Fazenda Pública” é aqui empregado como designativo dos entes federativos (União, Estados e Municípios), suas autarquias e fundações públicas, além do Ministério Público no que diz respeito aos prazos processuais mais dilatados.

Entre estudos de autores que defendem ferrenhamente a concessão de privilégios em favor da Fazenda e aqueles que consideram esses privilégios absolutamente injustificados – considerados, portanto, verdadeiras vantagens que não atendem à razoabilidade – instalou-se um candente debate que ora passamos a reportar.

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece uma série de privilégios para a Fazenda Pública. O art. 188 do Código de Processo Civil estabelece que a Fazenda Pública possua prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar. A prerrogativa diferenciada em favor da Fazenda Pública já constava do art. 32 do Código de Processo Civil de 1939, no entanto, o mesmo diploma dispunha que os prazos para o Ministério Público se manifestar nos autos seriam iguais aos previstos para as partes.

Além disso, consta do nosso Código de Processo Civil, dispositivos que preveem que o juízo fixará honorários consoante apreciação equitativa (sem vinculação aos percentuais indicados na lei para as demais causas) quando a parte sucumbente for a Fazenda (art. 20, § 4º). Também prevê, em seu art. 475, que ficam

sujeitas ao duplo grau de jurisdição (com sua eficácia tolhida, portanto) as decisões proferidas contra a União, os Estados, os Municípios e as que julgarem improcedentes execuções de dívidas ativa da Fazenda Pública.

A lei ainda apresenta uma série de restrições à concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Exemplo expressivo de restrição encontra-se no *caput* art. 5º da Lei n. 4.348/1964, que dispõe que:

(...) não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumentos ou extensão de vantagens.

O parágrafo único deste dispositivo ainda veda a execução provisória do julgado, ao prever que: “os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a referida sentença”. São ainda exemplos o parágrafo 4º do art. 1º da Lei n. 5.021/1966 (que veda a concessão de liminar para obtenção de vantagem pecuniária), o art. 1º da Lei n. 8.437/1992 (que veda a concessão de liminares em ações cautelares contra o Poder Público quando providência semelhante não puder ser outorgada em mandado de segurança), o art. 3º da mesma Lei n. 8.437/1992 (que prevê o efeito suspensivo para os recursos voluntários ou *ex officio* interpostos contra sentença proferidas em processo cautelar movido contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes que importe em adição de vencimentos ou reclassificação funcional), o parágrafo 1º do art. 1º também da Lei n. 8.437/1992 (que prevê a impossibilidade de serem concedidas tutela cautelar ou liminar, no juízo de primeiro grau, em ação que vise a impugnar ato de autoridade sujeita, pela via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal), o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (que estendeu às hipóteses de antecipação de tutela as mesmas restrições existentes com relação a liminares e cautelares contra a Fazenda Pública), entre muitas outras, como a necessidade de intimação pessoal nas execuções fiscais (*caput* do art. 25 da Lei n. 6.839/1980) e a dispensa de caução nas ações rescisórias (art. 488, inciso II, do Código de Processo Civil) *etc*<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> O objetivo deste estudo é apresentar sumariamente o tratamento diferenciado da Fazenda, como forma de identificar um dos mecanismos de que se vale a lei processual para estabelecer regimes diferenciados em nome da igualdade material. O tema, no entanto, é permeado por questões controvertidas, que intencionalmente não serão aqui abordadas. Para uma compreensão mais abrangente do tema, recomenda-se a leitura de: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005, *passim*.

Na doutrina, encontram-se justificativas para esse amplo favorecimento. Quase sempre, essas justificativas giram em torno da indisponibilidade dos interesses defendidos, da supremacia do interesse público sobre o particular e da peculiar situação daqueles profissionais que defendem em juízo um ente público ou representam o Ministério Público, no sentido de que, ao contrário de um advogado particular, não podem recusar casos<sup>202</sup>.

Conquanto seja reconhecida a dificuldade enfrentada pelos órgãos da advocacia pública ou pelo Ministério Público – também decorrência da falta de investimentos do Poder Público em setores absolutamente essenciais do Estado – é verdade que essa situação vem sendo atenuado ao longo do tempo (é o que indica, a nossa observação, pelo menos no que diz respeito aos órgãos situados nas principais capitais do país). No entanto, se esta situação é pontual e não representa uma melhora sensível em todos os cantos do país – e, mais importante, sendo certo que o volume de investimentos depende sobremaneira das prioridades dos governantes, pelo que é legítimo assumir a premissa de que não necessariamente a melhora dos últimos anos represente uma mudança de mentalidade, muito menos um compromisso para o futuro – então parece aceitável que sejam mantidos privilégios que dizem com os maiores prazos e com a intimação pessoal, afinal, a presunção ainda é a da dificuldade de gerir esse grande número de processos.

Especialmente com relação aos prazos maiores, a principal crítica reside na necessidade de conferir celeridade aos procedimentos. Desde que o princípio da celeridade alcançou *status* constitucional, muitas são as vozes que têm se levantado para defender a rapidez do processo, mesmo a custos altíssimos, como mediante a concessão de tutelas liminares sem oitiva da parte contrária, julgamentos monocráticos de recursos, filtros absolutamente injustificados para a admissão de recursos pelos tribunais superiores, entre outras formas de supressão de garantias das partes. Tudo, rigorosamente tudo, em nome da celeridade.

É óbvio que se quer um processo célere, que seja capaz de diminuir o tempo entre a lesão e a reparação – afinal, nada mais parecido com uma injustiça do que a justiça que tarda. O ideal seria sempre que a tutela jurisdicional pudesse conceder a quem tem razão uma situação próxima à do cumprimento espontâneo das

---

<sup>202</sup> Confira-se, por todos: NERY JUNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 42.

obrigações. Mas será mesmo que a concessão de prazos em dobro (para recorrer) ou em quádruplo (para contestar) em favor da Fazenda Pública é a responsável pelo mal da morosidade? Não me parece assim. Os processos, de ordinário, demoram porque os recursos são escassos. Não há juízes nem servidores em número suficiente. Em razão disso, os processos perdem muito tempo nas prateleiras. São as chamadas “fases mortas” do processo. Não são os prazos em dobro ou em quádruplo que retardam de forma inaceitável o processo. As demoras causadas pela necessidade de intimação pessoal ou pelo aguardo de prazos maiores representam, em meu modo de ver, uma demora meramente marginal no processo.

Embora algumas disposições sejam justificáveis, como se vem de salientar, o argumento acima exposto não serve para explicar todos os privilégios da Fazenda Pública. Com efeito, apenas os prazos mais dilatados e a necessidade de intimação pessoal podem ser explicados pela impositiva atuação da Fazenda Pública ou pelo Ministério Público. Mas o argumento não serve para explicar a razão pela qual existe tanta proteção ao erário, como no caso dos honorários advocatícios sem vinculação aos percentuais que valem para os demais casos, e da vedação de liminares, que podem significar um dispêndio de recursos imediato e não programado pelos agentes investidos da função pública.

Por que razão o patrimônio dos entes públicos deve receber proteção que não é dispensada ao patrimônio do cidadão comum, que pode sofrer as mesmas ou até mais graves restrições? Por que o titular de um direito cujo exercício demanda prestação do Estado deve sofrer com a demora quando o mesmo não ocorre com o titular de um direito cuja satisfação depende de um agir ou de um dispêndio de recursos por parte de um particular?

Neste ponto a lei dispensa regimes jurídicos diversos a pessoas que não necessariamente se encontram em situações diferentes. Aqui a distinção de tratamento parece não atender ao princípio da razoabilidade. Indo além: as excessivas vantagens que recebe a Fazenda Pública neste ponto talvez sejam uma das principais causas da sua ineficiência. Sabendo que o orçamento que gerem não está vulnerável e, portanto, não será comprometido de imediato por uma decisão judicial, os agentes são estimulados a não respeitar a lei, a não acatar reivindicações legítimas dos cidadãos, afinal, parece muito mais fácil ao agente que representa o Estado aumentar um passivo que, anos depois, terá que ser administrado por outro agente.



Não é à toa que a Fazenda Pública é uma das maiores litigantes do país, se não a maior. As reiteradas negativas dos entes públicos em cumprirem a lei e em reconhecerem direitos dos cidadãos são diretamente responsáveis pela enxurrada de processos que consomem preciosos recursos do Judiciário, colaborando, assim, para que todas as demais demandas demorem um tempo maior para serem resolvidas. Afinal, o “cobertor é curto”.

Essas prerrogativas são hipócritas porque estão assentadas em um conceito deturpado de interesse público, como se este fosse necessariamente equivalente ao interesse dos entes públicos, o que não é verdade. Muitas vezes, o interesse público pode muito bem se resolver na satisfação do interesse privado de um cidadão e nada justifica a construção de um sistema em que a o Estado figure como ser supremo, um *todo-poderoso* em detrimento de garantias individuais dos cidadãos<sup>203</sup>.

Os privilégios processuais da Fazenda Pública só têm razão de ser quando absolutamente necessários para que a defesa possa ser exercida plenamente. É da necessidade justificada de exercer com plenitude o direito de defesa que esses privilégios retiram a sua justificação ou validade. Em medida alguma, essas situações diferenciadas previstas pela lei processual podem criar vantagens injustificadas para a Fazenda Pública, retardando ou dificultando o acesso à justiça dos cidadãos<sup>204</sup>.

À luz de todos os exemplos expostos, é permitido concluir que o sistema processual claramente possui um modelo padrão que define um regime jurídico principal. Esse modelo, no entanto, sofre rupturas sempre que uma situação excepcional se apresenta. Mas é a própria lei que define quais são essas situações excepcionais e quais são as soluções para essas situações.

## **2.5 Designação de provas de ofício e a igualdade das partes: desfazendo o mito da igualdade**

---

<sup>203</sup> CARVALHO, Wesley Corrêa. “Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo: por que elas simplesmente não acabam”. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 121, p. 158, abr. 2013.

<sup>204</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Op. cit., p. 256.

Consoante sustentado por boa parte da doutrina, a designação de provas de ofício pelo juiz seria necessária porque – além de permitir o alcance da verdade e não afetar a imparcialidade – permitiria ao juiz igualar as partes no processo. A assertiva nos parece de todo incorreta.

Em meu modo de enxergar o problema, essa premissa carece de significado, soando mesmo incoerente. E com o intuito de expor o raciocínio, lança-se mão de três ordens de argumentos, a seguir sucintamente apresentados.

Em primeiro, convém indicar que o juiz não conhece a medida da desigualdade eventualmente existente entre as partes. Identificar se existe de fato uma desigualdade e a sua medida é, por si só, uma tarefa ingrata. E – assumindo-se que haja de fato a tal desigualdade – pode ser que, ao tentar reequilibrar os pratos da balança, o juiz erre a mão e beneficie indevidamente uma das partes, considerada mais fraca. A análise em um plano abstrato indica que o método de equalização das partes só é racionalmente aceitável se for válida a pressuposição de que os agentes estatais possuem plena capacidade de identificar a exata medida da desigualdade e são, ainda, capazes de efetuar uma ação consciente para equalizar as partes sem provocar privilégios maiores do que os já verificados naturalmente.

Em segundo lugar, parece possível afirmar que eventuais desigualdades percebidas pelo agente do Estado no processo são as desigualdades verificadas entre os advogados das partes. A verificação desse tipo de desigualdade está sujeita a toda sorte de preconceitos e expõe a fraqueza de um Estado que outorga a determinados indivíduos o poder de representar cidadãos perante o Judiciário e, ao mesmo tempo, outorga a seus agentes a prerrogativa de “completar” a atividade desses indivíduos a partir de suas impressões sobre a qualidade do trabalho desenvolvido.

Em terceiro e último lugar, convém esclarecer que a designação de provas pelo juiz simplesmente não está destinada a equilibrar os pratos da balança. De ordinário, o juiz designa prova de ofício quando verifica que determinados fatos que, ao seu juízo são relevantes para o julgamento, não restaram comprovados pela atividade exclusiva das partes. Como o juiz prefere julgar com base em fatos comprovados do que julgar com base nas regras de distribuição do ônus da prova, estabelece que determinada prova deva ser realizada, mesmo ante a ausência de requerimento das partes. Mas isso não significa igualar as partes, mas apenas

buscar a verdade que, cumulativamente, as partes isoladamente não foram capazes de revelar e que o juiz considera relevantes para o julgamento.

Vamos aos três argumentos com mais detalhes.

### 2.5.1 Primeiro argumento: O processo de equalização é possível?

Difícilmente duas pessoas estarão em pé de igualdade nesse mundo. De acordo com uma visão nominalista, e conquanto todos os homens guardem determinados traços comuns, o que se percebe, o que se vê ao redor, é a diversidade. Assumida a premissa de que a diversidade é um fato, a desigualdade é mesmo inexorável<sup>205</sup>.

No que importa ao direito processual, é procedente a assertiva de que as partes jamais estarão exatamente em pé de igualdade, porque são diferentes no que diz respeito à instrução, à capacidade de organização, à preparação para um litígio judicial, a de articular autonomamente as ações necessárias para uma defesa consistente, e ainda com relação à capacidade de estar em juízo e ser convincente quando demandado, apresentar a calma e a sobriedade necessárias para um discurso coerente e bem articulado, seja nas conversas reservadas com seu advogado seja nas poucas oportunidades que desfruta de estar perante o juiz da causa e responder às perguntas que lhe são endereçadas. Como notícia importante autor, as desigualdades quase sempre estão associadas a fatores externos, como a pobreza, a desinformação, carências sociais e psicossociais, além das fraquezas de todas as ordens<sup>206</sup>.

Pensem aqui de forma abstrata. Reflitamos sobre como agentes estatais podem solucionar situações de desigualdade de modo a torná-las situações em que se verifica a igualdade material e o raciocínio será indubitavelmente aplicável ao processo e a ação dos juízes. Ou seja, o argumento possui relação também com o processo, mas pensamos aqui de uma forma mais geral.

As pessoas são diferentes e possuem histórias diferentes. Supor que duas pessoas – naturalmente desiguais em vários aspectos – possam ser conduzidas

---

<sup>205</sup> PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Op. cit., p. 91.

<sup>206</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. I, p. 228.

artificialmente a uma situação de plena igualdade pelas mãos seguras de um agente do Estado que pouco sabe sobre a vida pregressa desses cidadãos (e dispõe de raras oportunidades para conhecê-las) não parece correto. Não é irrelevante dizer também que a desigualdade no processo não necessariamente reflete uma desigualdade social, uma desigualdade econômica, como normalmente é apontada como o critério válido para estabelecer diferenças que merecem ser neutralizadas. Com relação a este primeiro plano de argumentação, como se vê, a ciência processual oferece poucas contribuições. É a fria observação da realidade da vida que nos leva a enxergar o fenômeno.

A obtenção da chamada igualdade material pressupõe uma situação de observação de indesejável desigualdade seguida da aplicação de regimes jurídicos distintos para pessoas que se encontram nessa particular situação, esperando-se que, ao final, os efeitos desses regimes jurídicos diversos conduzam essas mesmas pessoas a uma situação de substancial igualdade.

Veja-se como o processo é complexo. A eficácia do método pressupõe algumas premissas que, seja consentida a advertência, não se verifica necessariamente na realidade. Em primeiro lugar, o agente estatal incumbido do difícil *mister* de igualar cidadãos deve realizar uma acurada observação. Deseja-se que nesta observação seja capaz de identificar com exatidão o perfil das pessoas e em que medida se iguala ou se desigualam. Esta primeira etapa consiste em responder às perguntas: “quem são os iguais e quem são os desiguais?” e “qual é exatamente a medida dessa eventual desigualdade?”.

Em um segundo momento, já pressupondo que o processo de observação e identificação da medida da desigualdade apresentou algum resultado, espera-se que o agente saiba identificar no ordenamento o remédio para conduzir as pessoas a uma situação de igualdade substancial.

O segundo desafio – sim, porque não encontramos palavras que reflita melhor a dificuldade dessa etapa – consiste, portanto, em identificar no ordenamento a regra jurídica que deve ser aplicada em favor de um ou de outro – porque a igualdade não pode ser buscada de forma arbitrária, sob pena de restarem violados os princípios mais básicos de um Estado Democrático de Direito. É submetendo as pessoas que se encontram em uma situação de desigualdade a regimes jurídicos diversos que o agente estatal, em tese, consegue conduzi-las a uma desejável situação de igualdade.

E aqui já nos encontramos na terceira – e talvez mais difícil de ser compreendida – etapa do procedimento. Afinal, pressupondo que o juiz foi capaz de identificar a medida da desigualdade entre as partes e que foi capaz de encontrar no ordenamento o regime jurídico a ser atribuído a uma e não à outra, pode-se afirmar sem medo de errar que essas partes são mesmo levadas a uma situação de igualdade material ou substancial? Adicionalmente: o que é exatamente uma situação de igualdade material ou substancial?

Indicamos aqui pelo menos três passos que são absolutamente essenciais para o sucesso da “empresa”. Qualquer um desses três estágios de desenvolvimento do processo apresenta-se complexo e sujeito a toda sorte de falhas. É realmente pouco crível que esse processo possa chegar ao cabo com chances mínimas de oferecer resultados positivos.

O primeiro passo do processo é a observação do agente estatal. Mas que observação é essa? Pensando agora no processo, se o dever é igualar as partes, então se pressupõe que o juiz deve conhecer as partes. Mas o juiz, salvo raras exceções, não tem contato com a parte até o momento da audiência. Não sendo a audiência obrigatória – pense-se aqui nos casos em que a conciliação é descartada e que não seja necessária a audiência de instrução e julgamento ou que, mesmo sendo necessária, não haja depoimento pessoal ou o depoimento das testemunhas não faça referência às particularidades das partes – vê-se com dificuldade como o juiz possa cumprir o primeiro e fundamental estágio do processo, que é a observação e possível identificação da medida da desigualdade.

O primeiro passo é fundamental porque não basta ao agente estatal – e, no caso do processo, o juiz – saber que duas partes estão em uma situação de desigualdade (seja qual for o critério utilizado para que se perceba isso). Não basta ao juiz saber que uma parte é mais rica, ou que possui melhor instrução do que a outra. Se o processo de equalização merece algum crédito, é necessário assumir que o remédio de que o agente estatal lança mão é suficiente para debelar a situação de desigualdade sem criar novas desigualdades. É como se o juiz pudesse tocar os pratos da balança e ajustá-los para que fiquem à mesma altura. Se o sistema permitir a ele que toque os pratos, mas não exigir que dessa sua ação os pratos estejam à mesma altura, então o sistema não está estruturado para alcançar os objetivos a que se propôs.

Dito isso, fica claro que não basta ao juiz agir. Se o sistema lhe exige que leve as partes a uma situação de igualdade, seria o mínimo esperar que o juiz apenas faça uso dessa prerrogativa quando e se identificar a situação de desigualdade e que apenas lance mão de expedientes suficientes para igualar as partes, do que decorre que qualquer tentativa nesse sentido que beneficie indevidamente uma das partes, criando privilégios excessivos – em grau maior do que a desigualdade verificada originalmente – não resolve o problema.

Como se vê, o processo só se deflagra de forma legítima quando o agente estatal é capaz de identificar com alguma precisão a medida da desigualdade existente entre as partes. Sem que esta primeira etapa esteja cumprida, não parece possível crer que a aplicação de regimes jurídicos distintos seja capaz de tornar uma situação de desigualdade em uma situação de absoluta igualdade material. Em um segundo momento, seria necessária ainda que esse agente estatal dispusesse de artifícios para conduzir as partes a uma situação de igualdade material plena, sob pena de provocar vantagens indevidas.

O procedimento é realmente complexo e, no plano abstrato, parece sujeito a muitas variantes que impedem que produza de fato os efeitos a que se propõe.

### 2.5.2 Segundo argumento: a igualdade (ou a desigualdade) é aferida pelo trabalho dos advogados

Já em um segundo plano argumentativo, pretendo chamar a atenção para um fato que parece passar despercebido por aqueles que se dedicaram a estudar a igualdade no processo e que guarda inequívoca relação com o argumento precedente.

Segundo é dado entender a dinâmica do processo, as eventuais diferenças que se apresentam e que eventualmente são atenuadas pela atuação do juiz não são propriamente diferenças entre as partes, mas dos advogados – embora reconhecidamente a condição da parte normalmente se veja refletida na qualidade técnica do advogado que a representa, por uma simples questão econômica.

Percebe-se com alguma facilidade que o contato direto do juiz com as partes é muito reduzido, quando não absolutamente inexistente no processo civil. A atuação direta das partes é muito marginal quando se leva em consideração todas

as atividades que são praticadas em um processo. Advogados são pontífices e a palavra deriva de *pontifex*, de *pontem facere*, o que traduz com particular representatividade a ideia de mediar, de percorrer a distância que existe entre os cidadãos e o Estado, tornando-se assim porta-voz das pretensões daqueles junto a este. É, portanto, o advogado quem possui voz na corte. As partes, salvo casos excepcionais, não podem sequer “abrir a boca”<sup>207</sup>.

Se cabe ao juiz realizar atos que igualam substancialmente os contendores, o primeiro passo, obviamente é indagar quais são os critérios utilizados para identificar a desigualdade e, em seguida, promover a igualdade. Nesse sentido, parece pouco provável que seja a observação das partes o evento que faz surgir o sentimento de que há algo errado, de que naturalmente não existe igualdade e que, portanto, é plenamente justificada uma medida que aplique regimes jurídicos diversos às partes.

Daí decorre que eventual desigualdade que se manifeste em determinado momento do processo tende a representar uma desigualdade entre os representantes das partes, os seus advogados. Falamos agora da diferença técnica que existe entre os advogados, o que não necessariamente corresponde a uma desigualdade entre as partes que representam. Sim, porque se o juiz precisa identificar a desigualdade antes de realizar qualquer supostamente visando a estabelecer uma situação de igualdade material – e a esta altura nos parece indubitável que a identificação da situação de desigualdade é um pressuposto básico para que se deflagre este *processo de equalização* – não será a avaliação do grau de cultura ou de instrução da parte que será responsável por acionar o gatilho que deflagra esse processo.

Via de regra, o juiz não tem contato com a parte. Quando esse contato existe (normalmente em audiências, que não se realizam obrigatoriamente), é sempre muito rápido, superficial, realmente imune a qualquer possibilidade de avaliação criteriosa sobre a real condição do cidadão (econômica, de instrução *etc.*). Normalmente, a voz do cidadão é ouvida através das manifestações e requerimentos formulados por seu defensor. É este o material levado ao conhecimento do juiz. É este o material com base no qual o juiz pode,

---

<sup>207</sup> Como com precisão alerta Francesco Carnelutti. CARNELUTTI, Francesco. “Historia y naturaleza del juez instructor en lo civil”. In: CARNELUTTI, Francesco. *Questiones sobre el proceso penal*, 2 ed., traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p. 229-230.

eventualmente, identificar alguma situação de desigualdade e, a partir daí, lançar mão de expedientes para tentar equalizar as partes.

Ao ler uma petição inicial, uma contestação, uma réplica, os requerimentos sobre provas, o juiz mais experimentado (não só o juiz, mas qualquer profissional do direito experiente e com grau de instrução satisfatório) tende a saber identificar exatamente quem é a parte que está melhor representada. É da leitura dessas manifestações que o juiz mais atento se torna apto a verificar se existe ou não uma deficiência técnica que pode prejudicar a parte, se essa deficiência técnica pode ou não impedir que aquele que efetivamente goza de uma situação de vantagem no plano material tenha seu direito reconhecido.

É claro que esse tipo de avaliação está sujeita a toda sorte de equívocos. É comum que determinados profissionais sejam mal julgados pela forma como se expressam, pelas roupas que vestem, pela aparência, pelo estilo de redação empregado nas suas petições *etc.*

Também o juiz, como qualquer ser humano, pode incorrer em equívocos e avaliar mal. Um advogado de aparência jovem não necessariamente é pouco experiente ou, ainda que seja, pode muito bem dominar a técnica jurídica de forma mais hábil do que o advogado de mais idade. O advogado dotado de uma boa oratória pode ser o porta-voz de um discurso vazio, frágil, inconsistente, alicerçado em fracas premissas. Nada impede que o advogado que não impressiona pela aparência ou pela oratória seja um grande especialista em uma determinada matéria e, para um determinado caso específico, seja o profissional mais indicado para defender os interesses da parte. Enfim, há uma gama de situações em que o juiz pode ser traído por suas impressões e que simplesmente esvaziam de sentido o processo de equalização justamente porque fere de morte o seu primeiro passo (que é a observação e a formulação das primeiras conclusões acerca da desigualdade a partir de meras impressões).

Outra situação muito comum é a avaliação sobre a qualidade de representação levando-se em consideração a capacidade econômica das partes. Em um conflito entre pessoas físicas, esta situação é mais difícil de evidenciar, a não ser em casos em que a condição econômica de uma ou de ambas as partes é revelada nos autos do processo, porque diz diretamente com o objeto do litígio ou porque é a tal ponto precária que torna necessária a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Mas, fora dessas hipóteses – e pensando agora naquelas situações em que



um particular litiga contra um grande grupo econômico, uma empresa de grande porte, como uma concessionária de serviço público ou uma instituição financeira, por exemplo – surgem outras tantas variáveis e não parece possível precisar que quem detém poder econômico esteja necessariamente melhor representada no processo (no sentido de estar representada pelo profissional mais capacitado).

Por óbvio, é de se presumir que existe hipossuficiência do particular em relação à empresa, embora se trate de uma presunção relativa e, portanto, sujeita a prova em sentido contrário. Mas parece óbvio também que esse abismo que se apresenta quanto ao critério capacidade econômica não necessariamente se reflete na qualidade técnica dos advogados.

A experiência forense demonstra como se opera a lógica econômica para a contratação de advogados. Normalmente, essas grandes empresas alocam recursos para a contratação de advogados mais renomados, mais experientes e de notória qualidade técnica para defender seus interesses naqueles litígios em que o conteúdo econômico é muito relevante, em que o passivo a ser contingenciado está fora dos parâmetros normais, seja em razão dos valores discutidos no processo para o qual é contratado, seja porque o processo apresenta potencial para firmar precedente importante para os interesses dessa empresa. Para as causas menos complexas e cujo conteúdo econômico não chama a atenção, normalmente são contratados escritórios que aceitam patrocinar os interesses dessas empresas em um sem número de ações de objeto idêntico ou muito similar por um preço muito reduzido quando considerada a ação individualmente.

Por sua vez, os escritórios oferecem um serviço menos especializado, a baixíssimo custo, para patrocinar os interesses dessa grande empresa em causas com o mesmo perfil e de conteúdo economicamente desprezível quando consideradas isoladamente. Normalmente esses escritórios – embora normalmente estejam estruturados de forma a contar com um bom profissional para conduzir a relação com o cliente, para definir as teses jurídicas e o padrão das manifestações *etc.* – não são capazes de dedicar atenção a cada uma das causas que patrocinam. Para se tornar competitivos nesse nicho de mercado, os escritórios precisam reduzir custos. Além de toda a estrutura necessária para manter um escritório de advocacia operacional, parcela expressiva do custo fixo de uma firma de advocacia corresponde à remuneração dos advogados que integram o seu quadro de profissionais. Incapazes de oferecer bons salários ou outras vantagens e, ao mesmo

tempo, serem competitivos no mercado que se dedicam a atuar, esses escritórios, de ordinário, contam com profissionais pouco experientes para conduzir diretamente o processo.

Por essa razão, nos Juizados Especiais Cíveis, é comum encontrar profissionais que realizam várias audiências por dia, sempre defendendo a mesma parte (normalmente uma dessas empresas de grande porte que responde a várias ações com o mesmo perfil e de baixo conteúdo econômico). Esses profissionais – alcunhados no mundo jurídico de “audiencistas” – quase não despendem seu tempo dentro do escritório e praticamente não redigem petições, que normalmente correspondem a modelos previamente adaptados para cada caso. Sua função precípua é representar o cliente em audiência. De tanto tempo que passam nas dependências do fórum, são capazes de criar relações informais com os conciliadores e com os demais auxiliares da Justiça. Esses profissionais, embora representem a parte com maior poder econômico no litígio, não são capazes de conhecer a fundo os detalhes de cada um dos processos que conduzem (o que seria humanamente impossível) e, conquanto possam desenvolver especial aptidão para realizar audiências, não estão aptos a oferecer uma defesa mais consistente que aborde todos os detalhes de cada demanda.

É claro que do outro lado da mesa pode estar um advogado igualmente despreparado e que não conheça as particularidades do caso, mas normalmente não é assim que ocorre. A parte mais “frágil” normalmente está acompanhada de um defensor público, cujo conhecimento técnico é inegável, já que foi aprovado em um dos mais árduos concursos da carreira jurídica, o que certamente lhe exigiu preparação técnica incontestada, ou mesmo de um advogado que não enfrenta os mesmos problemas enfrentados pelo advogado da parte contrária, um profissional que, em tese, teve mais tempo para estudar o caso, elaborar a petição inicial, reunir as provas pertinentes *etc.* O próprio fato de ser o advogado da parte autora torna váida a presunção de que precisou se esforçar ao menos um pouco mais para preparar a demanda, ao contrário do que ocorre com o advogado da parte ré.

Alguém em sã consciência é capaz de afirmar que a parte detentora de maior poder econômico está representada pelo melhor profissional nesses casos?

Seja como for, parece claro que a avaliação sobre se as partes estão ou não em uma situação de paridade de armas diz diretamente com a impressão que o juiz construiu a respeito do trabalho dos advogados que fica documentado nos autos e

com a sua participação em eventual audiência, ocasião em que poderá ser avaliada a sua habilidade para contraditar uma testemunha ou a força persuasiva da argumentação feita oralmente.

Mas aqui surge outro problema, também pouco enfrentado nas obras acessadas por ocasião de nossas pesquisas.

É uma realidade: o próprio Estado reconhece todos os advogados como plenamente habilitados para defender os cidadãos em um processo judicial. Os advogados são profissionais graduados em Direito em instituições de ensino reconhecidas e credenciadas por órgãos vinculados ao Estado e posteriormente aprovados no exame da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>208</sup>.

Se assim funciona, admitir a intervenção do juiz seria pressupor o despreparo desses profissionais, mas esta não é uma presunção autorizada. A presunção que se opera aqui deveria ser justamente a inversa. Se o próprio Estado credencia esses profissionais e chancela a sua capacidade de atuação perante os tribunais (justamente porque autoriza e chancela os cursos de graduação que esses profissionais frequentaram e, indiretamente, a sua aprovação em exame destinado unicamente a atestar sua capacidade técnica), é porque deve presumir que possuem plenas condições de articular as ações necessárias à plena e eficaz defesa dos interesses das partes que os constituem<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Embora a Ordem dos Advogados do Brasil tenha sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal uma pessoa jurídica *suis generis* no ordenamento jurídico brasileiro, e não uma autarquia como as demais entidades representativas de classes profissionais (confira-se a respeito o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF, relator o Ministro Eros Grau, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 08/06/06), o regime que lhe é aplicado é o de uma pessoa jurídica de direito público, como o julgamento perante a Justiça Federal, a imunidade tributária e os privilégios processuais.

<sup>209</sup> Sem embargo, são procedentes as críticas ao ensino jurídico tal como é praticado no Brasil. O método expositivo de conceitos jurídicos e normas não abraça toda a gama de situações vividas por um profissional do direito. Direito é, acima de tudo, solução de controvérsias. Mesmo assim, são poucas as instituições que aderem a um modelo de aulas dialogadas de estudo de casos (confira-se a respeito em: GALDINO, Flavio. "San Tiago Dantas – a atualidade de sua crítica ao ensino jurídico por ocasião do seu centenário". In: *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora, v. 49, ano 13, p. 256-257, janeiro-março, 2012). A situação é agravada pela multiplicação vertiginosa de instituições privadas de ensino que oferecem cursos de direito. As mensalidades são baixas, afinal, o curso de direito não exige laboratórios ou outras instalações que demandam investimentos significativos. Por outro lado, a demanda existe, insuflada pelo sonho da segurança financeira nas carreiras públicas. Mas os investimentos não são compatíveis com a grandiosidade dos propósitos. São realmente muitas as instituições que oferecem um ensino precário e que lançam no mercado bacharéis que não estão verdadeiramente preparados para as carreiras jurídicas. Prova disso é a baixíssima aprovação, ano após ano, dos bacharéis egressos de algumas dessas instituições nos exames realizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Como efeito prático, as omissões das partes (*rectius*: dos seus defensores) não devem ser presumidas como deficiências técnicas, e sim como livres disposições de seus direitos<sup>210</sup>. Aceitar ideia diversa significa assumir que o juiz possa adotar uma postura paternalista e autoritária, intervindo de forma preconceituosa, indo à busca de apenas uma suposta verdade, aquela que lhe pareça emanar do discurso da parte mais fraca (frise: “pareça”, porque o juiz não conhece com profundidade a capacidade das partes ou de seus advogados, podendo ser guiado por meras impressões)<sup>211</sup>.

Soa como um contrassenso que o Estado queira ou possa intervir no processo através de seu agente para “igualar” esses profissionais a quem ele próprio (o Estado) confiou o *munus* público para agir em juízo na defesa de interesses de terceiros. É como se o Estado incutisse nos cidadãos um sentimento de confiança nesses profissionais e, no momento seguinte, de forma preconceituosa, passasse a admitir que alguns desses profissionais não são, na verdade, capazes de defender de forma satisfatória os seus interesses. E partindo dessa impressão o Estado se arroga a prerrogativa de mobilizar forças e articular ações para suprir as supostas deficiências desses profissionais.

Como se vê, são muitas as dificuldades de estabelecer um processo seguro de equalização das partes. Em primeiro lugar porque são os advogados, através de

---

<sup>210</sup> “Por outro lado, embora seja solucionado por um procedimento dominado pelo direito público e pelo interesse estatal em bem prestar a jurisdição, não podemos esquecer que, no processo civil, o litígio, de regra, versa sobre direitos disponíveis, devendo prevalecer a autonomia das partes, sua iniciativa e suas faculdades. Não se pode interpretar qualquer ato omissivo das partes como uma negligência, nem as partes devem sempre contar com uma ‘bengala’ da atuação judicial, numa demonstração de um paternalismo injustificável na maioria dos casos. Os atos das partes devem ser interpretados, em princípio, como expressão de liberdade decorrente da sua posição como sujeito da demanda, demonstração da autonomia que seus poderes processuais lhes conferem, não podendo o juiz atuar em substituição às partes nesta seara”. CABRAL, Antonio do Passo. “Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coords.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 117-118.

<sup>211</sup> Adolfo Alvarado Velloso chama a atenção para um problema da América Latina neste particular. Segundo o professor argentino, os juízes latino-americanos não foram preparados para agir com imparcialidade. A herança paternalista que tem origem na relação metrópole-colônia teria impingido aos nossos magistrados uma cultura de parâmetros autoritários de atuação, pelo que estes veriam como corretas determinadas atitudes que visam a igualar situações naturalmente desiguais. De nada adiantaria, assim, o preparo dos advogados, que tende a conspirar contra eles próprios, porque sempre haverá um juiz que se considera “justiceiro” disposto a tomar partido do advogado jovem, inexperiente, ignorante... Ainda segundo o autor, é óbvio que a desigualdade deve ser solucionada, mas esta não seria a função do juiz, mas de auxiliares *ad hoc*. Nessas situações, deveria ser permitido ao juiz determinar que o advogado supostamente deficiente seja trocado, para bem dos interesses da parte que representa, e cita o Código de Processo da Província argentina de Santa Fé como diploma que admite essa possibilidade. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 260-262.

seu trabalho, que fixam as impressões no juiz. O juiz, baseados nessas impressões, estabelecerá, segundo seus próprios (e não necessariamente universais) conceitos, se existe ou não uma situação de desigualdade, bem como, uma vez assumida a premissa de que existe desigualdade, qual será o expediente que fará uso para tentar atingir a igualdade material. Além de poder ser levado por falsas impressões, não pode ser olvidado o paradoxo consistente em admitir que o Estado presuma ineficientes profissionais que ele mesmo credenciou, ainda que indiretamente.

Por mais esse motivo, parece inafastável a conclusão de que aquilo que denominamos de processo de equalização é, na verdade, um processo razoavelmente complexo, de muitas etapas e sujeito a toda sorte de equívocos.

### 2.5.3 Terceiro argumento: ao designar a prova de ofício, o juiz quer a verdade

Por fim, cabe um terceiro argumento que, independentemente dos dois anteriores, põe a nu a premissa do modelo publicista. A busca da igualdade entre as partes – ou da paridade de armas – por meio do ativismo probatório judicial é um mito porque parte da equivocada premissa de que, pela designação de provas pelo juiz, uma situação ideal de igualdade pode ser atingida.

Temos aqui um falso problema, porque o juiz, quando age de ofício na designação de provas, não busca atingir esse equilíbrio. O juiz não aplica regimes jurídicos diferenciados para duas partes supostamente desniveladas, procurando com isso atingir um equilíbrio material. Ao designar provas de ofício, o juiz não sujeita a parte que lhe parece hipossuficiente a um regime jurídico mais benéfico para lhe prestar algum auxílio.

Em uma disputa importa saber a verdade para que o julgamento seja o mais próximo possível do imperativo de justiça. Para conhecer a verdade, o juiz, em um primeiro momento, aguarda o resultado das provas requeridas pelas partes. Em um segundo momento, verificando que um ou mais fatos que reputa relevantes não restou comprovado, sai então em busca da sua comprovação. Mas não porque queira levar as partes a uma situação de igualdade substancial, e sim porque precisa conhecer os fatos para julgar de forma justa. Ainda que sua tentativa não dê resultados – ou seja, ainda que a sua iniciativa probatória não logre demonstrar a veracidade ou falsidade dos fatos controvertidos – o juiz deverá proferir julgamento. Estando

comprovados os fatos, o juiz aplica a solução prevista no ordenamento material. Não estando comprovados os fatos, o juiz lança mão das regras de distribuição do ônus da prova, considerando então como não verdadeiro determinado fato não provado e favorecendo o adversário da parte a quem incumbia provar esse fato.

O que pretende o juiz em qualquer situação desse tipo é conhecer a verdade (“verdade real”, ou “verdade material” para alguns, embora as adjetivações nos pareçam carentes de significado, consoante já se salientou neste estudo). Este é o seu objetivo imediato.

A designação da prova de ofício, portanto – e ainda que tenha sido deflagrada por uma situação de desigualdade entre os litigantes – não é nada mais do que um mecanismo de que se serve o julgador para obter a verdade que uma situação de desigualdade entre as partes impediu por outro meio.

Quando muito, a sua postura ativa na fase probatória pode se resolver em uma situação em que as diferenças são atenuadas, sinal de que a paridade de armas (esta situação tão ideal quanto mítica) poderia ser alcançada, quando muito, por aproximação. Mas não é paridade de armas o seu objetivo. Até porque a ideia de paridade de armas está ligada à noção de iguais oportunidades para se defender em juízo, e não é isso o que ocorre com a produção de provas de ofício.

Situação substancialmente diferente é aquela em que o juiz adverte a parte ou o seu advogado sobre a ineficácia de determinado meio probatório ou sobre a necessidade de que sejam produzidas outras provas para esclarecer um fato que, a seu juízo, não está devidamente comprovado. Antes de uma salutar medida para atenuar as eventuais diferenças existentes entre as partes, trata-se de imposição do princípio do contraditório, que exige o diálogo constante, a construção de uma ponte de comunicação entre partes e julgador.

Com efeito, segundo uma mais moderna concepção, contraditório não se resolve apenas na bilateralidade da oportunidade de se manifestar, na regra de que as partes devem ter ciência e oportunidade de manifestação sobre qualquer ato praticado no processo. Contraditório é diálogo e transparência. É o princípio da “não surpresa”. É uma exigência de que o juiz não julgue isolado e incomunicável em sua torre de marfim, encastelado em sua redoma, surpreendendo as partes com suas conclusões. Exige-se, sobretudo, que o juiz estabeleça um diálogo humano e construtivo com as partes, indicando os rumos do seu raciocínio, a forma como sua

convicção está sendo afetada pela atividade das partes, permitindo que estas possam interferir e colaborar na sua formação em cada etapa do processo.

Mas ao determinar a produção de uma prova de ofício, o juiz não está dialogando com as partes. Está procurando a verdade que não foi revelada pela atividade isolada dessas mesmas partes e que considera essencial para que esteja em condições de emitir um julgamento justo.

O objetivo da prova é a demonstração da verdade de um determinado fato. Maiores serão as chances de uma sentença justa, que preste a tutela a quem efetivamente tem razão, quanto maior for a parcela de verdade desvendada. Na forma sustentada acima, a designação de provas pelo juiz atende a seu anseio de descobrir a maior porção de verdade possível, aquela porção de verdade que o próprio sistema lhe permite conhecer e que a atividade isolada das partes não foi capaz de revelar. Assim, poderá proferir um julgamento essencialmente mais justo do ponto de vista do direito material, dando a cada um o que é seu.

É bem possível dizer que *mediatamente* o juiz seja capaz de igualar as partes através da designação de uma prova, mas unicamente porque foi capaz de conhecer o conflito com profundidade e alocar os bens em disputa de acordo com as regras de direito material – o que, afinal, também significa *igualar* em um plano material abstrato. Mas a designação de provas de ofício não tem por função igualar as partes. A sua função é aumentar as chances de descoberta de uma verdade que não foi revelada pela atividade das partes. E não foi revelada pela atividade das partes por alguma razão – e a possível deficiência técnica do representante de uma delas é uma das possibilidades.

Definitivamente não se pode dizer que a atuação judicial de ofício foi capaz de igualar as partes no processo, porque não garantiu à parte mais “fraca” ou ao seu defensor o instrumental eventualmente necessário para brigar em pé de igualdade com seu adversário. Se o juiz está adstrito aos fatos e às fontes de provas já indicadas pelas partes<sup>212</sup> – como consagrado pelo princípio dispositivo – a sua atuação de ofício não oferece à parte hipossuficiente nenhuma “arma” adicional que lhe possa ser útil na briga com o adversário mais “forte”.

Se não fosse assim – ou seja, se fosse correto o discurso de que a prova designada de ofício tem por função equilibrar as partes – não haveria razão para a

---

<sup>212</sup> Como sustenta com propriedade Joan Picó i Junoy. PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: José María Boch Editor, 1998, p. 106.

iniciativa judicial quando as duas partes estão mal representadas ou quando as duas partes são hipossuficientes – e, portanto, as duas partes foram incapazes de comprovar os fatos relevantes para julgamento.

Se o juiz eventualmente reconhece que as duas partes de uma contenda estão mal representadas – no sentido de que a deficiência técnica de seus patronos pode colocar em risco o reconhecimento de seu eventual direito – a designação de uma prova de ofício não terá por objetivo igualar as partes (que já se encontram em pé de uma igualdade, embora em um indesejável patamar), mas descobrir a verdade que nenhuma das partes foi capaz de revelar.

Ainda que se possa cogitar que, eventualmente, a designação de provas de ofício é capaz de igualar, parece claro a esta altura que essa situação nem sempre acontece e, a rigor, a desigualdade não é sequer condição para que o juiz aja de ofício. Reitera-se o expressivo exemplo das partes igualmente mal representadas – e que, portanto, estão em pé de igualdade – e, nem por isso, o juiz deixa de designar prova de ofício. Se for correto que as coisas se passam desta forma, a igualdade das partes não pode ser apresentada como premissa teórica do modelo publicista.

## 2.6 Conclusões sobre a igualdade e a designação de provas de ofício

O processo não é o espaço adequado para resolver problemas multisseculares e que encontram causas as mais variadas e, infelizmente, já enraizadas. E a ciência processual deve ser encarada como verdadeira ciência, livre do influxo de ideologias políticas que enxergam no processo um meio de “consertar” as injustiças do mundo.

O processo – a rigor, também o juiz – existe para tutelar o direito de quem tem razão, independentemente de quem sejam as partes, se mais “fracas” ou mais “fortes”<sup>213</sup>. Essa é a sua única e fundamental razão de ser.

---

<sup>213</sup> FAZZALARI, Elio. “La imparzialità del giudice”. In: *Studi in memoria di Carlo Furno*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 342. Sustenta o autor que: “Ma, allora, si è fuori dell’ambito della ipotetica attribuzione al magistrato di poteri di sostegno del litigante più debole. Qui il giudice non mette nulla di suo; egli adempì il dovere – in sede di giudizio di diritto – di applicare la legge sostanziale, cioè i valori positivi che regolano la materia del contendere: primi fra tutti – in quanto immediatamente applicabili e nei casi in cui non si debba passare attraverso il vaglio della Corte costituzionale, a causa della incompatibilità fra norma costituzionale e norma ordinaria – i valori della Costituzione. Egli tutela la



Para realizar este compromisso, o juiz deve ter acesso aos fatos da forma mais ampla possível e, por meio da atividade probatória, saber com exatidão quais os fatos alegados pelas partes são verdadeiros e quais são falsos. É certo também que, dominando os fatos, o juiz será capaz de conceder tutela a quem tem razão, outorgar tutela àquele que efetivamente goza de uma posição de vantagem no plano jurídico material.

Se essa finalidade – permitir ao juiz que conheça o amplo possível rol de fatos relevantes – goza de primazia sobre outras, então está legitimado o modelo que confere poderes instrutórios ao juiz. Mas daí a concluir que, através de atividade probatória empreendida pelo agente do Estado, as partes podem ser levadas a uma situação de igualdade no processo não parece correto. Há uma verdadeira deturpação da ideia de igualdade de oportunidades. Com efeito, neste ponto o discurso publicista apresenta um vazio, um hiato pouco ou mal explicado.

Também aí a ideologia política exerceu influência sobre o direito processual. Afora a necessidade de conferir suporte teórico ao modelo de participação ativa do juiz – entendido como conveniente pela concepção de processo como coisa pública, como espaço para atingimento de objetivos do Estado a partir de agentes solipsistas, capazes de alcançar a verdade para formular julgamentos justos – a doutrina do século XX forjou uma construção teórica muito ao gosto da ideologia socialista. Assim certamente ocorreu com Anton Menger e Mauro Cappelletti, este último confessadamente admirador dos sistemas processuais dos países socialistas e grande porta-voz do movimento de socialização do processo<sup>214</sup>. Eles e seus seguidores foram responsáveis pela multiplicação de estudos que invocavam a necessidade de uma Justiça paternalista, assistencial, na qual o juiz representa para

---

parte più debole alla stessa stregua alla quale tutela qualsiasi litigante che, secondo il metro della legge sostanziale, resulti aver ragione”.

<sup>214</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “O processo civil italiano no quadro da contraposição ‘civil law’-‘common law’: apontamentos histórico-comparativos”. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, v. II, p. 144. Sustenta o autor no referido estudo, referindo-se ao princípio dispositivo, que “todas essas liberdades são na realidade a expressão e, também o necessário reflexo processual, do caráter privado e, por conseguinte, disponível do direito material deduzido em um juízo civil: somente um ordenamento que negar o caráter privado dos direitos de propriedade e de crédito e, em consequência, dos demais direitos subjetivos cíveis, poderá coerentemente abolir essas liberdades. Porém, ainda que com pleno respeito dessas liberdades, se pode pensar, sem embargo, em constituir um ordenamento processual no qual o juiz, nos limites do poder dispositivo das partes, ou seja, nos limites das acima referidas liberdades privadas, pode e deve estar munido de autoridade necessária para evitar abusos e para exercer adequadamente sua função ‘pública’ e de fornecer justiça”.

as partes o mesmo que o Estado representa para a população: a fonte de todo o bem estar.

O juiz então seria responsável por assistir a parte supostamente mais fraca – os que estão social e economicamente em desvantagem –, a lutar pelo seu (suposto) direito. Seria o juiz autorizado a promover a igualdade material que a mera igualdade formal da lei (a “*égalité* burguesa”, nas palavras de Mauro Cappelletti) não foi capaz de trazer às partes<sup>215</sup>.

Essa concepção serviu como mola propulsora para que o Judiciário passasse a ser enxergado como instituição destinada a promover a redução de desigualdades e para a construção de uma sociedade justa e solidária, um ente dotado de responsabilidade social<sup>216</sup>.

Não pretendemos reservar função tão ousada e abrangente ao Judiciário. Seria esperar muito de um Poder conduzido por mãos humanas e carentes de toda sorte de recursos.

Não podem ser confundidas as funções atribuídas aos Poderes. O Judiciário existe para julgar demandas. Não é sua função corrigir as desigualdades da sociedade, mas a de julgar com justiça as demandas que lhe são dirigidas, atribuindo o bem da vida em disputa àquele que se encontra em posição de vantagem no plano do direito material.

Os juízes não podem ser responsabilizados pelas mazelas do mundo, como se recaísse sobre seus ombros uma responsabilidade social. A concepção está equivocada, pois assume a premissa de uma Justiça que se supõe deva ser paternalista, dócil para com os considerados menos afortunados e madrasta com aqueles que, segundo concepções muito particulares de um juiz, gozam de melhores condições econômicas – uma concepção que pode estar carregada de toda sorte de preconceitos.

---

<sup>215</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “Aspectos sociais e políticos do processo civil: reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental”. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p. 347.

<sup>216</sup> Assim, por exemplo, em: SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 857, p. 31, mar. 2007.

A igualdade pode surgir, mas a finalidade da atividade do magistrado não é esta<sup>217</sup>. O juiz quer descobrir a verdade para que seu julgamento reflita a justiça na maior medida possível. Ao fazer isso, de alguma forma, ele auxilia a parte que eventualmente estava em situação de vantagem no plano material, mas que não foi capaz de produzir provas dos fatos em que se funda o seu direito. A atividade do juiz, no entanto, não pode estar voltada a um equilíbrio.

Esse “equilíbrio” é atingido, quando muito, como ideia de restabelecimento da ordem, o que se obtém como consequência de sua postura probatória ativa. Não se trata como parece indubitável a esta altura, de colocar as partes em situação de igualdade material pela aplicação de regimes jurídicos diferenciados<sup>218</sup>.

A igualdade das partes que deve ser buscada no processo é a igualdade de oportunidades. Neste sentido, devem ser vedados os privilégios e garantida a paridade de oportunidades e de audiências, para que cada parte tenha a chance de ser ouvida a respeito de afirmações ou provas produzidas pelo seu adversário<sup>219</sup>. No processo, a igualdade é jurídica e de oportunidade, nunca real<sup>220</sup>.

Essa situação deve ser impingida pela lei, mas também cabe ao juiz envidar esforços para fazer prevalecer a igualdade de oportunidades nos vazios legislativos.

A igualdade entre os cidadãos deve ser buscada sempre, mas ela só ocorrerá de fato com a implementação de políticas públicas voltadas para a erradicação da miséria, para uma melhor distribuição da riqueza, para a criação de meios que permitam um amplo e mais democrático possível acesso ao conhecimento. Do ponto de vista técnico, a igualdade também poderá ser obtida através de uma maior qualificação dos profissionais, o que se obtém através do investimento responsável

---

<sup>217</sup> Como aponta com acerto Adolfo Alvarado Velloso, no já citado *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 261.

<sup>218</sup> “As iniciativas oficiais em tema de prova operam, como é sabido, no plano da formelle Prozessleitung e não no da direção material do processo. Não cumprem função assistencial em relação às partes, servindo apenas à adequada formação do convencimento do juiz. Não atuam diretamente no sentido da obtenção da igualdade substancial entre as partes. No entanto, podem vir a abrandar desigualdade entre as partes, mormente quando vinculadas ao princípio do contraditório”. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. “Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil”. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 144-145.

<sup>219</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 228.

<sup>220</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 67.

em todos os níveis do ensino público e pela fiscalização mais rigorosa dos cursos de graduação.

Mas, especialmente em razão dos três argumentos precedentes, a igualdade no processo através da designação de provas de ofício não passa de um mito que deve ser descartado das reflexões a respeito dos modelos probatórios.

Em primeiro lugar porque o procedimento deflagrado pelo agente estatal para levar pessoas ou situações desiguais a uma hipotética situação de igualdade parece extremamente complexo, do que decorre a descrença de que possa mesmo gerar os resultados esperados.

Em segundo lugar – e agora focando no direito processual – porque as diferenças identificadas no processo normalmente são diferenças entre advogados. E não necessariamente a qualidade técnica do advogado reflete a capacidade econômica das partes que representam isso sem falar no absurdo lógico de permitir ao agente estatal supor e suprir eventuais deficiências técnicas de profissionais que ele mesmo (o Estado) credenciou e acenou para os seus cidadãos como plenamente capazes e habilitados para defendê-los.

Em terceiro e último lugar porque a atividade do juiz consistente na designação de uma prova sem requerimento das partes está ligada à descoberta da verdade. É a verdade que interessa, e não a igualdade material. O juiz que determina a produção de uma determinada prova quer ter conhecimento da verdade que considera relevante para o julgamento e que, simultaneamente, não tenha sido conhecida de outra forma em razão da suposta deficiência técnica do representante de uma das partes.

Tanto é assim que o juiz que identifica deficiência técnica dos dois litigantes – situação em que ambas as partes estão, a rigor, mal representadas – não deve hesitar em designar a prova de ofício. Nessa situação, as partes estão em situação de igualdade substancial, mas a prova mesmo assim é útil e deve ser perseguida para que se conheça a verdade.

Assentadas estas conclusões, tem-se que a igualdade das partes não é uma premissa teórica válida para o modelo que concede amplos poderes probatórios ao juiz.

### 3 SOBRE A IMPARCIALIDADE

#### 3.1 A relevância do estudo da imparcialidade

A imparcialidade guarda relação direta com o próprio conceito de jurisdição. Seria mesmo ilegítimo e repugnante admitir que o Estado avoque pra si a função de dirimir conflitos imperativamente se o fizesse através de agentes comprometidos com os interesses de uma das partes, isto é, sem os necessários distanciamento e desinteresse sobre a causa<sup>221</sup>. A imparcialidade é tão importante que se encontra presente nas melhores definições sobre o que seja processo: método de resolução de conflitos que se desenvolve entre duas partes parciais, em contraditório, perante um terceiro imparcial.

*Nemo iudex in causa sua* ou *nemo iudex in rem sua* – os brocardos multisseculares já expressam com rigor que a ideia de imparcialidade está atrelada à figura do julgador<sup>222</sup>. Em sentido semelhante, outros autores defendem que a imparcialidade é característica essencial da atividade jurisdicional<sup>223</sup>.

Não obstante, há ainda muito a ser dito sobre o princípio da imparcialidade, que parece não ter recebido o mesmo tratamento dogmático de outros princípios de ordem processual. Talvez isso se dê pelo fato de as palavras “imparcialidade” e “imparcial” não receberem uma única menção no texto da Constituição da

---

<sup>221</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 220.

<sup>222</sup> Alguns autores relacionam ontologicamente a imparcialidade à figura do juiz. Assim em Richard A. Hotham, para quem “la imparcialidad del juez no es solamente um requisito ético; ni mucho menos sólo jurídico. Es ontológico: ‘juez’ quiere decir ‘tercero imparcial’. Si no es imparcial no es juez y lo que diga no será sentencia”. HOTHAM, Richard A. *El prejuzgamiento*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 15. No mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman, para quem a imparcialidade é nota distinta essencial à figura do juiz. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*, Nápoles: Morano Editore, 1962, p. 12. Em sentido contrário, Juan Montero Aroca, ao sustentar que “la imparcialidad, por tanto, no es una característica absoluta de los jueces y magistrados, como es la independencia, sino que ha de referirse a cada proceso que se somete a su decisión”. MONTERO AROCA, Juan. Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales. Op. cit., p. 189.

<sup>223</sup> Assim, por exemplo, em MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I (Arts. 1º a 153). São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 552. SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 183, p. 26, maio, 2010.

República<sup>224</sup>, pelo que se poderia intuir que não se trata de princípio com assento constitucional – o que não é verdade<sup>225</sup>.

Passa-se a apresentar a falta de consenso científico sobre a imparcialidade, bem como a investigar as razões pelas quais a correta compreensão de seu conceito e sua difusão são de grande valia para o direito processual da atualidade.

### 3.2 A desconhecida imparcialidade: ausência de uniformidade no tratamento do tema

É com alguma surpresa que se constata a ausência da imparcialidade no rol de princípios processuais que de ordinário são apresentados nos principais manuais de direito processual<sup>226</sup>. Por vezes, a imparcialidade vem indicada como faceta da

---

<sup>224</sup> Não obstante, é possível dizer que um direito subjetivo dos litigantes a um juiz imparcial está inserido na Constituição, na medida em que esta incorpora preceitos contidos em tratados ou pactos internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e terão força de emenda constitucional caso sejam aprovados por em cada casa do Congresso Nacional, por votação em dois turnos por pelo menos três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

<sup>225</sup> A rigor, a nossa Constituição fala da independência do Poder Judiciário (art. 2º), bem como estabelece que todos os agentes estatais devem agir com impessoalidade (art. 37). Mas o fato é que a ausência de menção à imparcialidade não chega a ser uma particularidade brasileira. A Constituição italiana, por exemplo, antes da emenda constitucional de novembro de 1999, também não fazia referência expressa à imparcialidade judicial, embora a doutrina daquele país entendesse que mesmo à míngua de previsão expressa, o princípio da imparcialidade estaria prevista no art. 3º, que trata genericamente da igualdade de todos os cidadãos e do dever da República de promover a igualdade substancial (art. 3º da Constituição da República italiana: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”). Neste sentido, confira-se: MORETTI, Carola. “L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 1.085. Atualmente, o art. 111-2 da Constituição italiana prevê que “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Assim como a Constituição brasileira, também as Constituições da Espanha, da Alemanha, da Bélgica, de França, da Grécia e de Portugal não contêm uma menção expressa à imparcialidade.

<sup>226</sup> A constatação é atual, mas também corresponde à produção doutrinária do último século. Por tal motivo, não escapou de Werner Goldschmidt, em obra editada em meados do século passado. A este respeito, confira-se: GOLDSCHMIDT, Werner. “La imparcialidad como principio básico del proceso”. In: *Conducta y norma*, Buenos Aires: Libreria Juridica, 1955, p. 135.

garantia do juiz natural<sup>227</sup> – sem uma construção axiológica própria, portanto – ou mesmo como uma das características da jurisdição<sup>228</sup>.

Parte da literatura consultada, especialmente obras clássicas, fala da imparcialidade apenas quando trata da figura do juiz, como sujeito do processo, ocasião em que a imparcialidade é tratada sob o seu viés negativo – fala-se, assim, em *parcialidade* e das situações em que esta é presumida, como sejam o impedimento, a suspeição e as demais incompatibilidades<sup>229</sup>.

Quanto ao seu conteúdo, a imparcialidade, por vezes, é citada como característica do órgão, que se subdivide em dois atributos: imparcialidade em sentido estrito e a independência<sup>230</sup>, enquanto, para outros autores, a independência está atrelada ao princípio do juiz natural<sup>231</sup>. Há ainda quem prefira apartar de todo os conceitos de independência e imparcialidade<sup>232</sup>.

Como se vê, a doutrina está longe de um consenso acerca de todas as nuances que giram em torno da imparcialidade. Não parece haver concordância sobre a sua sede legal, sobre a sua natureza e sobre o seu conteúdo jurídico. A

---

<sup>227</sup> Como se vê em: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 44-46.

<sup>228</sup> Assim, por exemplo, em: THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. I, p. 41-4. Em que a imparcialidade é indicada como característica da jurisdição ao lado da disponibilidade.

<sup>229</sup> Assim em: SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução: Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 108-111; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. IV, p. 229-244, apenas para citar alguns. No Brasil, encontra-se esse tratamento na obra de: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 376-380.

<sup>230</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 67.

<sup>231</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

<sup>232</sup> Joan Picó i Junoy sustenta que “no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del Juez, ya que éste puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y viceversa”. PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Op. cit., p. 32-33. O autor espanhol distingue o que seriam duas situações distintas: a independência e a imparcialidade. Mas a “imparcialidade” de que fala é claramente o conceito que definimos como “imparcialidade em sentido estrito”. Na forma em que trataremos o tema neste estudo, a imparcialidade – ou imparcialidade em sentido mais amplo – é um conceito que abrange tanto a independência quanto a imparcialidade em sentido estrito. Seja como for, estamos de acordo com o autor quando sustenta que o juiz pode ser independente e não ser imparcial, assim como ser imparcial, mas não ser independente. Em qualquer uma dessas hipóteses não será imparcial, no sentido mais amplo que o conceito possa assumir.

constatação já nos parece suficiente para justificar a elaboração de estudos mais aprofundados sobre o tema.

### 3.2.1 Relevância do estudo da imparcialidade no processualismo contemporâneo

#### 3.2.1.1 Alargamento dos poderes do magistrado pela multiplicidade de possibilidades interpretativas da norma

Uma das principais marcas das reformas que vêm sendo implementadas no direito processual é atribuição de poderes cada vez mais amplos ao juiz. Tais poderes se manifestam tanto no plano exegético quanto no plano diretivo do processo. É possível assim dizer que ao juiz é facultado um amplo leque interpretativo e, paralelamente, também lhe é conferido um extenso poder diretivo no processo – falamos aqui em poder diretivo *formal* e poder diretivo *material*.

Para cumprir essa missão, os textos legais (e aqui já com referência às leis processuais contemporâneas de um modo geral) recorrem a fórmulas mais abrangentes, sendo comum a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Em primeiro lugar, porque a interlocução do texto infraconstitucional com o texto constitucional pressupõe a positivação de direitos fundamentais, normalmente expressados em princípios jurídicos que, por sua vez, estão estruturados em fórmulas normativas abrangentes, à luz da característica essencial dessas normas, que se resolve em uma dimensão de peso e não de validade. Essa nova hermenêutica aumenta muito os poderes do juiz, na medida em que, através do uso de fórmulas abertas, o magistrado legitima suas decisões, carregas de uma visão moral muito particular. A incorporação de aspectos morais às decisões pelo uso indiscriminado de princípios torna essas decisões imunes a críticas e aumenta o campo do proibido dentro da sociedade<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. In: *Novos Estudos CEBRAP*. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo, n. 58, 189-190, Nov. 2000. De acordo com a autora, “essa inversão das expectativas de direito não ocorre somente por meio da usurpação dos tribunais, mas também mediante a própria estrutura legal. Multiplicam-se de modo sintomático no direito moderno os conceitos de teor moral como ‘má-fé’, ‘sem consciência’, ‘censurável’, que nem sempre são derivados de uma moral racional,



Na verdade, a tendência ao uso de conceitos jurídicos indeterminados e fórmulas abertas – o que vem a permitir um juízo de adequação e, em contrapartida, faz surgir um dever de controle mais vigoroso do exercício desse poder – é uma marca do nosso tempo, uma das características do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo<sup>234</sup>.

A sociedade de massa – que gera relações também massificadas – vem apresentando situações cada vez mais diferentes e multifacetadas aos tribunais. Esse fenômeno põs nua a premissa positivista de soluções baseadas em técnicas rígidas, que se revelaram incapazes de fornecer soluções adequadas às situações apresentadas por essa realidade de relações cada vez mais dinâmicas e complexas. A reação do ponto de vista legal consistiu na adoção de enunciados legais abertos, compondo um sistema mais flexível<sup>235</sup>.

Esse sistema desempenha uma tripla função: em primeiro lugar, permite que a norma (abrangente) seja capaz de solucionar situações que o legislador simplesmente não previu, produzindo decisões que acompanham mais fielmente a realidade da vida; em segundo lugar, porque confere a uma norma um tempo maior de sobrevivência, garantindo a um mesmo enunciado normativo a capacidade de adaptação necessária para perpassar longo período temporal sem que seja necessária redução ou ampliação do texto; e, em terceiro lugar, permite que uma mesma norma seja aplicável em um mesmo momento histórico para realidades diferentes do ponto de vista geográfico (o que assume especial relevância em países de dimensões continentais, como o Brasil).

---

mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas (ou politicamente autoritárias, como no caso da jurisprudência dos Sitzblockade)”.  
\_\_\_\_\_

<sup>234</sup> Como noticia Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “o modelo legal racionalista, a que basta a igualdade meramente formal e que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações, não mais satisfaz e é substituído por um novo modelo que vai buscar a igualdade material, e utilizar-se-á cada vez mais de conceitos jurídicos imprecisos (também chamados conceitos jurídicos indeterminados), o que exige uma atuação mais efetiva do controle do poder, que será efetuado também pelos juízes, os quais deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Op. cit., p. 24-25.

<sup>235</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz”. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coords.), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, p. 951-952.

Os códigos atuais cada vez mais encampam conceitos vagos (os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*), de modo a permitir que todas as situações da vida possam ser enfrentadas a partir de um juízo de adequação do intérprete.

Do ponto de vista do processo, esse fenômeno se resolve na possibilidade de o juiz se valer de sua atividade interpretativa para solucionar todos os casos que lhe são colocados à apreciação. Dentro da ampla moldura representativa da norma aberta, podem ser traçados múltiplos vetores interpretativos. O juiz assim acompanha as mudanças sociais, variando as suas interpretações da norma ao longo do tempo, sem que seja necessária nova manifestação do poder legislativo sobre as novas situações da vida que se apresentam.

Porém, preocupa a difusão de decisões fundamentadas em conceitos fluidos, cláusulas gerais e princípios, cuja mera invocação carente de melhor fundamentação blinda o juiz, abrindo-se espaço para uma “integração anárquica de seus conteúdos”<sup>236</sup>, “sinônimo de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova”<sup>237</sup>.

Nicola Picardi aponta outro fator que desempenha papel decisivo para a ampliação dos poderes exegéticos do Judiciário. Na opinião do autor, que é seguida também no Brasil<sup>238</sup>, a profusão de leis e de centros de produção legislativa (não só nacionais como também supranacionais, como é o caso mais expressivo da União Europeia) acaba por provocar uma redução de efetividade das normas<sup>239</sup>.

Numa visada econômica (afinal o valor é reduzido à medida que cresce a oferta), a intensa produção legislativa em várias esferas termina por apequenar o sentido da lei. O código civil, por exemplo, não goza mais da posição de prevalência de que um dia desfrutou. O surgimento de vários microssistemas legislativos esparsos aumentou consideravelmente a existência de antinomias e contradições internas do sistema, reclamando do Judiciário uma tarefa interpretativa mais vigorosa e com efeitos mais sensíveis pelo cidadão comum.

---

<sup>236</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto *et al.* *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.* Op. cit., p. 47.

<sup>237</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Problemas atuais da livre apreciação da prova”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Prova cível.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 60.

<sup>238</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 128 *et seq.*

<sup>239</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo.* Op. cit., p. 5-6.

### 3.2.1.2 Judicialização da vida: o Judiciário é chamado a enfrentar novas questões

De uns tempos pra cá, especialmente no período de reconstrução democrática (que, na experiência brasileira, se inicia com a promulgação da Constituição da República de 1988) o Judiciário vem assumindo uma posição de protagonismo no jogo político. Esse fenômeno tem despertado o interesse da população e ampliou o seu grau de consciência sobre seus direitos e sobre os impactos das decisões emanadas do Poder Judiciário. O povo “descobriu” o Judiciário.

Assim, surgiu o interesse da população – e da mídia, a reboque – a respeito do funcionamento da Justiça do País, das cortes, em especial do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros que o integram. Seus currículos são apresentados, seus feitos enaltecidos ou desmerecidos. Por conta das opiniões externadas e da postura apresentada, alguns são alçados à condição de heróis nacionais, enquanto outros têm sua vida devassada por críticos esmerados em encontrar e tornar público algum possível desacerto em sua carreira<sup>240</sup>.

Com efeito, é o Supremo Tribunal Federal o órgão que tem despertado de forma mais acentuada o interesse da população. E não é de estranhar que seja assim. Nos últimos anos, a nossa corte constitucional foi chamada a decidir casos de grande repercussão na vida dos brasileiros. As discussões que antes eram travadas na sala de sessão do Supremo Tribunal Federal e, quando muito, eram noticiadas sem destaque na mídia impressa, hoje ganha lugar na mesa do cidadão comum, é transmitida ao vivo não apenas pela TV Justiça, mas através de *links* disponibilizados pelos principais *sites* de notícias na internet, ganhou a atenção de cronistas e analistas de prestígio nos principais noticiários televisivos. As decisões da nossa mais alta corte estão ao alcance de todo cidadão, o que não ocorre em quase todo o resto do mundo.

---

<sup>240</sup> Esse protagonismo dos juízes, como figuras públicas, não faz parte da experiência histórica dos países integrantes da família da *civil law*. Como apontam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, no mundo da *common law*, juízes são heróis culturais, figuras paternas. São em sua maioria juízes os expoentes nos países da *common law* (tais como Coke, Marshall, Mansfield, Story, Holmes, Brandeis e Cardozo). Ao passo que, no mundo da *civil law*, têm maior notabilidade histórica legisladores e acadêmicos (tais como Justiniano, Gaius, Pothier, Domat e Savigny). MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law*. Op. cit., p. 63-66.

O protagonismo experimentado pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, encontra diversas razões.

Um dos fatores, sem dúvida, está no fenômeno da constitucionalização abrangente, que resultou em um texto constitucional que cuida de diversos aspectos da vida do cidadão. A Constituição brasileira, a exemplo de outras surgidas na segunda metade do século XX é analítica, desconfiada do legislador, e disciplina questões relacionadas à prestação de serviços básicos, automaticamente legitimando determinadas pretensões dos cidadãos, dispostos a cobrar do Estado o cumprimento de obrigações prestacionais relacionadas ao ensino, à saúde, ao meio-ambiente *etc*<sup>241</sup>.

Também exerce inegável influência o maior conhecimento por parte dos cidadãos a respeito dos seus direitos, a maior disponibilidade de assessoria jurídica gratuita (em especial por meio das Defensorias Públicas) e a democratização da informação, alavancada pelo avanço dos meios de comunicação de massa<sup>242</sup>.

Além disso, com frequência cada vez maior os tribunais vêm sendo chamados a decidir questões de alcance político, questões que envolvem implementação de políticas públicas, alocação de recursos em atividades básicas e, principalmente, a promover escolhas morais sobre temas controvertidos na sociedade – temas como a legalidade da “marcha da maconha” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.274), a união estável entre pessoas do mesmo sexo (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 54) ou a constitucionalidade da chamada “lei da ficha limpa” (Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578), apenas para citar alguns mais recentes de grande impacto que foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, janeiro – março, ano 4, n. 13, p. 74.

<sup>242</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. Op. cit., p. 47.

<sup>243</sup> Embora não se trate exatamente dos temas indicados, no segundo semestre do ano de 2012, o país parou para assistir ao julgamento da Ação Penal n. 470, também conhecida como “Julgamento do Mensalão”, em que diversas personalidades – dentre elas banqueiros, parlamentares e integrantes do Poder Executivo à época dos fatos – foram acusadas e a maioria condenada por suposta participação no esquema de desvio de recursos para a compra de votos no Congresso, condutas

Essa aparente “intromissão” do Judiciário em questões políticas se deve principalmente ao déficit de representatividade e de legitimidade do legislativo<sup>244</sup>. O Estado de bem estar fez muitas promessas, mas não consegue se desencarregar de todas as tarefas que lhe são atribuídas pela Constituição. As omissões ou ineficiências dos demais poderes acabam por desembocar no Judiciário, fazendo com que a configuração de políticas públicas seja transferida para um juiz, agente político não eleito, nos ombros de quem são depositadas as esperanças de realização das promessas constitucionais. É o avanço do Judiciário, atravessando a fluída fronteira que existe entre política e justiça, convocado a decidir sobre questões sensíveis da vida do povo, e o povo atento a essas decisões<sup>245</sup>.

Alguns pontos positivos podem ser indicados. A transferência para o Judiciário de um poder originalmente concedido ao Legislativo e ao Executivo acarreta inegável aumento da participação da sociedade, estimulada ao associativismo, reforçando a lógica democrática<sup>246</sup>. Mais consciente dos seus direitos e do modo de exercê-los, a população ambiciona cada vez mais ser ouvida nas salas de julgamento. Institutos como o *amicus curiae* permitem que entidades com representatividade sejam convidados a entrar na sala da Corte Constitucional e participem do debate, fornecendo elementos para a formação da convicção do julgador. As audiências públicas, amplamente realizadas nos últimos anos para estimular o debate dos tribunais com a sociedade civil, também confirmam essa tendência a que a população seja ouvida por intermédio das diversas entidades representativas (como associações científicas, religiosas ou relacionadas a determinadas minorias, por exemplo). O ganho do ponto de vista da transparência é inegável.

Por outro lado, pontos negativos também sobressaem. Em primeiro lugar, a centralidade assumida pelo Judiciário na vida política acende os holofotes sobre a

---

tipificadas em vários crimes, tais como crimes de lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, corrupção ativa, corrupção passiva, dentre outros.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Op. cit., p. 7.

<sup>245</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Op. cit., p. 1.

<sup>246</sup> CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. In: *Revista ALCEU*. Rio de Janeiro, n. 9, v. 5, p. 106, jul/dez. 2004.

fragilidade do Poder Legislativo e do sistema democrático-representativo<sup>247</sup>, corroído por um sistema pluripartidário falido, distante da sociedade civil, incapaz de entender e atender os anseios do povo. Em segundo lugar, há o risco para a legitimidade democrática das ações. No Brasil, juízes não são eleitos. Aceitar que juízes possam sobrepor suas vontades às de agentes públicos eleitos significa aceitar que a vontade popular pode ser relegada a um segundo plano, o que não parece ser o ideal do ponto de vista democrático. É certo que o Supremo Tribunal Federal possui relevante função e, de um modo geral, lhe foi atribuída competência para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas aprovadas pelos representantes do povo, eleitos diretamente. Mas essa função é absolutamente essencial, porque protege interesses constitucionalmente garantidos contra os rigores de leis aprovadas por majorias ocasionais no Congresso. Outra questão está em saber se o Judiciário, sem entrar no mérito da constitucionalidade da norma, pode exercer atividade interpretativa a ponto de expandir a seu bel prazer o alcance de uma norma, em contrariedade à vontade do legislador<sup>248</sup>. Neste ponto, não deixam de serem pertinentes às críticas ao ativismo judicial.

Por fim, cabe uma última consideração sobre um aspecto negativo do ativismo judicial. Se as opiniões de cada Ministro, impressas em seus votos, se tornam conhecidas – amealhando simpatizantes para alguns, em especial – também os embates próprios das decisões colegiadas chegam ao conhecimento do grande público. Uma das principais críticas formuladas a essa grande exposição é de que as discussões, por vezes acaloradas e transbordando para além das questões pertinentes ao julgamento, poderiam se acirrar desnecessariamente pelo fato de as

---

<sup>247</sup> “Quando analisamos a utilização corrente da judicialização em nosso país para implementação de direitos fundamentais não podemos desprezar a situação de que tal fenômeno representa uma consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país. Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos fundamentais; em verdade, as políticas públicas deste último se preocupam apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução de todo o projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais. A Constituição em nosso país muitas vezes se amolda ao detentor do ‘governo’. Temos acompanhado que cada novo governo a CRFB passa por uma série de emendas para permitir a ‘governabilidade’, quando ela que deveria ditar os fundamentos das políticas públicas”. THEODORO JUNIOR, Humberto *et al.* *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Op. cit., p. 14-15.

<sup>248</sup> “El Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes competentes”. BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. Op. cit., p. 73-74.

sessões serem transmitidas ao vivo e repercutem na mídia, o que incrementaria o desejo dos magistrados de se expor de determinada forma e, assim, angariar a simpatia dos seus concidadãos.

O fenômeno é alimentado pelas duas pontas. Em certa medida, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer outro órgão integrante da Justiça, não pode agir de ofício. Via de regra, um tribunal julga, e não propõe medidas a serem julgadas.

Se a nossa corte constitucional vem decidindo matérias que originalmente seriam afetas aos demais poderes, é porque vem sendo chamada a decidir sobre essas questões. Cada decisão que supostamente interfere no espaço dedicado originalmente ao legislativo ou ao executivo só é proferida porque alguém ajuizou uma ação com vistas a obter um bem jurídico determinado.

Em linha de princípio, o suposto ativismo do Judiciário decorre de uma mobilização da sociedade que busca, através do Judiciário, obter acesso a determinados direitos, que lhes vêm sendo negados pelos demais poderes. Mas, de sua parte, o Judiciário oferece contribuição para o fenômeno de judicialização, na medida em que promove interpretação da norma de forma a expandir o seu sentido e o seu alcance para situações não imaginadas pelo legislador, postura contrária à da auto-contenção, típica de quem não pretende invadir áreas afetas aos outros poderes.

De qualquer forma, parece tranquila a afirmação de que o Judiciário é apenas o reflexo da sociedade. Pelo princípio da inércia, a sua atuação se dá como resposta às demandas que surgem da sociedade.

### 3.2.1.3 À guisa de conclusão sobre a relevância da imparcialidade

Um sistema assim estruturado confere amplos poderes ao magistrado. Se por um lado deve ser rejeitada a ideia do juiz “boca da lei”, contido em uma camisa de força e impedido de realizar mínimas atividades interpretativas, por outro lado, deve ser encarada com ressalvas a ampliação dos poderes do juiz no processo, principalmente quando desacompanhado de mecanismos mais rígidos de controle. A liberdade conferida ao juiz deve ser acompanhada de um sistema que permita às partes, aos cidadãos em geral, um controle efetivo sobre o modo como são

desempenhados esses poderes. O simples dever de fundamentação, normalmente aventado como o mecanismo de controle dessa liberdade, não nos parece suficiente.

Nossa tradição – a rigor, a tradição dos países da América Latina – é de uma justiça autoritária, conseqüência do direito prestado pelo soberano, pelo monarca, enfim, pelo Estado, ao pé de quem os cidadãos se prostram para pedir justiça. É a tradição de uma justiça prestada por quem não tem (nem nunca teve) a obrigação de expor suas razões. Nosso sistema não possui a tradição democrática do sistema norte-americano, por exemplo. Talvez por isso as decisões proferidas por aqui contenham fundamentações tão precárias, enquanto em outros países, em que a democracia é mais antiga e mais estável, as decisões geralmente contêm análise longa e minuciosa dos fatos e das provas – esse problema possui particular relevância quando a técnica dos precedentes aparece como solução importada do sistema do *common law* para solucionar problemas da nossa justiça. Além disso, as imposições da sociedade moderna, cada vez mais faminta por soluções rápidas, dificulta, quando não impede, um estudo minucioso dos casos postos a julgamento, tornando a fundamentação completa e extenuante das decisões uma quimera. Os precedentes firmados pelos nossos tribunais são praticamente todos no sentido de limitar o direito a uma fundamentação realmente satisfatória.

Diante desse cenário, a imparcialidade judicial aparece como garantia da maior relevância. Antes de saber se uma decisão está ou não fundamentada – o que nos remete ao problema já salientado da fundamentação precárias das decisões no direito brasileiro – ou mesmo antes de investigar se um processo se desenvolveu em respeito ao direito das partes de participarem efetivamente dos seus atos, é preciso saber se quem conduziu os trabalhos e proferiu a decisão atribuindo os bens jurídicos aos litigantes, estava em condições de agir de maneira isenta, desinteressada dos resultados.

Grandes poderes devem vir acompanhados de grandes responsabilidades. E a responsabilidade primeira de um juiz dotado de amplos poderes probatórios e interpretativos é a de se manter equidistante, acusando na primeira oportunidade os casos em que sua imparcialidade fica de algum modo afetada.

Falar sobre a imparcialidade é, portanto, tratar de um elemento relevantíssimo para o processo justo.



### 3.3 Conteúdo jurídico da imparcialidade

#### 3.3.1 Imparcialidade como garantia inerente à tutela jurisdicional efetiva

Em texto importantíssimo sobre as garantias que formam um corpo de bases mínimas a servir de diretriz para as mudanças legislativas nos países da América Latina e Península Ibérica, Luigi Paolo Comoglio assevera que o processo justo é aquele que se desenvolve em contraditório entre as partes em condição de igualdade e perante um órgão jurisdicional integrado por um juiz terceiro e imparcial<sup>249</sup>.

A imparcialidade compõe o rol de garantias sem as quais um processo não pode ser considerado equo ou justo. Como se já sustentou aqui, a imparcialidade é inerente à figura do julgador. Nesse sentido, põe-se em risco a missão do Estado Democrático de Direito de promover a salvaguarda dos direitos fundamentais se não estão organizadas as condições necessárias para a manutenção de órgãos jurisdicionais compostos por juízes efetivamente independentes e imparciais<sup>250</sup>.

Processo justo é o processo efetivo, que se desenvolve em respeito às garantias dos cidadãos, para o alcance de uma solução justa. A constitucionalização dos direitos fundamentais e a interpretação promovida pelas cortes constitucionais e supra nacionais revelou uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo* (universalmente reconhecidos, mesmo que haja peculiaridades decorrentes da tradição ou da reação a abusos mais intensos em alguns lugares em relação a outros). O processo que se desenvolve em

---

<sup>249</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordinamenti ispano-americani”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, p. 169, out/dez. 2003.

<sup>250</sup> Nas palavras de Giuseppe Tarzia: “Ricorderò dunque che, per il processo penale, com le sentenze 15 settembre 1995 n. 432 (3), 24 aprile 1996 n. 131 (4) e 20 maggio 1996 n. 155 (5) la Corte ha anzitutto e solenemente ricordato che ‘il giusto processo – formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio – comprende l’esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che conota nell’essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici e condiziona l’effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio. Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale”. TARZIA, Giuseppe. “Il processo di fallimento e l’imparzialità del giudice”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, ano 53, n. 1, p. 14, gennaio-marzo, 1997.

respeito a essas garantias é o chamado *devido processo legal*, tal como consta das Emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> da Constituição norte-americana, ou *processo justo*, como figura na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no art. 111 da Constituição Italiana. Em outras palavras, o processo justo constitui um meio justo para um fim justo<sup>251</sup>.

Neste sentido, parece importante a relação que a imparcialidade guarda com os demais princípios informativos do processo justo. A imparcialidade guarda inequívoca e direta relação com o princípio da igualdade. O processo é ato *trium personarum* que se caracteriza pela existência de dois sujeitos em conflito e um terceiro imparcial, a quem cabe ouvir as partes e proferir decisão, atribuindo o bem da vida em disputa a um deles segundo as regras de direito material, sem qualquer motivação pessoal (seja com relação ao próprio objeto do litígio ou, ainda, em relação às partes). Essa configuração do processo deve garantir às partes a igualdade de oportunidades de participar – alegando, provando e pedindo – o que somente é possível quando o processo é conduzido por um juiz imparcial, capaz de dispensar o mesmo tratamento para ambas. Assim é que se diz que a imparcialidade judicial comporta o direito das partes de serem tratadas com igualdade e que seja garantida a paridade de armas<sup>252</sup>.

Muitos autores, inclusive, entendem que a imparcialidade e a igualdade guardam relação tão íntima que seria mesmo possível compreender a primeira como instrumento ou corolário do segundo. Não é que nos parece. A igualdade pressupõe uma comparação entre mais de um objeto, pelo menos. A imparcialidade, por sua vez, se apresenta como uma norma de ação que visa a um interesse público de que a jurisdição seja prestada de uma determinada maneira<sup>253</sup>.

Também pelos motivos acima elencados, pode ser dito que imparcialidade guarda certa simbiose com o princípio do contraditório. Aquele que não concede às partes a oportunidade de se manifestar sobre as alegações e provas produzidas por seu adversário não pode ser tido como imparcial, porque conheceu apenas metade

---

<sup>251</sup> GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Op. cit., p. 225.

<sup>252</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Op. cit., p. 26-27.

<sup>253</sup> SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. Op. cit., p. 62.

do que seria necessário para enunciar seu julgamento, que somente será acertado com uma boa dose de sorte<sup>254</sup>.

O mesmo ocorre com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A inafastabilidade da jurisdição, ou do controle jurisdicional, garante a todos os cidadãos que o Judiciário colocará sob o seu controle todos os conflitos levados ao seu conhecimento, oferecendo a solução mais justa para o caso concreto. Esta garantia não teria validade alguma se o sistema não assegurasse a independência e a imparcialidade dos agentes investidos na função de julgar, que não devem atuar naquilo em que não foram convocados<sup>255</sup>.

Não é de natureza diferente a relação que o princípio da imparcialidade mantém com o princípio da publicidade dos atos processuais. Com efeito, uma das funções da publicidade é justamente a de por os indivíduos a salvo de julgamentos arbitrários e inquisitoriais. Uma vez obrigado a julgar perante o público, as chances de um julgamento que perpetre abusos contra o cidadão são consideravelmente reduzidas, porquanto, ao julgar “às claras”, o magistrado dificilmente escapará da censura do público, tendendo assim a julgar unicamente conforme os critérios jurídicos<sup>256</sup>.

A relação do princípio da imparcialidade com todos os demais princípios processuais apenas reforça a ideia de que “a independência e a imparcialidade de quem julga representam o requisito mínimo de um processo equitativo”<sup>257</sup>. Bem por isso, “só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz ‘imparcial’ e ‘independente’”<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso*. Op. cit., p. 137.

<sup>255</sup> JORGE, Mário Helton. “A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 95, v. 844, p. 56, fev. 2006..

<sup>256</sup> ABDO, Helena. “A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais”. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 398, ano 104, p. 141, jul/ago. 2008.

<sup>257</sup> TELES, Miguel Silva. “Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal”. In: *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, ano 7, p. 132, jan/mar. 2010.

<sup>258</sup> CORREA, Antonio. “Imparcialidade do juiz e o seu controle”. In: *Julgados da Justiça de Rondônia*. Rondônia: Tribunal de Justiça de Rondônia, 1994, n. 10, p. 24.

### 3.3.2 Imparcialidade e neutralidade

A racionalidade humana se manifesta como resultado da atividade de uma série de mecanismos desconhecidos. Há uma forma personalíssima de conhecer a realidade, de maneira que um novo conhecimento se forma apoiado em outros conhecimentos apriorísticos e particulares, que funcionam como premissas ocultas e imperceptíveis e moldam a forma como cada indivíduo enxerga e interpreta o mundo, pautando suas escolhas<sup>259</sup>. A bem da verdade é possível mesmo dizer que não há neutralidade na ciência<sup>260</sup>.

Obviamente, o raciocínio já se forma eivado por todas as categorias pré-existentes e as estruturas do inconsciente levam uma pessoa a assumir determinadas preferências, a se inclinar por determinados argumentos ou interlocutores, a depender do caso. A decisão do juiz é, pois, o resultado da mistura que surge da sua interpretação da lei para o caso concreto e da bagagem de informações e valores que carrega, funcionando como vozes ocultas que condicionam seu trabalho<sup>261</sup>. Bem por isso, Francesco Carnelutti chegou a afirmar que, no desempenho da função judicante, o juiz deveria “sair de si mesmo”<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> DUARTE, Liza Bastos. “A impossibilidade humana de um julgamento imparcial”. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, ano XXVII, n. 85, tomo I, p. 222-226, mar. 2002.

<sup>260</sup> “Não há neutralidade na ciência, nem tampouco na aplicação do direito; não há métodos ou construções metodológicas que queiram nos livrar do ‘problema’ de ‘ter’ que interpretar a partir da pré-definição do sentido. Gadamer mostra como cooriginais três ações/momentos que, até então, se tinham como distintos/sucessivos: compreensão, aplicação e interpretação: não existe tanta clareza em um texto que dele se possa prescindir da interpretação; a compreensão de um texto (de um fato) é sempre, ao mesmo tempo, interpretação; a aplicação de uma norma e a solução de um caso – ambos ‘textos’ – envolvem, simultaneamente, sua compreensão e, para tanto, sua interpretação. A condição humana é uma condição hermenêutica, por isso qualquer juiz, diante de um caso, irá – de forma ontologicamente inafastável – interpretar fatos, normas, provas e teses. Ao invés de neutralidade, falar-se-á agora em imparcialidade, é dizer, tendo em vista que não é possível que o magistrado ‘saia do mundo’ para decidir o caso – se, afinal, os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo, – deverá explicitar detalhadamente as razões que formaram seu ‘convencimento’. Apesar de não haver a diferença entre a interpretação de um texto e de uma norma, Gadamer aponta objetivos diferentes entre o primeiro, que é entendido historicamente e a segunda, cujo processo hermenêutico visa concretizar a norma frente ao caso, pois que uma norma só fará sentido frente a um caso. Dessa forma, não há que se falar na busca por uma intenção da norma ou do legislador, pois que ‘nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador, sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido’”. THEODORO JUNIOR, Humberto *et al.* *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Op. cit., p. 34-35.

<sup>261</sup> Essa constatação levou Eduardo J. Couture a afirmar que “quando o juiz dita a sua sentença, não é só um intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e ocultas”.

Para o juiz, essas estruturas podem fazer com que se incline por uma ou outra testemunha, a depender de circunstâncias (como sexo, idade, cor *etc.*) que para outras pessoas, ou mesmo para a totalidade das pessoas, são irrelevantes. Da mesma forma, determinados argumentos podem funcionar bem para o convencimento de um juiz, mas serão rigorosamente desprezados por outro.

Mesmo em relação a advogados, que são os transmissores dos argumentos e personagens do processo que possuem mais contato com o magistrado, os conceitos pré-concebidos podem funcionar a favor ou contra. Certamente há juízes que enxergam mais credibilidade em advogados – e por isso se tornam mais sensíveis à sua argumentação – que aparentam um maior requinte, seja pela vestimenta, seja pelo vocabulário. Enquanto outros magistrados certamente antipatizam com advogados com essas características, talvez porque as raízes da sua consciência associem este profissional a alguém que se vale do embuste, que está disposto a fazer de tudo para alcançar seus objetivos.

Assumindo que cada juiz possui os seus conceitos e preconceitos, que enxerga a vida e as relações sociais segundo um particular modo, e se se entende a imparcialidade como característica que impõe um julgamento absolutamente isento, sem qualquer conexão com elementos presentes em sua mente que fazem parte da sua experiência como homem e como julgador, haveria de se compreender igualmente que a imparcialidade não passa de uma quimera.

Mas a imparcialidade não é isso, como se verá mais adiante.

O exercício da magistratura impõe certos impedimentos. Ao juiz é vedado exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista (exceto como acionista ou quotista), ou exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração, ou manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (conforme Lei Complementar n. 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura), por

---

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução: Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 55.

<sup>262</sup> CARNELUTTI, Francesco. "Juego y proceso". In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. 2. ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994, p. 115.

exemplo. Mas o juiz pode exercer o magistério, estando aí englobada uma série de atividades, tais como proferir palestras, escrever livros e artigos sobre temas jurídicos. Não é incomum, portanto, que um juiz seja chamado a decidir causa que verse tema sobre o qual já escreveu ou já se expressou publicamente defendendo determinado ponto de vista. Nesses casos, é evidente o contraste entre o livre exercício do magistério e a garantia da imparcialidade.

Como aponta Nelson Nery Junior, o *leading case* sobre o tema foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, quando convocado a decidir se poderia ser considerado parcial o juiz Leibholz para um caso concreto no qual precisou decidir matéria sobre a qual já havia manifestado opinião jurídica em um Congresso de Professores de Direito Público, realizado em Würzburg, em 1965. O Tribunal alemão decidiu no sentido de não considerar parcial o magistrado, por entender que a emissão de opinião jurídica constitui exercício regular da profissão de professor e que ao magistrado não é vedado o magistério, não estando impedido o juiz de julgar causas futuras que versem matérias sobre as quais já se pronunciou abstrata e cientificamente, na condição de professor<sup>263</sup>.

Parece acertada a posição. Como bem aponta Leonardo Greco, é preferível um juiz que externe publicamente suas concepções e ideias sobre questões jurídicas – e que assim deixa claro aos jurisdicionados a forma como pensa, permitindo que exerçam o contraditório participativo, na medida em que conhecem e podem influenciar a formação do seu raciocínio – do que aquele que se pronuncia reservadamente, contribuindo assim para a construção de uma justiça cega e impenetrável<sup>264</sup>.

### 3.4 O conteúdo jurídico da imparcialidade propriamente dito

A ausência de consenso doutrinário sobre o conteúdo jurídico da imparcialidade já foi noticiada. Não temos a pretensão de aqui indicar a maneira mais coerente de tratar a matéria. Não consistiu em preocupação de nossa parte,

---

<sup>263</sup> NERY JUNIOR, Nelson. “Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado”. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 32, n. 100, p. 309-310, dez. 2005.

<sup>264</sup> GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Op. cit., p. 234.

assim, estabelecer se a independência deve ser estudada em conjunto com a noção de juiz natural por estar a ele atrelada, ou se constitui uma categoria autônoma. O foco central da nossa abordagem é tentar compreender em que medida a imparcialidade é afetada pela produção probatória de ofício, de maneira que essas pequenas divergências serão simplesmente desconsideradas.

Sabemos que há três grandes conceitos quando se fala em imparcialidade: a imparcialidade em sentido estrito, a independência e o juiz natural. Sem pretender conferir ao estudo a palavra final sobre a melhor forma ou ordem para abordar esses grandes temas – até porque, seja consentida a repetição, não é este o nosso foco – passamos a analisá-los individual e separadamente, para apresentá-los, antes que se passe à investigação sobre a designação de provas de ofício.

### 3.4.1 Imparcialidade em sentido estrito

Quando se diz que o juiz deve ser subjetivamente imparcial, estabelece-se uma exigência muito difícil. A vida em sociedade, as experiências do homem comum, tudo está a indicar que existe uma tendência da natureza humana a comportamentos parciais<sup>265</sup>. Certamente foi essa constatação que levou Francesco Carnelutti a dizer que pretender a imparcialidade do juiz seria semelhante a buscar a quadratura do círculo<sup>266</sup>.

Mas isso não significa que o homem não possa se policiar e, no caso de um juiz, tentar evitar que sua natural tendência à parcialidade crie obstáculos para o desempenho de sua função judicante de forma imparcial – o juiz deve ao menos tentar não se deixar levar pelas primeiras impressões, forte na premissa de que tais impressões são firmadas no seu intelecto à luz dos conceitos preconcebidos, como se esses conceitos funcionassem como filtro para tudo que lê e ouve.

---

<sup>265</sup> Segundo Pedro J. Bertolino, “el juez, por más objetivo e imparcial que en teoría deba ser, en su razonamiento práctico, no es nunca totalmente ajeno al caso. Expresado de otra manera: el adentrarse en el caso le exige al juez una participación personal, es decir, lo coloca, sin más, ante una situación que hace imperativo tomar una posición, decidirse y actuar respecto de ella”. BERTOLINO, Pedro J. *La verdad jurídica objetiva*. 2 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 79

<sup>266</sup> Veja-se em: COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios gerais no processo civil*. PROCAM, 1997 (sem indicação da cidade), p. 69.

Não se pode esquecer que a parcialidade e a imparcialidade são atributos de índole subjetiva, e o que a lei faz é tão somente indicar situações em que, objetivamente, o julgador possa inclinar-se por uma das partes, de acordo com critérios tirados das máximas de experiência do homem médio. O juiz é ser humano, têm suas preferências políticas, seus receios, sua religião, devoção por um determinado clube de futebol etc.

Bem se sabe também que muitas vezes a sentença é um ato de sentimento, não sendo inexato dizer que, ao primeiro contato com a causa, pode ser que o juiz já penda para um dos lados, já se afeiçoe mais ou menos a uma das teses apresentadas. Para que o comando da decisão reflita aquela ideia inicial, facilmente se constrói uma fundamentação, um arcabouço jurídico para justificar uma conclusão já querida. Sabemos bem o quão longe pode ir a imaginação do jurista e a prática nos revela que causas costumeiramente são complexas e quase nunca se resolvem pela subsunção clara e de plano a uma regra material, sendo até certo ponto possível adotar uma ou outra tese, havendo fortes argumentos para ambos os lados.

Paixão não se controla, e exigir do juiz que seja sempre imparcial é de alguma forma exigir que cale no peito algo que já sentiu e que certamente já o influenciou. Mas é aí que reside toda a questão que gira em torno da imparcialidade. O juiz não pode se deixar levar por impressões. Não pode cair nas tentações que a sua própria mente oferece.

O juiz que desempenha bem as suas funções é o juiz que sabe afastar suas preferências no momento de julgar. É o juiz que não deixa todo o conjunto de experiências vividas e conhecimentos adquiridos influenciarem na hora de proferir uma decisão. Ser um bom juiz e exatamente saber calar no peito os sentimentos ou preferências despertados pelo conhecimento da causa, pelos argumentos trazidos pelas partes, pelas pessoas envolvidas no litígio etc.

Mais do que qualquer outro profissional, o juiz, é um solucionador de controvérsias. É um alocador de bens em disputa. Ainda que suas preferências particulares o influenciem no modo de pensar e de conduzir sua própria vida, deve saber se distanciar de tudo isso para cumprir a missão que lhe foi delegada. Deve aprender a dissociar o que está na sua mente entre o que pode ser usado como máxima de experiência e o que deve ser afastado para julgar.



O que a imparcialidade exige do juiz é justamente esse afastamento, essa alheação em relação às pessoas e envolvidas na situação que será julgada, essa alheação – que inspirou a doutrina italiana a cunhar os termos *terzietà* e *alienità*.

Com efeito, o juiz é sempre um terceiro equidistante das partes (um *tertius super partes*) e nunca pode se portar como um interessado no resultado do julgamento. E isso vale para todas as situações, ainda aquelas em que o juiz efetivamente tenha um interesse subjetivo – como inequivocamente ocorre naquelas situações em que o juiz é chamado a decidir causas que envolvam os interesses da sua classe ou naquelas causas em que se trava uma disputa sobre direito de que o juiz também é titular.

De um modo geral, praticamente todas as legislações erigidas nos países da família da *civil law* no século XX adotam o sistema de indicação expressa das causas que podem levar ao impedimento e à suspeição do juiz (apenas para usar as expressões consagrados na lei brasileira, sendo certo que é comum o uso das expressões *causas de recusa* e *causas de abstenção*).

Estas causas podem ser subdivididas em duas espécies: uma primeira que contém as hipóteses em que, pelas regras de experiência e pelos costumes, o legislador entendeu que o juiz pode se sentir fragilizado na sua capacidade de ser imparcial. São situações da vida que afetam a capacidade de isenção de qualquer um, e não apenas do juiz, na verdade.

Pode-se dizer que estas situações geram presunção absoluta de parcialidade, já que, uma vez provados os fatos em que se fundam, não admitem prova em contrário. Essas situações normalmente são alheias ao processo, no sentido de que se encontram fora do processo. São aquelas situações descritas no art. 135 do Código de Processo Civil, a saber, quando o juiz é amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; quando alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; quando o juiz é herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; quando o juiz receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; ou simplesmente quando o juiz estiver interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Já a segunda ordem de causas leva em consideração fatores internos do processo. Dizem diretamente com funções que o juiz possa ter exercido no mesmo

processo que posteriormente é chamado a julgar. Essas situações não necessariamente afetam a capacidade do cidadão de julgar de forma imparcial. Não são elas situações em que, pelas regras de experiência, o legislador entendeu que o juiz possa ser levado a julgar um processo baseado em fatores outros que não apenas a lei, o direito objetivo.

Não são aquelas situações, e nesse ponto reside a diferença para a primeira categoria, em que o juiz naturalmente sofre influências à margem da lei e, segundo uma estimativa feita pelo legislador, é maior o risco de que a atividade do juiz sirva à finalidade subjetiva de uma das partes. Essas situações estão ligadas à incompatibilidade de funções a serem desempenhadas no processo. No Brasil, são aquelas hipóteses previstas no art. 134 do Código de Processo Civil, a saber, quando o magistrado é chamado a decidir em processo em que for parte, em que interveio como mandatário da parte, como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; em que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; em que estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; em que seja cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; e em que for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Com efeito, causa especial preocupação, até pela frequência com que ocorre, a questão da perícia. É no mínimo assombrosa a dinâmica da prova pericial no Brasil. A lei fala em imparcialidade do julgador e do perito (na verdade, causas de impedimento e de suspeição do perito, na forma do inciso III do art. 138 do Código de Processo Civil), mas o sistema não fornece garantias para que as causas resolvidas por perícia sejam resolvidas imparcialmente. Os juízes normalmente mantêm relações com determinados peritos, que gozam de sua irrestrita confiança, mas essa sintonia se desenvolve de forma muito perigosa. Em função disso, não raro o laudo pericial desfruta de confiança inabalável por parte dos magistrados, que se mostram incapazes de formular críticas ou juízos de valor sobre as conclusões ali lançadas, sendo na prática vedado às partes o direito de impugná-lo. Como sustentar o direito à prova quando o perito se oculta sob essa confiabilidade incondicional? Da mesma forma, como garantir o direito à prova se à parte não é garantido o direito de contraditar o perito diante do juiz, numa estrutura assoberbada

de trabalho que relegou a oralidade a um plano secundário? Não parece ocioso sustentar que, nesses casos, a imparcialidade é uma utopia, porque a função de julgar foi transferida para um perito que procura manter uma relação amistosa com o magistrado que o indicou e que, em razão disso, fecha-se na sua ciência, respondendo de maneira evasiva aos questionamentos que lhe são feitos. Na medida em que não precisa se apresentar de corpo presente às partes, são estimulados a responder a esses esclarecimentos suplementares sempre se reportando às conclusões já lançadas no laudo inicial.

Ainda mais grave é verificar que, nas causas em que uma das partes é beneficiária da gratuidade de justiça, o resultado da perícia será determinante para a remuneração do perito – afinal, concluindo este no sentido de comprovar os fatos alegados pela parte que não goza do mesmo benefício, estará imunizando esta do pagamento dos seus honorários<sup>267</sup>. Melhor seria se, em casos assim desenhados, o perito tivesse a certeza de que sua remuneração está garantida pelos cofres públicos ou por um fundo constituído para este fim, para o qual contribuiriam modestamente todos os litigantes através das custas iniciais. Como se vê neste ponto o sistema brasileiro não oferece aos cidadãos a segurança de que suas causas são resolvidas de forma imparcial.

Por fim, convém dizer que o tratamento que vem sendo dispensado ao princípio da imparcialidade não é uniforme nos países ocidentais. Enquanto no direito brasileiro determinadas situações que potencialmente desviam o juiz da isenção são colocadas na lei como razões de recusa do magistrado, a Corte Europeia de Direitos Humanos já considerou que, em determinadas hipóteses, o princípio resta violado se o juiz desenvolve mais de uma função em diferentes fases de um mesmo processo. É o caso do magistrado que profere decisão em fase instrutória baseado no conhecimento de elementos integrantes do mérito e se encontra impedido de proferir decisão final, como ocorreu no julgamento dos casos *Padovani v. Itália* (sentença de 26 de fevereiro de 1993), *De Cubber v. Bélgica*

---

<sup>267</sup> O problema também é relatado por Leonardo Greco em pelo menos dois estudos: “O acesso ao direito e à justiça” e “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, ambos publicados na obra *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223 e p. 225-286, respectivamente.

(sentença de 26 de outubro de 1984) e *Nortier v. Países Baixos* (sentença de 24 e agosto de 1993)<sup>268</sup>, todos referentes a processos criminais.

Por sua vez, nos países de tradição adversarial, a preocupação com a imparcialidade do juiz chega ao extremo de impedir que o mesmo tome qualquer contato com os fatos da causa antes do *trial* – interessante, neste sentido, o exemplo verídico apresentado por José Carlos Barbosa Moreira: na Inglaterra, certo juiz chegou a ser afastado pelo Tribunal porque teria feito “perguntas demais” à testemunha.

Firme na premissa de que a *justice must not only be done, it must also be seen to be done*, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem produzida farto material sobre a imparcialidade, fundando-se muitas vezes na aparência, mais até do que em fatos reais (adiante trataremos com mais atenção dos importantes precedentes fornecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Os exemplos servem para que se perceba que não existe um consenso universal da dimensão e do alcance do princípio da imparcialidade. Não estou certo se a imparcialidade defendida na Espanha pelos revisionistas capitaneados por Juan Montero Aroca tem o mesmo conteúdo da imparcialidade defendida entre nós, ou mesmo nos países cujos ordenamentos são herdeiros da tradição adversarial. Certo é, no entanto, que as premissas podem divergir, razão pela qual as conclusões a que se chega aqui e lá também se diferenciam na mesma medida.

### 3.4.2 Independência

“*Ainda há juízes em Berlim*”. Esta simples frase apresenta com profundidade o tema da independência judicial.

A frase é atribuída ao moleiro de Sans-Souci como resposta a Frederico II, o Grande. Frederico II houvera levado a Prússia à condição de potência europeia e tinha o plano de construir um palácio suntuoso, algo à altura dos seus feitos. No entanto, este seu desiderato não era de fácil execução, porque a construção de um palácio assim faraônico encontrava limites espaciais. Para atingir seu objetivo,

---

<sup>268</sup> Citados por: MORETTI, Carola. “L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito”. In: *Rivista de Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 04, p. 1.102/1.104, 1996.

Francisco precisaria fazer com que a construção avançasse sobre um pequeno terreno de propriedade do moleiro. Ameaçado pelo soberano, que se apresentava disposto a fazer uso de seu poder e de sua influência, consta que o moleiro lhe respondeu-lhe com frase que inicia transcrita acima, demonstrando toda a sua confiança no Judiciário do seu país.

A frase condensa precisamente o que se entender por independência judicial. Representa, acima de tudo, a confiança do cidadão em um novo poder, desvinculado do Poder Executivo, que pratica atos sem a interferência de quem quer que seja. É a isenção do órgão encarregado de exercer a função jurisdicional e dos sujeitos que o integram em relação a qualquer pressão ou coação que, de alguma forma, possam interferir no conteúdo dos julgamentos. Aos sujeitos encarregados de exercer a função jurisdicional deve ser garantido que não sofrerão um mal ou um prejuízo na sua esfera de interesses ou das pessoas com quem mantêm alguma relação<sup>269</sup>.

No Estado Democrático de Direito, a sociedade deve poder confiar no correto exercício da função jurisdicional. A independência é justamente isso: antes de ser uma virtude do juiz ou do próprio Judiciário, é uma garantia do cidadão<sup>270</sup>.

Não por outra razão, a independência judicial está consagrada em diversos instrumentos internacionais, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>271</sup>, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos<sup>272</sup>, na Resolução n. 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>273</sup>, de 09 de

---

<sup>269</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Op. cit., v. I, p. 67.

<sup>270</sup> Em 1844, o primeiro presidente do Superior Tribunal de Justiça português, José da Silva Carvalho, respondeu à carta que lhe fora enviada pela Rainha D. Maria II, com seus reclames sobre as decisões que contrariavam seus interesses, afirmando que “a independência não é um privilégio do juiz, mas uma garantia dada aos cidadãos”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. “Discurso de abertura”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 16.

<sup>271</sup> Art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

<sup>272</sup> Art. 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos: “Todas as pessoas têm direito a que sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial”.

<sup>273</sup> Art. 9º da Resolução n. 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas: “(...) todas as pessoas cujos direitos ou liberdades tenham sido alegadamente violados têm o direito, pessoalmente ou através de representantes legalmente autorizados, de apresentar queixa e de que esta queixa seja

dezembro de 1998, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>274</sup>, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>275</sup> e no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)<sup>276</sup>.

Na verdade, a independência é atributo da imparcialidade, funcionando a primeira como condição da segunda. O juiz não será imparcial quando submetido a situações em que se encontra impedido de julgar unicamente segundo a lei e a sua consciência<sup>277</sup>. A independência se resolve, assim, como a liberdade que deve ser garantida ao julgador para o exercício da função jurisdicional. É a ausência de subordinação.

Mas a independência não se confunde com discricionariedade. O juiz não está vinculado unicamente à sua consciência, mas também, e este ponto merece ser enfatizado, ao direito objetivo. Dizer que o juiz é independente é dizer, com outras palavras, que este juiz não está submetido a nenhuma outra influência senão a da própria lei. Juan Montero Aroca indica como requisitos da independência a submissão exclusiva à lei e, pleonasticamente (mas com inegável força persuasiva) a exclusão de qualquer outra submissão<sup>278</sup>.

Quando se diz que o juiz está submetido ao império da lei na sua função jurisdicional, quer-se dizer que está vinculado a todo o ordenamento jurídico, incluindo, além da lei (como espécie normativa, integrante da pirâmide normativa, para usar uma figura *kelseniana*), também à Constituição e a todas as demais

---

rapidamente examinada em audiência pública perante uma autoridade independente, imparcial e competente (...)."

<sup>274</sup> Art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: "Qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente".

<sup>275</sup> Art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: "(...) toda pessoa tem o direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial (...)".

<sup>276</sup> Art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica: "Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

<sup>277</sup> BERMUDES, Sergio. "Direito de petição e Estado de Direito – Ação Judicial como espécie do direito de petição – Independência do Judiciário como garantia de justiça". In: BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 174.

<sup>278</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Op. cit., p. 100 et seq.

espécies normativas. Aqui não se deve compreender a lei como limite imposto à independência, ou mesmo como uma exceção à independência judicial. A aplicação da lei é o próprio objetivo da jurisdição, não uma limitação. O que não significa dizer que o juiz não possa deixar de aplicar uma lei em razão de sua inconstitucionalidade. Com efeito, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade permite ao juiz declarar a inconstitucionalidade de determinada norma de forma incidental quando da análise do caso concreto – trata-se do chamado *controle difuso*, exercido por cada órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, que convive com o *controle concentrado*, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal quando a inconstitucionalidade é o próprio objeto da demanda.

Joan Picó i Junoy, por sua vez, distingue dois principais aspectos da independência, em consideração às possíveis fontes da subordinação que pode impedir o exercício da função jurisdicional livremente. Em primeiro lugar, há a *externa*, que protege os juízes de influências oriundas de forças externas ao Poder Judiciário – seriam as influências do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de outras forças sociais, como os meios de comunicação, a Igreja, os partidos políticos. A outra dimensão da independência é a *interna*, que assegura aos magistrados a liberdade para exercer a função jurisdicional frente às influências dos demais órgãos integrantes do próprio Poder Judiciário, como sejam os demais órgãos jurisdicionais e órgãos administrativos integrantes da estrutura do Judiciário<sup>279</sup>.

Aqui cabem alguns comentários adicionais sobre situações que nos são particulares e que merecem um enfoque separado.

Cada órgão integrante do Poder Judiciário exerce em seu nome o poder jurisdicional, que é uno. A divisão dos órgãos em razão da sua competência não diminui o poder que lhes é atribuído. A competência normalmente é definida como a medida da jurisdição, expressão que não agrada justamente por trazer a ideia de que o poder jurisdicional pode ser repartido, o que não é verdade. Preferimos não definir a competência, mas buscar o conceito através da figura do juiz competente, que é aquele que exerce jurisdição dentro dos limites definidos pela lei (e tais limites são definidos justamente pelas regras de competência, podendo ser limites geográficos, temáticos *etc.*). É certo ainda que os órgãos são indicados como

---

<sup>279</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Op. cit., p. 30-31.

inferiores ou superiores, não em razão do poder que exercem – que, perdoe-se a repetição, é uno – mas apenas em razão da sua distribuição dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Além disso, a independência possui um caráter absoluto, na medida em que não se verifica ou não em outro caso concreto. A independência é um atributo que a Constituição e a lei conferem aos juízes em todos os possíveis casos que se submetem ao seu julgamento<sup>280</sup>.

E aqui se encontra uma questão mais abrangente, que é a da independência do Judiciário, o que se aproxima daquilo que Joan Picó i Junoy definiu como *independência externa*<sup>281</sup>. É certo que a independência se refere a cada um dos juízes individualmente considerados<sup>282</sup>. Mas, também é verdade que a independência só se converte em verdadeira garantia dos cidadãos quando o Estado Democrático de Direito se articula para promover a igualdade material, o acesso a bens e recursos e garante o primado da dignidade da pessoa humana, sem se submeter a influência de nenhum dos outros poderes. O Poder Judiciário, como braço do Estado Democrático de Direito, deve ser capaz de proporcionar aos cidadãos acesso à justiça, promovendo em cada caso concreto, submetido voluntariamente à apreciação judicial pelos interessados, a alocação de bens jurídicos entre esses interessados de acordo com as posições que ocupam no plano do direito material.

Ocorre que essa função é exercida de forma defeituosa quando o Judiciário não goza de determinadas garantias. Em passado tão recente da nossa experiência, as garantias da magistratura previstas na Constituição da República de 1967, tiveram a sua eficácia suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968 em seu art. 6º, estabelecia que “ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo”. O seu parágrafo 1º ainda estabelecia que “o Presidente da

---

<sup>280</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Op. cit., p. 118.

<sup>281</sup> Outros autores também fizeram distinção semelhante. Miguel Galvão Teles, tratando da arbitragem, fala em independência do tribunal como órgão e independência do árbitro. A primeira consiste na imunidade do órgão, que deve atuar desvinculado de qualquer determinação que não provenha de uma fonte do direito. No segundo aspecto, o árbitro não pode se deixar influenciar por quaisquer pressões. Confira-se em: TELES, Miguel Galvão “Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal”, Op. cit., p 128.

<sup>282</sup> AROCA, op. cit., nota 280, p. 116.



República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”.

Estudos elaborados à época sustentavam a impossibilidade de se ter um Judiciário independente – e conseqüentemente de se ter juízes imparciais – diante da possibilidade concreta de supressão de garantias dos magistrados<sup>283</sup>. Essa triste realidade que fez parte da nossa experiência jurídica recente serve para que possamos compreender a importância de se manter um Poder Judiciário independente, apto a exercer a função judicante sem que as pessoas investidas dessa função possam vir a experimentar o temor de represálias em razão do modo como decide.

Mas devemos ainda analisar de forma crítica a nossa atual situação. O Judiciário, apesar de formalmente independente, está constantemente sofrendo os impactos, na maioria das vezes negativos, do jogo político. O modelo de promoção dos juízes por antiguidade e merecimento, alternadamente, criam espaço para favorecimentos e influências de todos os tipos. O sistema de indicação de magistrados para a composição dos tribunais superiores pelo chefe do Poder Executivo também permite o surgimento de verdadeiras campanhas, levadas a efeito pelos postulantes. Essas campanhas se tornam tão ou mais fortes e persuasivas na medida em que contam ou não com o apoio de pessoas ou grupos influentes junto à autoridade responsável pela nomeação.

Aqui, o peso político também gera vantagens para os candidatos que contam com o apoio de certos grupos ou segmentos da sociedade. Diante dessas circunstâncias, o magistrado pode se tornar menos independente e pode vir a assumir a função para a qual foi designado comprometido com os interesses deste ou daquele grupo político, de um determinado segmento da sociedade civil, de um ou outro profissional do direito com quem mantenha relações informais e que tenha exercido colaboração valiosa para persuadir a autoridade encarregada da nomeação. Muito comuns nos dias de hoje são os julgamentos de tribunais superiores em que aparecem contrapostos interesses do Estado e de um particular.

---

<sup>283</sup> Sergio Bermudes assim se pronunciou sobre o tema: “Permanentemente sujeita ao arbítrio que a legislação excepcional confere ao Presidente da República, a magistratura brasileira não é independente, não estando, por conseguinte, em condições de prestar, de modo adequado, a função jurisdicional, cujo exercício pressupõe, como exposto, a total independência dos órgãos incumbidos de seu desempenho”. BERMUDES, Sergio. “Direito de petição e Estado de Direito – Ação Judicial como espécie do direito de petição – Independência do Judiciário como garantia de justiça”. Op. cit., p. 175.

É preciso que o magistrado, ainda que nomeado pelo representante do Estado, esteja em condições de julgar alheado das interferências políticas daquele que o nomeou, nem faça “promessas” em sua campanha para assumir o cargo cujo cumprimento significará julgar em desacordo com a sua consciência<sup>284</sup>.

É claro que não se pode garantir a independência do juiz unicamente pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (garantias que não se mostram suficientes nas sociedades modernas<sup>285</sup>). A independência visa a atingir um estado ideal no qual nenhum magistrado se vê constrangido ou intimidado por pressões externas, proporcionando-lhe a certeza de que o conteúdo das suas decisões não prejudicará sua esfera de interesses pessoais ou profissionais ou, ainda, os interesses das pessoas que o cercam.

Mas a garantia não se faz apenas com tintas no papel. É preciso que as instituições que compõem o Judiciário sejam firmes e incansáveis guardiãs dessas garantias, promovendo sua eficácia concreta<sup>286</sup>. É preciso que o magistrado possa atuar livremente como porta-voz dos valores cultivados em uma determinada sociedade em uma determinada época, sem estar sob o jugo das autoridades que detém poder para definir os rumos da sua carreira. Mas, a independência do magistrado é tisonada quando, por exemplo, se estabelecem critérios políticos para nomeação de Ministros e para promoção de juízes na estrutura hierárquica – tão infelizes quanto recorrentes são os casos em que um Tribunal utiliza como critério para a promoção dos juízes o índice de decisões suas que são reformadas em segunda instância, fator de pressão externa que intimida o magistrado a proferir decisões que vão de encontro ao entendimento esposado pelo Tribunal. Essa prática durante um tempo foi estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça que, felizmente, alterou a disciplina da matéria com a edição da Resolução n. 106/2010, que diz expressamente, no *caput* do seu art. 10º, que

(...) na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como os índices de reformas de decisões.

---

<sup>284</sup> Como alerta Ferreira Girão, “este dever de ditar e realizar a justiça tem de ser completamente alheado de quem esteja circunstancialmente a governar, mesmo que se trate de uma maioria”. GIRÃO, Ferreira. “O perfil do juiz na tradição ocidental”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 308.

<sup>285</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Op. cit., v. I, p. 67.

<sup>286</sup> GRECO, Op. cit., nota 285, p. 332.

Além disso, o magistrado, em especial o que compõe a Corte Constitucional, deve ter a precaução de não deixar que seus interesses pessoais e mesmo a suas convicções prévias influenciem o julgamento. Deve, sobretudo, se comportar como verdadeiro porta-voz do povo, como um sismógrafo capaz de identificar as oscilações da consciência jurídica da comunidade a que pertence. São os valores consagrados na sociedade em um determinado período histórico que devem nortear a atuação desse magistrado, e não as preferências ou crenças que cultiva como indivíduo, muito menos os valores abraçados por um determinado grupo ou segmento social. São precisas, sobre este ponto, as palavras de Benjamin Nathan Cardozo, ex-juiz da Suprema Corte Norte-Americana e considerado um dos magistrados mais importantes da história desse Tribunal. Diz ele: “Meu dever como juiz pode ser objetivar, no direito, não as minhas próprias convicções e filosofias, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do meu tempo”<sup>287</sup>.

De todo modo, é bom não confundir a função de porta-voz dos valores da comunidade com o julgamento baseado na opinião pública, muitas vezes construída pela mídia, sem nenhum conhecimento técnico<sup>288</sup>. Aliás, a opinião pública não pode ser confundida com opinião do público, porque está relacionada à opinião publicada, divulgada e, portanto, manipulável<sup>289</sup>. O juiz manipulável pela imprensa, que amolda suas decisões às pesquisas de opinião por ela realizadas e divulgadas, não é um julgador independente. Portanto, não é imparcial.

De tudo o que se disse, resta concluir com um pensamento mais pragmático: a independência não se alcança com tintas no papel ou se transmite com um “toque

---

<sup>287</sup> CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução: Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 13.

<sup>288</sup> Mídia esta que nem sempre se mostra capaz de operar baseada em princípios éticos. Conhecidos são os veículos de imprensa que aí estão a serviço de interesses outros que não o interesse jornalístico puro e simples e, por assim atuarem, se mostram incapazes de manter o distanciamento e a isenção necessários, indo muito além (ou aquém) do dever de simplesmente informar os fatos relevantes.

<sup>289</sup> FRIEDE, R. Reis. “Da imparcialidade como condição básica para o desempenho da função judicante”. In: *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Degrau Cultural, 1994, outubro-dezembro, v. 21, p. 69.

de Midas”<sup>290</sup>. Convém ressaltar a importância do tratamento da independência dos juízes e tribunais nos textos constitucionais e dos Tratados Internacionais, sem olvidar que, para coloca-la de fato em prática, é necessária uma outra ordem de ações.

Além de prever a independência judicial, o Estado deve mobilizar forças para garantir que os juízes e tribunais sejam mesmo independentes, criar as condições para que estejam imunes a pressões de grupos, organizações ou pessoas, dos interesses econômicos, políticos, religiosos ou de qualquer natureza. Uma sociedade em que seus juízes são constantemente ameaçados e mesmo vítimas de ataques operados por organizações criminosas é uma sociedade que não confia na justiça. A confiança nas instituições públicas é o primeiro pilar de um Estado Democrático de Direito.

Durante a ditadura de Fujimori no Peru, muitos juízes passaram a temer a perseguição política se recusaram a assinar as suas sentenças e a revelar seus rostos. No Brasil, situação semelhante vem ocorrendo. Com efeito, o II Pacto Republicano assinado pelos chefes dos três poderes em abril de 2009 indica que uma das medidas voltadas ao aprimoramento da Justiça é a “criação de colegiado para julgamento em primeiro grau nos casos de crimes de organizações criminosas”, como forma de garantir a segurança dos magistrados. O Estado de Alagoas, notoriamente um dos mais violentos do Brasil, editou a Lei n. 6.806, de 2007, que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, constituída para processar e julgar exclusivamente crimes praticados por organizações criminosas. Ainda segundo a lei (art. 2º), a nova vara:

(...) terá titularidade coletiva, sendo composta por cinco Juízes de Direito, todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado.

Esses cinco juízes devem decidir em conjunto os atos judiciais de competência da vara, sendo necessária a assinatura de pelo menos três juízes, salvo os casos de urgência (de acordo com o parágrafo único do art. 4º da mesma lei).

---

<sup>290</sup> MARTINS, António. “A sociedade portuguesa quer a independência dos seus juízes?”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 316.

Obviamente, julgamentos colegiados garantem em maior medida a independência do órgão julgador, porque tornam mais difusas as eventuais pressões eventualmente exercidas. Situação mais dramática, sem dúvida, se dá quando essas pressões são concentradas na figura de um único julgador<sup>291</sup>.

É inegável que o juiz precisa ser protegido e que o Estado deve mobilizar forças para ações imediatas. Mas não basta esconder o problema ou resolvê-lo através de paliativos. A sociedade precisa de juízes com nomes e faces. O cidadão precisa saber quem o acusa e quem o julga. Ainda que se possa aceitar a realização de julgamentos pontuais como medida extrema para garantir a segurança de magistrados que comprovadamente estão sofrendo ameaças, a solução não está no anonimato dos juízes ou na instituição de órgãos colegiados, em clara inversão procedimental (no caso da lei alagoana acima citada, entendo que se trata de lei manifestamente inconstitucional, por violar a norma constitucional que atribui à União, com foros de exclusividade, a competência para legislar sobre matéria processual – art. 22, inciso I, da Constituição da República).

Um país de tantas carências como o Brasil enfrenta problemas de todas as ordens, sendo mesmo difícil estabelecer a prioridade para investimentos. Seja como for, os problemas decorrentes da falta de independência dos magistrados só poderão ser corretamente equalizados quando houver uma distribuição de renda mais justa, a eliminação de bolsões de pobreza, o controle mais eficaz das ações do crime organizado *etc.* Não se desconhece que há um longo caminho a percorrer, mas também não se pode perder de vista onde se localiza o real problema.

### 3.4.3 Juiz natural

O Estado Democrático de Direito não consegue oferecer uma formal garantia de que seus juízes serão imparciais em toda e qualquer causa. A lei então procura então mitigar os riscos criando as condições que minimizam as chances de haver um julgamento parcial. O modo como a lei tentar mitigar esse risco revela a distinção feita pelo legislador entre situações em que a imparcialidade fica comprometida por

---

<sup>291</sup> Sobre o tema da independência judicial e colegialidade, consulte: SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 94-100.

causas objetivas e situações em que a imparcialidade fica comprometida por razões de ordem subjetiva. As primeiras geram as chamadas *causas de impedimento*, enquanto as segundas geram as chamadas *causas de suspeição*.

Mas, nem sempre foi assim. O Código de Processo Civil de 1939 tratou as causas de impedimento e de suspeição sob a única rubrica da *suspeição*. Pedro Baptista Martins, autor do Projeto daquele código desprezou a distinção, embora a reconhecesse, ao argumento de que seria destituída de interesse pragmático<sup>292</sup>. O Código de 1973 optou pela distinção e indica as causas de impedimento em seu art. 134 e as causas de suspeição no seu art. 135.

Os tópicos seguintes são dedicados aos temas sucintamente apresentados acima.

A classificação aqui sugerida parte do pressuposto de que o princípio do juiz natural apenas existe na medida em que garante a imparcialidade do julgador, e não o contrário<sup>293</sup>. Um princípio servindo de apoio operacional a outro, de modo que, excluído o primeiro, automaticamente excluído fica o último.

A garantia do juiz natural consta do art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>294</sup>, bem como do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), assinado em 1969 e vigente entre os signatários desde 1978<sup>295</sup>. No Brasil, o princípio do juiz natural tem figurado em todas as Constituições, do Império<sup>296</sup> e da República, à exceção da Constituição de

---

<sup>292</sup> TUCCI, Rogério Lauria. “Impedimento do juiz”. In: *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 44.

<sup>293</sup> Da mesma forma em: TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. “O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, ano 35, p. 343, ago. 2010.

<sup>294</sup> Art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

<sup>295</sup> Art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>296</sup> Art. 149 da Constituição Política do Império do Brasil: “Os Officiaes do Exercito, e Armada não podem ser privados das suas Patentes, senão por Sentença proferida em Juizo competente”. Art. 179 da Constituição Política do Império do Brasil: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta; XII.

1937, editada em pleno Estado Novo. A Constituição de 1988 estabelece no seu art. 5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (inciso XXXVII) e, ainda, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII).

A observância do princípio do juízo natural é parâmetro para que um Estado seja ou não compreendido como um Estado de Direito. A garantia posiciona-se, assim, como penhor de fidelidade do sistema processual às garantias democráticas e, se o que vimos de afirmar está correto, é também exato dizer que a adoção ou não desta garantia revela o *status* que um Estado confere ao seu Poder Judiciário<sup>297</sup>.

O princípio do juiz natural se resolve assim em uma tripla dimensão. É preciso, em primeiro lugar, que o órgão judicial tenha sido criado por lei. Em segundo lugar, e considerando-se o momento da ocorrência dos fatos que originaram as pretensões que serão julgadas (os fatos motivadores da atuação jurisdicional), é necessário que o órgão julgador tenha sido previamente investido de jurisdição e tenha tido a sua competência delimitada. Em terceiro lugar, o regime orgânico e processual desse órgão deve ser tal que se não se possa classifica-lo como órgão de exceção ou especial<sup>298</sup>.

A garantia do juiz natural – como garantia aos cidadãos de quem não serão processados ou sentenciados por tribunais de exceção, bem como que as causas em que são partes serão processadas perante órgãos prévia e legalmente criados e cuja competência tenha sido previamente fixada por lei – representa meio de promover na maior medida possível a garantia da imparcialidade, que se resolve no direito dos cidadãos de que suas pretensões serão conhecidas e julgadas por um juiz subjetivamente desinteressado e independente.

É possível dizer que a garantia do juiz natural está a serviço da imparcialidade (cujo conteúdo possui um grau de generalidade e de abstração maiores), na medida

---

Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos”.

<sup>297</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 304.

<sup>298</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Op. cit., p. 122.

em que a sua prevalência em um determinado sistema jurídico seja tal que a imparcialidade do julgador não seja afetada<sup>299</sup>.

### 3.5 Produção de provas *ex officio* e a imparcialidade

#### 3.5.1 Sobre o Princípio Dispositivo, um princípio em mutação

##### 3.5.1.1 Um pouco de história

O processo do século XIX era compreendido como “coisa das partes”, devido ao entendimento de que às partes cabiam todas as faculdades, inclusive de direção do processo. O juiz não exercia controle de ofício sobre os pressupostos processuais – dependendo, portanto, de alegação da parte interessada –, nem estava apto a promover o impulso processual, confiado unicamente às partes<sup>300</sup>.

Mas seria ingênuo acreditar que o processo sempre funcionou assim até o final do século XIX. A história é feita de fluxos e refluxos, marchas e contramarchas. Definitivamente, a evolução não se dá de forma linear. São vários os exemplos de sistemas processuais que funcionavam com enfoque na figura do julgador, já com base na compreensão de que a jurisdição se exerce não no interesse das partes, mas do próprio Estado, preocupado em reestabelecer a paz social atingida com a deflagração do litígio. Por exemplo, em Roma, já era acentuado o fim público do processo, o que justificava um controle político sobre o sistema processual<sup>301</sup>. Também na França houve momentos em que o juiz assumiu maior protagonismo. As Ordenanças de Luís XIV, de 1667, por exemplo, ao mesmo tempo em que representaram uma primeira expressão da ideia de sujeição do juiz à lei, vedando inclusive a atividade interpretativa (embora a essa época a sujeição estivesse

---

<sup>299</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. Op. cit., p. 304.

<sup>300</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Op. cit., p. 35.

<sup>301</sup> CIPRIANI, Franco. “Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)”. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, p. 978, 1995.



fundada no reconhecimento da soberania do rei, diferente, portanto, do fundamento da sujeição do juiz à lei do Estado liberal burguês)<sup>302</sup>, previram uma maior intervenção do juiz na direção do processo, com faculdade de selecionar as provas para o julgamento<sup>303</sup>. Da mesma forma, a Ordenação Geral para os Estados Prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*), de 1793, durante o império de Frederico II, ampliou os poderes do juiz para a averiguação dos fatos e reduziu sensivelmente o escopo de trabalho dos advogados – com efeito, o sistema encarregava o juiz-delegado ou os comissários de justiça de formular as alegações das partes, limitando a atividade dos advogados unicamente à discussão de questões exclusivamente de direito<sup>304</sup>.

Na verdade, tudo indica que o denominado liberalismo processual, muito embora não fosse inédito, se reforçou no início do século XIX com a vitória burguesa na Revolução Francesa. O código francês (chamado também de “Código Napoleão”) de 1806, dentro da lógica de desconfiança dos juízes, agentes estatais herdados do sistema deposto, suprimiu poderes dos magistrados e nisso serviu de modelo para a lei processual alemã, de 1833, e para a lei processual espanhola, de 1855, servindo ainda de referência para os ordenamentos adotados na América<sup>305</sup>.

Princípio inquisitório e princípio dispositivo sempre conviveram e nunca foram mutuamente excludentes, prevalecendo um ou outro de acordo com o momento histórico, ora reforçando-se a atividade judicial, ora atribuindo-se maior relevo à atividade das partes na instrução do processo. Nunca houve um ordenamento integralmente inspirado em um ou em outro princípio. Não existem modelos quimicamente puros<sup>306</sup>. A história do processo é a história dos diversos pontos de

---

<sup>302</sup> PICARDI, Nicola. “Il giudice e la legge nel *Code Louis*”. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, p. 34-35, 1995.

<sup>303</sup> BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. “Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz”. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova Cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 107.

<sup>304</sup> BARBIERI, op. cit., nota 303, p. 107. No mesmo sentido, ou seja, pontuando a ampliação do rol de poderes atribuídos ao juiz no processo, confira-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 37.

<sup>305</sup> MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 13-14. No mesmo sentido: BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz*. Op. cit., p. 109.

<sup>306</sup> Confira-se ARENHART, Sergio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/221841/Reflexoes\\_sobre\\_o\\_principio\\_da\\_demanda](http://www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda)>. Acesso em 30-01-2013. Sustenta o autor que “conquanto o princípio da demanda esteja presente, de forma plena, em

equilíbrio entre essas duas vertentes<sup>307</sup>. Consoante a teoria do poder “soma zero”, o poder é um bem exaurível<sup>308</sup>. Se uns adquirem uma determinada porção de poder, é lícito concluir que outros perdem a quantidade correspondente. No processo, essa representação explica por que em determinadas épocas o juiz enfeixou determinados poderes, subtraindo-se das partes, e, outros momentos, as partes passassem a deter determinados poderes excluídos do agente do Estado. O pêndulo da história fez com que os sistemas ora se aproximassem de um modelo mais inquisitório, ora de um modelo mais dispositivo.

Mas, voltando ao processo do século XIX: nesse momento histórico, o princípio dispositivo era compreendido como princípio fundamental de um processo que ainda se ressentia de uma conceituação própria, apartada das instituições de direito material. Colaborava, além disso, a generalizada desconfiança dos agentes públicos, imposta pelo liberalismo burguês.

Assim, da mesma forma, ao juiz era vedada a designação de provas de ofício. Designar e produzir provas ao alvedrio das partes era entendido como medida que se contrapunha ao princípio dispositivo e ao princípio da imparcialidade. Em suma, tratava-se de um juiz despido de poderes de direção formal e de direção material.

Na segunda metade do século XIX tem lugar o fenômeno que hoje se convencionou chamar de “publicização do processo”, em boa parte desenvolvida graças à contribuição do código processual austríaco, obra de Franz Klein.

Os primeiros sinais da mudança se refletiram na participação do juiz. O juiz até então passivo, inerte, dá lugar ao juiz protagonista do processo. Os sistemas processuais do século XIX, de um modo geral, não permitiam ao juiz declarar de ofício a inexistência de pressupostos processuais e abortar o processo na fase saneadora, assim como colocavam o impulso processual e a produção de provas inteiramente nas mãos dos litigantes.

---

quase todos os sistemas processuais atuais – sendo raros os casos em que o juiz possa atuar de ofício – o princípio dispositivo (assim como o princípio inquisitório) não se verifica de maneira pura em nenhum sistema moderno. Todos os sistemas processuais, de fato, apresentam um misto destes dois últimos princípios, com prevalência eventual de um ou de outro, sem, contudo, ser possível enxergar a exclusiva aplicação de qualquer um deles”.

<sup>307</sup> PISANI, Andrea Proto. “Pubblico e privato nel processo civile”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 207, ano 37, p. 286, maio, 2012.

<sup>308</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e poder*. Op. cit., 30.

A nova leva de leis processuais que se inicia com o Código austríaco de 1895 promove uma alteração dessas premissas. O juiz passa a ser então o personagem responsável por dar impulso ao processo, fazendo com que o mesmo avance nas suas diferentes fases. Ao juiz passa a ser concedido poder para declarar de ofício a inexistência dos pressupostos processuais. Da mesma forma, ao juiz são concedidos poderes instrutórios, podendo designar provas de ofício. Enfim, o juiz passa a ser o gestor do processo, responsável por sua direção formal e material, em busca da chamada “verdade material”. Estavam criados os contornos de um sistema processual civil inquisitivo, em que se coloca o juiz como um agente comprometido visceralmente com o alcance da verdade, entendida como pressuposto mais básico para se fazer justiça.

No que diz respeito ao reconhecimento de ofício da falta de pressuposto processual e ao impulso processual oficial, realmente não parece haver críticas consistentes. E a mudança poderia ser bem aceita se não fosse pela concessão de poderes instrutórios, que esbarra no princípio da imparcialidade<sup>309</sup>. A fragilização (ou revisão se se preferir) do princípio dispositivo, que conferiu suporte teórico para esta guinada, vai então dizer diretamente com uma revisão do princípio da imparcialidade, até então argumentado para justificar a impossibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas. Daí a importância de, antes, se tentar compreender como se deu essa mudança a partir do estudo do princípio dispositivo.

### 3.5.2 Códigos autoritários e códigos liberais?

A explicação para a guinada teórica e legislativa noticiada acima passa também pela análise do contexto político que cercava os países onde se fizeram sentir os ventos da mudança.

Na verdade, o debate contemporâneo se acirra exatamente neste ponto. Enquanto alguns autores – como Adolfo Alvarado Velloso, Juan Montero Aroca e Franco Cipriani – enxergam uma óbvia relação entre a concessão de poderes ao juiz e o apogeu de regimes autoritários na Europa<sup>310</sup>, outros autores – tais como José

---

<sup>309</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidade*. Op. cit., p. 56.

<sup>310</sup> Juan Montero Aroca, por exemplo, é firme ao fixar sua premissa: todos os códigos ou leis editados no século XX que aumentaram os poderes do juiz são frutos de regimes políticos de concepções

Carlos Barbosa Moreira e Joan Picó i Junoy – defendem francamente a sua absoluta desvinculação e a inconsistência de tais relações.

Passamos então a apresentar algumas das principais ideias já professadas a respeito do tema e tentar expressar nosso ponto de vista, antecipando que a questão nos parece estar melhor explicada pelos revisionistas.

José Carlos Barbosa Moreira e Joan Picó i Junoy dedicaram-se a negar a tese de vinculação inflexível dos códigos ao momento político em que são editados e o fizeram através da indicação de uma série de exemplos de leis que aumentam ou contêm os poderes do juiz, elaboradas mundo afora, ora em regimes democráticos, ora em regimes autoritários. Os exemplos são realmente diversos e expressivos, realmente à altura da cultura jurídica dos dois autores.

José Carlos Barbosa Moreira é quem formula as críticas mais agudas, ao tratar do tema em dois planos diferentes, primeiro indicando leis de caráter democrático que foram editadas em regimes políticos autoritários e, em um segundo momento, indicando exemplos de leis processuais que demonstram que nem sempre houve sintonia entre regimes autoritários e reforço dos poderes do juiz. Tudo isso para afirmar, ao final, que

(...) a História aponta exemplos de Estados de Estados autoritários cujas legislações processuais investiam o juiz de poderes amplos, na disciplina da prova e alhures. Isso demonstra somente que nenhum regime político, autoritário ou não, tem exclusividade absoluta nesse âmbito. O reforço dos poderes do órgão judicial é suscetível de conviver com estruturas políticas de cores variáveis, situadas em posições diferentes, quiçá opostas, no espectro político: arbitrário extrair daquele dado ilações categóricas sobre a índole do regime, como se um fosse consequência direta e inexorável do outro<sup>311</sup>.

Também Joan Picó i Junoy se dedica a enfrentar o tema, criticando o uso do termo “liberal” como algo perverso para qualificar leis ou autores, já que a locução

---

autoritárias. E assim afirma fazendo questão de advertir que não se trata de um produto de sua imaginação, mas de um fato. MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 141.

Transcreve-se as palavras do autor: “Pero, sobre todo, hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes del juez han sido dictados – y no será por casualidad – por regímenes políticos autoritarios cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni un sueño producto de la imaginación, es un hecho”.

<sup>311</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O neoprivatismo no processo civil”. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

sugere a existência do seu oposto, ou seja, de autores ou códigos autoritários ou fascistas. Para sustentar a sua ideia, aponta os códigos italiano de 1865 e o napoleônico de 1806 como exemplos de códigos de corte liberal editados respectivamente na Itália e na França em momentos em que vigorava regime político o democrático, assim como os códigos como o francês, depois da reforma de 1975 e as *Federal Rules of Evidence*, nos Estados Unidos da América, do mesmo ano, como exemplos de leis processuais que dilataram os poderes do juiz em países que, nesse determinado momento histórico, não atravessava momento político de exceção ou de fragilidade democrática<sup>312</sup>.

Alguns desses exemplos podem ser explicados por outros fatores. A ação popular, por exemplo, estava prevista na Constituição de 1946, mas foi aperfeiçoada no período da ditadura militar, em especial no governo do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, Presidente da República de abril de 1964 a março de 1967, período em que foi elaborada e aprovada pela Assembleia Constituinte (fevereiro de 1967) a Constituição da República de 1967, carta que legitimou no plano legal o regime de exceção. A Constituição de 1967 trata da ação popular no parágrafo 31 do seu art. 150, inserido no Capítulo IV, intitulado “*Dos Direitos e Garantias Individuais*”<sup>313</sup>. O dispositivo legitima qualquer cidadão a ajuizar medida judicial visando à anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

E por que os militares teriam interesse em implementar e aperfeiçoar um instrumento em sua essência tão democrático? A explicação passa pela desconfiança dos militares em relação às instituições políticas. Segundo a lógica da censura e do rigoroso domínio sócio-político aprendida na Escola Superior de Guerra, era preciso manter essas instituições sob o implacável controle do Estado,

---

<sup>312</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 115-116.

<sup>313</sup> Art. 150 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, a ação popular vinha prevista no parágrafo 38 do art. 141, nos seguintes termos: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

ainda que este controle fosse realizado pelo cidadão, na forma de reivindicações sociais.

Além disso, o período da ditadura militar no Brasil também ficou marcado pela perseguição a juízes que se destacaram por atos de resistência<sup>314</sup>, pela supressão de suas garantias, pela aposentação compulsória de Ministros do Supremo Tribunal Federal *etc.*

Também não serão enfrentados todos os exemplos, um a um, como se fosse o objetivo travar algum embate (muito desigual) com autores por quem nutro verdadeira admiração, em especial pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira, mestre de todos nós e que tanto fez pelo direito processual no Brasil. Mas, para defender a ideia de que existe uma relação, que nos parece evidente, basta recorrer a dois simples argumentos, que nos parecem suficientes para lançar luzes sobre a controvérsia.

Parece evidente que os regimes políticos, especialmente os autoritários e totalitários, tentaram imprimir essa sua feição aos sistemas processuais<sup>315</sup>. Aliás, disso não chegam a discordar os publicistas, aqui invocados na figura de José Carlos Barbosa Moreira<sup>316</sup>.

Outra questão completamente diversa é saber se a ampliação dos poderes probatórios do juiz está vinculada à ascensão de regimes políticos de corte autoritário.

Em primeiro lugar, é preciso ter a exata noção de que muitas das ideias difundidas na Europa na primeira metade do século foram importadas por processualistas latino-americanos pela simples crença de que ali se desenvolvia o

---

<sup>314</sup> São exemplos expressivos os magistrados Osny Duarte Pereira, cassado pelo Ato Institucional n. 1, de 1964, e Márcio de Moraes, que condenou a União pela morte do jornalista Wladimir Herzog, em São Paulo. Confira-se em: MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15.

<sup>315</sup> Não por outra razão, o discurso antiliberal da escola técnico-jurídica preponderou e foi determinante para a elaboração do artigo 27 da Constituição italiana de 1948, que relativizou o princípio da presunção de inocência ao tratar o acusado de forma neutra. Da mesma forma, o sistema processual penal soviético reconhecia expressamente que ao acusado incumbia o ônus de comprovar os fatos que infirmam a pretensão punitiva do Estado. Confira-se a respeito: "Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reu*". In: *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. V, p. 547-553, jan/jun. 2010. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em 04-02-2013.

<sup>316</sup> José Carlos Barbosa Moreira afirma: "afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. Op. cit, p. 88.

que havia de melhor no direito processual do mundo. Na verdade, somos herdeiros da produção legislativa das metrópoles europeias há muito tempo.

Basta ver que as Ordenações do Reino permaneceram em vigor no Brasil até a edição do Código de Processo Civil de 1939, mais de um século depois da nossa independência de Portugal. É bem verdade que reformas foram realizadas e que foi editado o Regulamento n. 737, em 1850, para regular o processo comercial, depois estendido para o processo civil. Mas é igualmente verdade que essas inovações legislativas promoveram alterações de ordem mais formal do que substancial. Não houve uma mudança de política legislativa<sup>317</sup>.

Assim é que o arcabouço das Ordenações do Reino permaneceu sendo utilizado no Brasil, inclusive durante o período em que vigoraram os códigos estaduais – editados de acordo com a dualidade de competência estabelecida pela primeira Constituição da República, de 1891 – que, salvo raras exceções<sup>318</sup>, também não promoveram alterações substanciais no modelo processual até então vigente. Ademais, alguns Estados sequer editaram um código (caso dos Estados de Alagoas, Amazonas, Goiás e Mato Grosso), deixando de fazer uso da prerrogativa constitucional para continuar aplicando o Regulamento n. 737 para o processo civil<sup>319</sup>. Mas não parou por aí a influência do direito processual português. Exemplo eloquente da influência exercida pelo sistema processual de Portugal foi a previsão do despacho saneador no Decreto-lei n. 960<sup>320</sup>, de 1938, e no Código de Processo Civil de 1939.

---

<sup>317</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil”. In: *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 177-180.

<sup>318</sup> Destacaram-se pelo apuro técnico os Códigos de Processo Civil dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Bahia.

<sup>319</sup> Em Alagoas, o Professor Quintela Cavalcanti elaborou um projeto de Código de Processo Civil, em 1925, mas o mesmo não chegou a ser convertido em lei. No Estado de Mato Grosso chegou a ser editada uma “Consolidação do Direito Judiciário do Estado de Mato Grosso”, organizada pelo Desembargador João Beltrão de Andrade Lima. Em 1928, foi apresentado o “Projeto do Código do Processo Civil e Comercial”, de autoria de José Jayme Ferreira de Vasconcellos, que posteriormente veio a ser professor emérito da Faculdade de Direito de Mato Grosso. Porém, também este projeto não se converteu em lei. Confira-se a respeito: Costa, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 6-69.

<sup>320</sup> Moacir Lobo da Costa aponta o Decreto-lei n. 960, de 1938, como o marco legislativo que inaugura no Brasil um sistema baseado na oralidade, na imediação e da identidade da pessoa física do juiz, tal como preconizado por Giuseppe Chiovenda e, àquela altura, já adotado pela cultura dos mais autorizados processualistas europeus. Costa, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. Op. cit., p. 94-95.

Desde então, o direito processual brasileiro vem recebendo o influxo de modelos que – tenham ou não sido criados na Itália – foram incorporados em leis e projetos italianos. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 corresponde, em boa medida, ao Projeto apresentado por Alfredo Buzaid em 1964, em atenção à solicitação do então Ministro da Justiça Oscar Pedroso Horta. Esse Projeto – que só foi sancionado pelo Presidente da República Emílio Garrastazu Médici nove anos depois, quando o Ministro da Justiça era o próprio Alfredo Buzaid – foi fortemente influenciado pela doutrina alemã do final do século XIX e pela italiana da primeira metade do século XX<sup>321-322</sup>.

Dois fatores explicam esse influxo. Em primeiro lugar, porque a própria lei italiana foi inspirada na lei alemã, devido ao trabalho de Giuseppe Chiovenda, grande conhecedor dos escritos processuais daquele país e responsável por fincar as bases de uma escola italiana de direito processual no início do século XX com afinidade notória com os estudos alemães<sup>323</sup>. O segundo fator que merece ser apontado é a vinda de Enrico Tullio Liebman, discípulo direto de Giuseppe Chiovenda na Universidade de Roma, ao Brasil, deixando pra trás os horrores da segunda guerra mundial e da perseguição levada a efeito pelo Partido Fascista italiano. Tendo se instalado em São Paulo, passou a lecionar na Universidade de São Paulo até 1946, formando uma geração de processualistas, inclusive o próprio Alfredo Buzaid, anos depois convidado a elaborar o Projeto do que viria a ser o novo

---

<sup>321</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, maio, ano 35, n. 183. p. 165-194, *passim*.

<sup>322</sup> Também sou levado a concordar com Leonardo Greco quando distingue leis que reforçam ou diminuem a participação do Estado no processo como reflexos da preponderância da autonomia individual ou do paternalismo estatal nas relações privadas, que deita suas raízes na formação cultural de cada povo, e cuja marca no Brasil é educação básica insatisfatória, o baixo grau de associativismo, a desconfiança nos governantes e nas instituições, a dificuldade por parte do cidadão de se mobilizar e mobilizar seus pares em busca de um objetivo comum, enfim, a carência em vários senão todos os sentidos. A intervenção do Estado deve respeitar as margens de liberdade de atuação dos particulares, mas, enquanto essa liberdade não é conquistada, o Estado deve mobilizar forças para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Também por essa razão, adverte o autor sobre as particularidades de países como o Brasil e todos os demais da América Latina frente a países como Inglaterra e Alemanha, em que os espaços de liberdade dos cidadãos são melhor explorados pelo único motivo de que os cidadãos encontram-se em condições de articular as ações necessárias ao alcance dos seus interesses. GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Op. cit., p. 37.

<sup>323</sup> Francesco Carnelutti, reconhecendo os méritos do pensamento jurídico alemão (não apenas o processual), chegou a declarar que se não houvesse existido a escola alemã, não existiria a escola italiana. Confira em: CARNELUTTI, Francesco. “Volvamos al ‘juicio’”. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. 2. ed. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p. 55.



código de processo civil. A influência de Enrico Tullio Liebman para o pensamento processual brasileiro é tão grande que o próprio Alfredo Buzaid proclamou o Código de 1973, gerado a partir de projeto de sua autoria, como “um monumento de glória a Liebman”<sup>324</sup>.

Como se vê, algumas novas ideias e concepções de direito processual surgiram e se difundiram a tal ponto que, passado tanto tempo, não se pode identificar com precisão a sua origem ou nacionalidade. Mas, gozando de prestígio no período em que nasceram e se difundiram, foram capazes de se manter em voga, alimentando gerações sucessivas de processualistas que as aceitaram e cuidaram de promover a sua difusão também, porque aprenderam e lecionaram que determinados os modelos correspondentes a essas ideias eram as mais adequadas.

Em segundo lugar, porque para que se saiba se é correto vincular uma lei processual ao sistema político vigente à época de sua edição, parece não haver fonte melhor do que as exposições de motivos dessas leis e outros dados históricos. Vamos explicar melhor, começando pelo argumento da “importação” dos sistemas processuais europeus.

Na Europa do século XX, surgiram regimes políticos autoritários que, dentre outras práticas realmente nefastas, lograram modificar os parâmetros em que se pautavam as relações sociais, em especial a relação entre o Estado e o cidadão. De acordo com a então nova ordem, as coisas andariam tão melhor quanto maior fosse a participação do Estado nas relações (na economia, na educação, na saúde, nos transportes *etc.*). Sob os albores do nacional socialismo, foi assim construída a autoritária figura do juiz *Führer*, na expressão de Eduardo J. Couture<sup>325</sup>, cuja origem remonta inequivocamente ao código austríaco.

Os códigos editados nessa época – e a doutrina que conferiu arcabouço teórico para a nova sistematização do direito processual – foram compreendidos mundo afora (pelo menos na parte ocidental) como verdadeiras pérolas, porque representavam o sistema processual eleito pelos países em que se deu a mais profícua produção acadêmica no período imediatamente anterior.

Nada mais natural que as ideias e conceitos, então vigentes na metrópole do direito processual, fossem aceitas aqui pela doutrina e encampadas nas leis

---

<sup>324</sup> Grinover, Ada Pellegrini. “L'insegnamento di Enrico Tullio Liebman in Brasile”. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, anno XLI, n. 04, p. 706, ottobre-dicembre, 1986.

<sup>325</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Op. cit., p. 59.

processuais que passaram a ser produzidas. A influência direta da doutrina italiana e portuguesa na América Latina, e da doutrina alemã de forma mais acentuada nos países hispânicos (são diversas as obras seminais produzidas na Alemanha que ganharam traduções para o idioma espanhol) e de forma indireta no Brasil<sup>326</sup>, funcionou como gatilho para que, também em terras americanas, fossem incorporados ao sistema processual institutos que fortaleceram a figura do juiz, como agente do Estado diretamente envolvido no drama dos particulares materializado no processo<sup>327</sup>.

Mas o fenômeno não serve para explicar apenas a feição dos códigos dos países colonizados. A bem da verdade, como enuncia Juan Montero Aroca, a força do código austríaco foi tão grande, e tão profundas as mudanças estabelecidas, que é possível dizer que os códigos produzidos na Europa nos anos que se seguiram têm inspiração na obra de Franz Klein<sup>328</sup>. O texto do código alemão de 1937 era praticamente uma cópia do código austríaco<sup>329</sup>, assim como o era o Projeto de Chiovenda, que não chegou a se tornar lei. Aliás, como noticia Franco Cipriani, o código austríaco chegou a ser aplicado na Itália, especificamente em Trento e

---

<sup>326</sup> Conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira, várias construções teóricas de origem alemã foram difundidas em Portugal e no Brasil, mas quase sempre transmitidas diretamente por autores de outras nacionalidades, sobretudo italianos. No Brasil, salvo honrosas exceções (nas pessoas de Pontes de Miranda, Lopes da Costa e Eduardo Espínola), as obras doutrinárias da primeira metade do século XX não continham menções ou referências a autores alemães – era este o caso de Pedro Batista Martins, autor do Projeto do Código de Processo Civil de 1939. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil”. In: *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 180-181.

<sup>327</sup> A ideia é compartilhada por Adolfo Alvarado Velloso. A esse respeito, destaca-se o seguinte trecho: “Y rápidamente – sin reparar en su origen ideológico-político – el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado en los países más adelantados de Europa, donde se había sido largamente elogiado por la buena doctrina de la época”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 110.

<sup>328</sup> “(...) la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895, que se ha presentado como el ejemplo a imitar en otros países. Por esse caminho seguieron los llamados códigos procesales de los países comunistas, el Código Procesal Civil italiano de 1940, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y diversos códigos de menos influencia, pero en los que se ha asumido una concepción política de la que no siempre se ha explicado su base ideológica”. MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*: los poderes del juez y la oralidade, Op. cit., p. 53.

<sup>329</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 100.

Trieste, no período compreendido entre novembro de 1918 e junho de 1929, antes, portanto, da unificação legislativa italiana<sup>330</sup>.

Daí se extrai que, na verdade, todos os sistemas processuais ocidentais da *civil law* sofreram, em maior ou menor medida, a influência do código austríaco de 1895.

Assim, uma parte da questão é explicada pela difusão dos modelos processuais previstos nos principais sistemas da Europa, em especial Itália, Áustria e Alemanha, verdadeiras metrópoles do direito processual. A “recepção” desses modelos em outros ordenamentos, tais como o brasileiro, responde, em boa medida, pela aceitação de algumas ideias que tiveram origem nesses países.

O passo seguinte consiste em saber se realmente esses sistemas corresponderam intencionalmente à ideologia política dos regimes políticos sob os quais foram editadas, em sinal de fazer com que o juiz representasse no litígio entre particulares o mesmo papel representado pelo Estado na sociedade. Alguns dados históricos auxiliam a compreender como se deu essa dinâmica.

A análise indica que existe essa relação. Aliás, essa vinculação foi captada inclusive por Mauro Cappelletti, cujas propostas para o processo não permitiriam seu enquadramento como um revisionista<sup>331</sup>, ou privatista, como preferem alguns. Com efeito, Mauro Cappelletti já assinalava que

(...) o movimento até a afirmação de um papel mais ativo do juiz na direção do processo reflete, na alteração, a crescente exigência de intervenções públicas na economia e, em geral, na vida privada, o que é justamente um típico elemento da época contemporânea<sup>332</sup>.

Analisando-se passagens das exposições de motivos de alguns dos principais códigos do século XX, encontra-se a vinculação do regime político então vigente

---

<sup>330</sup> CIPRIANI, Frano. *Nel centenario del Regolamento di Klein* (il processo civile tra libertà e autorità). Op. cit., p. 997.

<sup>331</sup> A afirmação é feita puramente com base na nossa percepção extraída da obra do Professor Mauro Cappelletti sobre sociedade e direito processual. Como a polêmica entre publicistas e revisionistas se acirrou no novo século, não temos conhecimento de obra em que o autor (falecido em 2004) tenha se posicionado expressamente a respeito do tema.

<sup>332</sup> E continua o à época Professor de Florença: “Bem poder-se-ia dizer, na verdade, que o clamoroso conflito que reemerge entre um sistema dispositivo contencioso (adversarial) e um sistema inquisitório de processo, não é outra coisa senão um aspecto do grande desafio da nossa época: o de conciliar a liberdade privada individual com a justiça social”. CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil: reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental*. Op. cit., p. 366-367.

com o aumento dos poderes do magistrado, quase sempre acompanhado de explicações que passavam pela necessidade de se ter um Judiciário fiel aos princípios do Estado. Não abordaremos, até por não ser o propósito deste trabalho, todos os ordenamentos conhecidos da família da *civil law*. Interessa, sobretudo, passar em revista aqueles que ganharam destaque e exerceram influência sobre a legislação de outros países e sobre o pensamento processual de ontem e de hoje.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, lavrada por Francisco Campos em pleno Estado Novo, deixa claro que se trata de um marco legislativo no que diz respeito à participação do juiz no processo, fazendo expressa alusão à necessidade de libertar o processo dos considerados *princípios privatistas*, aumentando a importância do magistrado em todo o procedimento. O magistrado deixa de ser o agente que zela pela observância formal das regras processuais para assumir o papel de principal articulador, como forma de viabilizar a descoberta da verdade<sup>333</sup>.

A exposição de motivos do Código brasileiro de 1939, embora conhecido o fato de que veio à lume em período de fragilidade democrática e que tenha sido lavrada por Francisco Campos, então Ministro da Justiça de notável afinidade com os regimes autoritários europeus<sup>334</sup>, não vincula esse alargamento da participação

---

<sup>333</sup> “O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a 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 necessária ao conhecimento da verdade”.

<sup>334</sup> Francisco Campos foi Ministro da Justiça do Estado Novo, cargo que ocupou entre 1937 e 1942, Nessa função, realizou ampla reforma nas instituições jurídicas, tendo participado direta ou indiretamente da elaboração do Código de Processo Civil, do Código Penal, da Lei de Sociedade por Ações, da Lei de Fronteiras, da Lei de Sociedade Anônima, da Lei de Nacionalidades, da Lei Orgânica dos Estados, da Lei do Júri, do Código de Processo Penal, da Lei das Contravenções Penais e da reorganização dos Tribunais. Sob várias formas, mostrou-se serviente a princípios como o elogio da autoridade e do conservadorismo, bem como professor o anticomunismo extremado, a defesa da ordem, da segurança, das elites e de um Estado tutelar e intervencionista. A biografia de Francisco Campos carrega duas marcas indeléveis: a de redator da Constituição de 1937 (a Carta Polaca) e do Ato Institucional n. 1, de 1964 – momentos de golpe de Estado no Brasil. Ver a respeito em: MEDEIROS, Jarbas. Ideologia autoritária no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1978.

judicial à suposta necessidade de se aumentar a participação do próprio Estado na relações sociais, mesmo as travadas entre particulares<sup>335</sup>.

O Código de Processo Civil até hoje em vigor, conhecido como Código Buzaid, foi projetado por Alfredo Buzaid que, a par de seu inegável brilho intelectual, também foi duramente criticado por manter relações com o governo militar, quando foi Ministro da Justiça no período compreendido entre 1969 e 1974 (período em que o código que projetara anos antes foi enfim sancionado e entrou em vigor) e, ainda, nomeado para ocupar vaga no Supremo Tribunal Federal, já no ano de 1982.

Não quero aqui criticar o homem que viveu as ideias de seu tempo, mas com isso se demonstra como o direito processual mantinha – como sempre manteve – relação mais do que direta com a ideologia política dominante. Exatamente por essa razão, o código de processo civil mantém as bases ideológicas do código de 1939, também sancionado em regime de exceção<sup>336</sup>.

Em outros códigos, essa relação ficou mais clara. São exemplos realmente expressivos os códigos italianos do período fascista e o soviético, em que se revela mais clara a intenção de vincular o protagonismo judicial no processo civil à tentativa de por as relações estabelecidas entre os cidadãos sob o controle do Estado, aumentando o seu protagonismo no jogo político e social. Na Alemanha sob o comando do Partido Nazista também, embora não sejam relevantes as alterações implementadas no sistema processual, são conhecidas as manobras levadas a efeito para enfraquecer o Poder Judiciário frente aos interesses do Estado.

---

<sup>335</sup> De fato, ali não se encontra presente essa justificativa. Pelo contrário, Francisco Campos, nesta mesma exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, sustentava que “nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos”. Nada obstante, o mesmo Francisco Campos se expressou de forma diferente em outro trabalho de sua lavra (“A reforma do processo civil”, in *Processo oral*, Rio de Janeiro, 1940, p. 188, ao afirmar que a opção pela nova sistemática era “uma consequência necessária do regime instaurado em 10 de novembro”, e ainda que o então novo código exprimia uma “tendência vital” do novo regime. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. Op. cit., p. 183, em nota de rodapé. Ao nosso modo de enxergar o que se passou, se realmente não houvesse vinculação entre a ideologia política dominante e a atribuição de poderes ao magistrado no processo civil, não haveria sequer necessidade de serem usadas palavras justificar a reforma ou negar com veemência a suposta ausência de relação.

<sup>336</sup> Pedro Miranda de Oliveira, ao contrário, defende que o Código de Processo Civil de 1973 ainda estava amarrado à concepção liberal de processo. Ainda segundo o autor, a situação só teria se alterado com as sucessivas reformas implementadas a partir dos anos 90, que teriam aumentado os poderes do juiz. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo”. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 69, p. 106-108, dez. 2008.

Na Itália, o *Codice de Procedura Civile* foi publicado na *Gazzetta Ufficiale* italiana em 28 de outubro de 1940 – exatamente no décimo oitavo aniversário da marcha sobre Roma, evento que ilustra bem a ascensão do Partido Nacional Fascista e a nomeação de Benito Mussolini como chefe de governo – e entrou em vigor em 21 de abril de 1942, data de fundação de Roma. Como se vê, as datas não foram casuais, mas cuidadosamente escolhidas pelos representantes do Estado, o que só reforça a conotação política de que se revestiu a edição do então novo código de processo civil.

Ainda a respeito da lei processual italiana, que veio a lume no início dos anos 40 do século passado, cabe dizer que teve a figura do juiz instrutor como seu ponto cardinal<sup>337</sup> (juiz que tinha contato com as provas e com as partes e que compunha o colegiado responsável por julgar o caso) em contraposição ao código de 1865, no qual prevalecia o elemento privatista sobre o publicista<sup>338</sup>. Com efeito, no código de 1940, “fruto imperfeito” da escola italiana de Giuseppe Chiovenda<sup>339</sup>, se observa uma inversão dessa ordem de predominância ao deixar sob o controle do juiz o tempo do processo, dotando o agente estatal de poderes sancionatórios em razão da inatividade das partes. Também os poderes instrutórios do juiz foram aumentados, conquanto mantido o princípio geral de disponibilidade da prova, abrindo espaço para sua participação direta na fixação da matéria a ser decidida e no objeto de prova<sup>340</sup>. Também a arquitetura do código deixa clara a inversão: o livro primeiro do código não se inicia com o princípio da demanda (forma mais usual até então), mas com a disciplina da jurisdição e da competência.

---

<sup>337</sup> CIPRIANI, Franco. “Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, n. 2, p. 543, 1996.

<sup>338</sup> PISANI, Andrea Proto. *Pubblico e privato nel processo civile*. Op. cit., p. 286-287. Segundo o autor, o sistema processual forjado pelo código de 1865 deixava ao poder das partes não só o monopólio sobre a respeito da propositura da demanda, mas também relativas ao controle do tempo do processo e da prova. O juiz, por sua vez, não detinha poderes para colaborar com as partes para a determinação do thema decidendum e do thema probandum.

<sup>339</sup> A expressão “fruto imperfeito” é tomada do estudo de Giulio Ubertis. UBERTIS, Giulio. “Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale”. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, gennaio-marzo, anno L, p. 16-30. Também Mauro Cappelletti é preciso ao sustentar que, muito embora o código italiano tenha encampado em alguma medida os conceitos de oralidade e mediação, não o fez na intensidade com os propósitos propugnados por Chiovenda. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil italiano no quadro da contraposição 'civil law'-'common law'*: apontamentos histórico-comparativos, Op. cit., p. 147.

<sup>340</sup> PISANI, Andrea Proto. *Pubblico e privato nel processo civile*. Op. cit., p. 289.

De acordo com Franco Cipriani, o código tratou de ampliar os poderes discricionários do juiz de um modo geral e reduziu o rol de garantias das partes, forte na ideia de que um ato processual não seria o efeito de um direito das partes, mas da discricionariedade do juiz – não à toa, foi violentíssima a reação dos advogados italianos (como já havia sido na Áustria por conta do código de Franz Klein), o que ensejou uma extensa reforma em 1950. O que era exceção virou regra e o juiz foi levado ao altar e apresentado como solução para todos os problemas<sup>341</sup>.

Aliás, a índole do código já estava expressa nas *Relazione al Re*, de autoria de Piero Calamandrei, a convite do Ministro Dino Grandi, para explicar o resultado do projeto de Arrigo Solmi, que dispunha que o código deveria servir

(...) soprattutto alla tutela di un altissimo interesse pubblico, che è essenziale alla vita dello Stato fascista, il quale, coisi nei rapporti social, come nei rapporti giuridici, vuole essere uno Stato di giustizia”, o que seria possível através de “l’intervento attivo e fattivo del giudice nel processo civile: il giudice è l’organo al qual elo Stato affida la realizzazione del suo fine de reintegrare il diritto; egli quindi deve avere nel processo uma posizione preminente, deve veramente dirigere la procedura, seguirne lo svolgimento, viver ela vita del processo.

Na Alemanha nazista, sob a vigência do código de processo de 1937, se tornaram conhecidas as “orientações” do Estado aos juízes da nação, em documentos como as chamadas “Cartas aos Juízes”, nos quais o Estado deixava muito claro que os magistrados eram vistos como “auxiliares diretos na condução do Estado”, advertidos que, se necessário, deveriam se “libertar da escravidão da literalidade do direito positivo”<sup>342</sup>.

O estímulo a julgamentos não baseados na lei, bem como o alerta de que os juízes eram vistos pelos então detentores do poder como parceiros na “condução do Estado”, além da abolição da garantia da inamovibilidade dos magistrados, são elementos mais do que suficientes para deixar clara a falta de independência da justiça alemã no período. Fica em evidência que de fato o Estado tinha a pretensão de controlar o sistema e, no processo, representado pelos juízes, de interferir nas

<sup>341</sup> CIPRIANI, Franco. “Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell’art. 187, 3º comma, c.p.c.)”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, anno XLIX, n. 1, p. 33-36, gennaio-marzo, 1994.

<sup>342</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Op. cit., p. 197.

relações privadas. A ampla concessão de poderes ao juiz alemão está alicerçada nessa deturpada concepção de relação entre Estado e cidadãos.

Outros fatores evidenciam a relação que se estabeleceu entre o regime político e o processo, tal como a influência do partido nazista na organização judiciária, a condução de Hitler ao cargo de Grande Senhor Superior da Justiça (do que decorria a imposição de que os juízes considerassem a vontade do Führer como sua lei suprema, sob pena de sanções disciplinares<sup>343</sup>), a supressão do princípio da *non reformatio in peius*, a abolição da coisa julgada *etc*<sup>344</sup>. Também não parece ter sido por outro o motivo pelo qual na Alemanha nazista chegou a ser proposta a eliminação do contraditório e a transformação de toda a justiça civil em jurisdição voluntária<sup>345</sup>.

E assim também os regimes políticos autoritários e totalitários de esquerda, como se denota da referência à legislação soviética. Com efeito, o sistema processual soviético estava centrado na figura do juiz dotado de super poderes para descobrir a verdade, podendo, inclusive, investigar outros fatos, além dos alegados pelas partes, em verdadeira negação do princípio dispositivo – não por outra razão é que, mais recentemente, foram justamente parlamentares socialistas que defenderam a emenda 321 na *Ley de Enjuiciamiento Civil* na Espanha, para alterar a redação do art. 429.1<sup>346-347</sup>.

---

<sup>343</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 82.

<sup>344</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 100-101.

<sup>345</sup> GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543. No mesmo sentido: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e poder*. Op. cit., p. 140.

<sup>346</sup> Artículo 429 da Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha: “Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

<sup>347</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Op. cit., p. 124.



A lei processual civil da União Soviética revelou de forma mais escancarada a mutação do princípio dispositivo, praticamente desprezado no sistema. A lei aprovada em 1979 também foi inspirada no ordenamento processual austríaco e levou às últimas consequências a ideia de dotar o juiz de poderes para investigar a verdade, mesmo em detrimento do interesse das partes envolvidas.

O art. 16, por exemplo, estabelecia que os tribunais poderiam adotar todas as medidas indicadas pela lei para esclarecer do modo mais completo possível as circunstâncias reais do processo, sem que houvesse limitação pelos fatos e alegações trazidas pelas partes<sup>348</sup>.

De um modo geral, todos os países da “cortina de ferro” também sofreram com a ausência de garantias dos magistrados. Os ordenamentos dos países socialistas contemplavam a possibilidade de remoção antecipada dos magistrados do exercício de suas funções com base em avaliações discricionárias. Não era incomum que os juízes, para garantir alguma estabilidade, aceitassem sem ressalvas as sugestões e recomendações dos integrantes do órgão administrativo local, o que denota de forma assombrosa a fragilidade da sua independência<sup>349</sup>. O Judiciário era enxergado como instrumento de apoio ao regime socialista, compreendido como um braço do Estado para alcançar os seus próprios fins. A ideologia socialista servia como fonte interpretativa das leis e os tribunais eram estimulados a agir de ofício para quebrar as relações de poder entre os litigantes, desprezando o princípio dispositivo inclusive para dar início a um processo<sup>350</sup>.

Os regimes socialistas se caracterizaram pela redução drástica das liberdades individuais, com um processo civil marcado pela busca frenética da “verdade real” e pela ampliação dos poderes judiciais em matéria probatória, inclusive admitindo provas obtidas ilicitamente<sup>351</sup>. Não à toa, esses modelos

---

<sup>348</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 107-108.

<sup>349</sup> MAZZA, Mauro. “Le garanzie del potere giudiziario nell’evoluzione degli ordinamenti ex socialisti”. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, 1995, aprile-giugno, ano 50, n. 2, p. 542. O autor dá notícia sobre o expediente curiosamente conhecido nesses países como “direito telefônico”, em razão dos constantes telefonemas feitos para interpelar os magistrados.

<sup>350</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Op. cit., p. 216-220.

<sup>351</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 109.

processuais atribuíram pouquíssimo valor à coisa julgada<sup>352</sup>, admitindo muitas hipóteses de rescisão, em nome de um interesse superior pela busca da verdade e da justiça das decisões e atendendo à lógica autoritária de conferir pouco prestígio aos direitos e garantias dos cidadãos (afinal, a imutabilidade do conteúdo de uma decisão não deixa de ser uma garantia) e de permitir ao Estado se imiscuir nas relações, mesmo que fosse para rever decisões ditadas por ele próprio.

Mas não só na Alemanha, na Itália e na União Soviética ou em qualquer outro local que tenha se notabilizado por experimentar regime de governo não democrático no século XX. De um modo geral, é possível afirmar que o Poder Executivo sempre conduziu suas relações com o Judiciário de modo a tê-lo sob seu controle. Em alguns períodos históricos, essa vocação autoritária na relação com o Judiciário ficou mais evidente, em outras menos<sup>353</sup>. É bem possível também que o incremento dos poderes do juiz na direção formal e material do processo tenha sido mal compreendida originalmente, porque não tenha surtido o efeito desejado de colocar o Estado em posição que o permitisse interferir nas relações privadas dos cidadãos – talvez pela própria impropriedade do meio.

Se de um lado parece claro que o aumento dos poderes do juiz correspondeu, no microcosmo do direito processual, a uma tendência universal de avanço do Estado sobre áreas e relações que até então não lhe eram próprias, mediante o aumento e do poder dos seus agentes, é também indubitável que o aumento dos poderes reservados ao juiz correspondeu ao remédio para a generalizada insatisfação, já presente naquele período, para tornar o processo um instrumento de resolução de conflitos dotado de maior rapidez. Segundo autorizada fonte, ainda no século XVII se multiplicavam estudos dando notícia das chamadas *lites immortales*<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Op. cit., p. 216-228.

<sup>353</sup> “Com efeito, tradicionalmente, o poder executivo nunca renunciou, em absoluto, a pretender controlar o poder judicial. Embora, no plano institucional, não tenha feito nem faça, em regra, uma interferência directa nas suas funções. Mas, no fundo, reduzindo e reconduzindo a independência ao mero acto de proferir a sentença e em matérias em que o Estado não seja colocado em causa, acaba por atingir-se o mesmo objectivo. Como se não houvesse independência aquém e além daquele acto e ela não possa e não tenha influência no acto de proferir a decisão final”. MARTINS, António. “A sociedade portuguesa quer a independência dos seus juizes?”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 319.

<sup>354</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Op. cit., p. 59.

A revolução do processo, levada a efeito na virada do século e que possui autores e marcos legislativos muito bem definidos, trouxe não apenas o alargamento dos poderes do juiz, mas também técnicas – alçadas à condição de princípios – como a imediação e a oralidade. Constataram os pensadores desse período que a concepção do processo como “coisa das partes” poderia ser uma das causas da sua morosa tramitação.

A lógica aqui talvez não tenha sido a de incrementar poderes dos agentes estatais para permitir a interferência do Estado nas relações privadas. Provavelmente, a mentalidade autoritária fez com o processo aquilo que fez com todas as demais atividades. Ora, a lógica autoritária consiste no monopólio do Estado sobre tudo. Autoritarismo é o contrário de liberalismo. Se para a ideologia liberal as coisas andam tão melhor quanto menor for a interferência do Estado – como no conhecido exemplo da mão invisível de Adam Smith para a economia – a ideologia autoritária diz exatamente o contrário: quanto maior a esfera de atuação do Estado, maiores serão os benefícios.

No processo, já se havia instalado uma insatisfação no que diz respeito à sua demora e incapacidade de produção de resultados justos. Dentro da lógica autoritária, colocar o sistema processual sob o controle do Estado seria a solução para os males do sistema. É a crença de que somente as ações conduzidas pela mão firme do Estado são capazes de proporcionar efeitos positivos<sup>355</sup>. Mas como colocar o processo nas mãos do Estado? O processo não atende à mesma lógica da economia, área em que o Estado autoritário criou formas de regulamentar, fiscalizar e mesmo impedir determinadas operações. No processo, a implementação da lógica autoritária passou pela concessão de poderes mais amplo ao juiz, seu representante por excelência nos litígios.

Não é irrelevante, para este fim, constatar que Adolf Wach considerava exitosa a experiência do novo código alemão em fins do século XIX, êxito que atribuía aos números levantados à época, que supostamente demonstravam que os conflitos passaram a ser dirimidos com celeridade sensivelmente maior sob a égide do Código de 1877. Também Franz Klein se orgulhava dos primeiros resultados

---

<sup>355</sup> “O direito processual, em suma, pode ser considerado, em certo sentido, como um espelho no qual, com extrema fidelidade, refletem-se os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico”. BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz*. Op. cit., p. 111.

apresentados pelo código austríaco de 1895, afirmando que a finalidade estava sendo alcançada porque o processo havia se tornado mais simples, econômico, rápido e acessível aos pobres<sup>356</sup>. Também não é irrelevante dizer que Franz Klein considerava o processo um “mal social”, perda de tempo e de dinheiro, fomento de ódio e de ira e fonte de indisponibilidade de bens, no que seria prejudicial para a economia nacional, enfim, uma “ferida social”, que demandava uma solução rápida, simples e pouco custosa<sup>357</sup>.

A linguagem escrita cedeu parte do seu espaço para a palavra oral. O juiz, acostumado a julgar em sua torre de marfim pela análise de papéis, é chamado a interagir com os cidadãos e funcionar como diretor, o timoneiro, dividir a mesma sala, ouvir os advogados, enfim, se fazer presente no momento apoteótico do processo, a audiência, momento em que, se possível, deveria ser proferida a sentença. A imediação e a oralidade surgiram então como instrumentos necessários para que a fase probatória fosse concentrada em praticamente um único ato. Se o juiz não julga mais de sua torre, distante e insensível ao drama humano, uma vez que os atos passaram a ser praticados na sua presença e – mais importante – em razão da sua presença, realmente não faria sentido manter o juiz um boneco de cera, um ser inanimado impedido de interagir.

Compreende-se assim que a atribuição de mais poderes ao juiz tenha sido compreendida no final do século XIX em razão das demandas por celeridade processual, inserida na lógica de que o serviço é o melhor prestado quando colocado sob o controle do Estado. De acordo com prestigiado autor, o código austro-húngaro de Franz Klein veio para atender a uma necessidade de combater os males que assolavam o sistema processual, visto como perda de tempo, fonte de inútil dispêndio de recursos e de indisponibilidade de bens litigiosos, fomento de iras e paixões<sup>358</sup>. Mas, nos anos que se seguiram, parece inegável que o incremento de poderes do juiz foi compreendido como instrumento de reforço da participação do

---

<sup>356</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil: Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental*. Op. cit., p. 324.

<sup>357</sup> CIPRIANI, Franco. *Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)*. Op. cit., p. 972. Sobre as assertivas de Klein, Cipriani apresenta sua discordância ao dizer que não é o processo que faz o homem entrar em litígio, mas sim a vida. O processo é o método de solução desses litígios de que se serve o homem para que a justiça seja feita (idem, p. 977).

<sup>358</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 96.

Estado nas relações sociais. O mesmo autor salienta que outra situação que ensejou a elaboração de famoso código de 1895 foi a necessidade de sufocar as forças liberais que começavam a se insinuar contra o império à época<sup>359</sup>.

Funcionando ou não desta forma, a verdade é que o Estado parece ter compreendido essa técnica processual como algo que poderia ser utilizado a seu favor, em sintonia com seus interesses, ainda que a justificativa primeira pudesse ser a necessidade de imprimir mais celeridade e manter o procedimento sob o controle dos agentes públicos.

### 3.5.3 A mutação

A noção de que o juiz pode ou deve produzir provas de ofício decorre inequivocamente de um abrandamento do princípio dispositivo. Da mesma forma, identificamos na mutação do princípio dispositivo a origem do processo de mutação por que passou o próprio princípio da imparcialidade.

A vedação à produção de provas de ofício, modelo vigente no século XIX em praticamente todos os sistemas processuais ocidentais conhecidos, era defendida em razão da necessidade de preservação da livre disposição das partes sobre os seus direitos. O princípio dispositivo assim se manifestou no processo como projeção da liberdade que os cidadãos gozam para dispor dos seus direitos materiais. Essa projeção é bem compreendida quando se lembra que o direito processual, em sua fase inicial, era entendido como apêndice do direito civil.

A ciência processual tornou-se autônoma graças à contribuição de célebres juristas em meados do século XIX<sup>360</sup>, que através de suas reflexões alcançaram a ideia de que se trata de fenômenos absolutamente distintos, especialmente porque diferentes são os sujeitos da relação e o objeto (o objeto do direito material seria o próprio bem da vida, enquanto o objeto imediato do direito de ação seria a providencia jurisdicional invocada). O importante aqui é notar que o direito de ação

---

<sup>359</sup> ALVARADO VELLOSO, op. cit., nota 358, p. 96.

<sup>360</sup> Importante fazer referência à tão famosa quanto polêmica divergência que se travou entre Bernard Windscheid e Theodor Muther acerca do direito de ação e sua origem romana, bem como à obra tida como certidão de nascimento da ciência processual, A teoria dos pressupostos processuais e as exceções dilatórias, de Oskar von Bülow.

até então era compreendido como o próprio direito material “armado para a guerra”, em “posição de combate”, ou seja, o direito de ação se confundia com o direito material e essa circunstância foi responsável pela noção que se difundia a respeito da reduzida participação do juiz no processo, espelho da ideologia liberal individualista da época.

Mas essa separação foi responsável por traumas indelévels para a ciência processual. Ao deixar a categoria de direito privado para a de direito público, a ciência processual sofreu uma “espécie de mutação genética”, um processo que não pode ser considerado indolor, especialmente porque levado a efeito em tempos que essa dicotomia público-privado era forte a ponto de não permitir que um determinado segmento do direito pudesse se desenvolver se não estivesse primeiramente bem enquadrada em uma dessas duas categorias<sup>361</sup>. Ao integrar o direito público, o direito processual recepcionou a lógica dessa categoria, incorporou a ideia de interesse público e deixou pra trás os princípios e institutos de direito privado e a ideia de processo como “coisa das partes”<sup>362</sup>. Passou então a ser pensado como método de resolução de controvérsias que se desenvolve e termina unicamente no interesse do Estado, quando isso não é verdade.

É claro que o Estado e a comunidade possuem interesse genérico na resolução justa das causas, mas o resultado de um caso concreto interessa principalmente às partes envolvidas, àqueles que terão suas esferas de interesses atingidas pelo ato de poder. Na forma como alguns autores sustentam, o direito processual talvez estivesse melhor enquadrado em uma categoria intermediária entre o público e o privado – como aliás já havia sugerido Giuseppe Chiovenda em suas *Istituzioni* em uma época em que essa ideia soava como heresia, mas que hoje não seria de todo infundada – para que fosse melhor compreendida e aceita uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual”. In: *Civil Procedure Review*. v. 1, n.2, p. 54-55,, julho-set.,2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>. Acesso em 16-02-2013.

<sup>362</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil italiano no quadro da contraposição 'civil law'-'common law'*: apontamentos histórico-comparativos. Op. cit., p. 143.

<sup>363</sup> CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*. Op. cit., p. 55.

Enfim, o que era sagrado foi relegado a um segundo plano, a uma mera opção técnica. Mais modernamente, o princípio dispositivo é mencionado pela maior parte da doutrina unicamente para explicar a ideia de inércia da jurisdição ou de adstrição da sentença ao pedido. Com efeito, é comum o princípio dispositivo ser associado aos conhecidos aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium*.

Mas o princípio dispositivo vai muito além. Como bem explica Juan Montero Aroca, há uma divergência em relação à correta compreensão do princípio dispositivo, porque são confundidos dois princípios diferentes, embora complementares: o *princípio dispositivo em sentido estrito* e o que chamou de *princípio da aportación de parte*. O princípio dispositivo em sentido estrito se refere à disponibilidade que as partes têm sobre seus interesses privados e a conveniência de recorrer ou não ao Judiciário como forma de obter a sua proteção. O segundo está relacionado à exclusividade das partes de trazer para o processo os fatos e os meios de prova<sup>364</sup>. Modernamente, o princípio dispositivo é interpretado apenas nessa sua primeira feição. São comuns as lições que apregoam a possibilidade – e inclusive a necessidade – de que o juiz possa se valer de meios de prova e considerar fatos que não foram indicados pelas partes.

Aqui é possível sentir o dedo da intervenção da ideologia de autores francamente adeptos de ideologias socialistas<sup>365</sup>. Bem por isso a doutrina do século XX que se dedicou a estudar o princípio, dispositivo e a imparcialidade forjaram uma

---

<sup>364</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Op. cit., p. 63.

<sup>365</sup> Como é o caso de Mauro Cappelletti que, em diversas passagens de alguns de seus principais estudos, critica o que chama de “sistema burguês” e deixa claro que o juiz inerte, cuja postura no processo seria amparada pela “máscara da imparcialidade”, estaria na verdade a serviço da classe economicamente dominante, contribuindo ao seu modo para a manutenção do statu quo. É o que se compreende da seguinte passagem, por exemplo: “La Verhandlungsmaxime es considerada sin más como la expresión más directa de um proceso ‘burgués’, y, como tal, abiertamente combatida y renegada. En base a aquella máxima, el juez, como órgano de un ‘estado capitalista’, tendría el cometido de tutelar los característicos instrumentos de producción del sistema burgués, o sea la propiedad privada y la libre concurrencia, pero sin poder penetrar en el denominado ‘libre juego de las fuerzas’ o sea en el reino de quién es económicamente el más fuerte. La pasividad del juez, que se oculta tras la máscara de la imparcialidad, sería precisamente explicable solo como instrumento puesto al servicio de la clase capitalista dominante, y en particular, del individuo económicamente privilegiado el cual, estando en situación de preparar más cuidadosamente el proceso y de asegurarse los mejores defensores y en general de suportare sin dificultad el gravamen de las costas judiciales, etc., terminaría por transformar la justicia misma en un medio de exploración”. CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. In: *Colección ciencia del proceso*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 50.

construção teórica muito ao gosto da ideologia socialista. Afinal, era preciso justificar no plano teórico o juiz paternalista, sempre disposto a assistir a parte teoricamente mais fraca.

Como se vê, há razões contundentes para que se encare com reservas a evolução das ideias que resultou no abrandamento do princípio dispositivo. Essa “perda de força” do princípio não está bem explicada pela doutrina. A produção acadêmica que confere suporte para o princípio dispositivo como mera regra técnica, sujeita à conveniência do legislador processual, assume como premissa que o princípio dispositivo não se aplica à indicação das provas, mas não nos parece que a tese goze de uma consistência lógica ou teórica.

A bem da verdade, tudo leva a crer que a produção acadêmica de então tratou de criar as bases teóricas para uma mudança que já se havia implementado no plano legislativo, especialmente com os códigos alemão e austríaco, de 1877 e 1895, respectivamente, bem como a influência que exerceram sobre as demais produções na Europa no início do século XX.

Em determinado momento da história – porque já ultrapassada a fase de desconfiança em relação aos agentes públicos, marca dos primeiros anos que se seguiram à revolução liberal burguesa – os sistemas processuais passaram a prestigiar a figura do juiz, que assumiu então a figura de um ente solipsista, capaz de apreender toda a verdade do discurso das partes, o que se obteve através do reforço dos seus poderes<sup>366</sup>. O princípio dispositivo foi então moldado para que sua estrutura teórica não se chocasse com as premissas do novo modelo que se queria ver inteiramente implementado.

Obviamente, o conteúdo do princípio dispositivo é também mutável, como sói acontecer com todos os princípios. Mas parece claro que a sua revisão atendeu à necessidade de construção de um colchão teórico que garantisse o suporte técnico para o modelo baseado na figura do juiz como personagem processual capaz de alcançar a verdade e, com base nela, distribuir justiça entre os homens. O princípio

---

<sup>366</sup> “Assim, há algo em comum no inquisitivismo, no instrumentalismo e nas correntes caudatárias da ‘viragem’ promovida pela Wertungsjurisprudenz: a aposta no protagonismo judicial, que por sua vez é sustentado por fenômenos com nomes diferentes, mas que significam, no imaginário dos juristas, a mesma coisa: o livre convencimento e a capacidade de buscar/alcançar a verdade real”. STRECK, Lenio Luiz. “O que é isto – a verdade real?: uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 921, v. 101, p. 383, jul. 2012.



dispositivo deixou de ser compreendido como regra sagrada para se tornar regra técnica, que pode ser limitada de acordo com razões de conveniência<sup>367</sup>.

A reboque, o princípio da imparcialidade passou a ser reinterpretado porque ganhou força a figura do juiz ativo que sai em busca da verdade material. Iniciou-se então verdadeira campanha para defender a atribuição de poderes probatórios ao juiz porque sua imparcialidade não seria afetada. Como se vê, uma espécie de explicação tautológica que pouco ou nada fala da imparcialidade, porque está focada na construção de uma teoria que viabilize a designação de provas pelo juiz, apontando com muita ênfase as suas vantagens, mas deixando de indicar em que medida outras garantias ficam comprometidas.

### **3.6 A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O entendimento que vem sendo expresso a respeito da imparcialidade pelas cortes supranacionais, especialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é notoriamente mais amplo do que o entendimento sufragado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

Com efeito, segundo entendem essas cortes supranacionais – no que, aliás, dá excelente exemplo – a recusa do julgador prescinde de prova cabal da sua parcialidade.

Isso porque o que está em jogo é a credibilidade do Judiciário perante os cidadãos. Essa credibilidade fica inquinada sempre que um julgador não fornece garantias para os litigantes de que está de fato agindo de forma imparcial. Por tal

---

<sup>367</sup> A mutação do princípio dispositivo fica evidente no estudo de Mario Masciotra: “pretender que el principio dispositivo se halla cristalizado en el tiempo, absolutamente inmutable, implica adoptar una posición inmovilista que, so capa de un riguroso ‘garantismo’, priva al pronunciamiento judicial de lo nuclear de su axiología: privilegiar el acceso a la verdad y con ella, la justicia concreto en el caso”. MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Op. cit., p. 16. No mesmo estudo, o autor sustenta que “la moderna concepción de proceso implica que éste se lleva a cabo en interés público y tiende a un resultado de justicia y por ello, la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte; el principio dispositivo es nada más que una directriz de conveniencia que puede ser limitado” (idem, p. 116).

razão, o standard de valoração está no plano da mera suspeita de parcialidade que, se considerada *fundada*, dará ensejo ao afastamento do julgador<sup>368</sup>.

Assim é que a Corte Europeia de Direitos Humanos distinguiu dois perfis da imparcialidade, um subjetivo e outro objetivo. O primeiro diz respeito ao foro interior do magistrado e deve ser presumida até prova em sentido contrário. Com relação ao perfil objetivo da imparcialidade, devem ser consideradas as condições exteriores, a simples aparência, servindo como critério se a conduta do magistrado põe em dúvida a sua imparcialidade<sup>369</sup>.

*Mutatis mutandis*, serve como analogia o princípio do *in dubio pro reu*. No processo penal, se houver dúvidas acerca da culpa do acusado, da sua autoria ou da materialidade do crime, a denúncia deve ser julgada improcedente. No que diz respeito à imparcialidade, se houver dúvida sobre a imparcialidade do julgador em um caso concreto e se essa dúvida for justificada – ou seja, for algo mais do que uma mera suspeita personalíssima do acusado ou de seu patrono – ele deve ser considerado parcial e, portanto, recusado.

O fenômeno é interessantíssimo. A simples aparência aferida por um observador neutro (“fair minded”, na expressão utilizada pelo direito inglês) é capaz de gerar efeitos processuais relevantes, como o afastamento do juiz natural. Tal é a importância que o direito atribuir à aparência.

O julgamento do caso *Piersack v. Bélgica*<sup>370</sup>, ocorrido em 1º de outubro de 1982, cuidou da análise de demanda intentada pelo Sr. Piersack, acusado de homicídio, processado e condenado pela Corte de Brabant Assize. O juiz que presidiu a Corte quando da condenação, o Sr. Van de Walle, havia trabalhado na “Procuradoria do Rei” de Bruxelas até 1977, justamente no departamento responsável por casos envolvendo crimes contra a pessoa, mesmo departamento responsável pela acusação do Sr. Piersack. Na ocasião, o Sr. Van der Walle era o

---

<sup>368</sup> FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. “Direito fundamental a um processo justo e standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial”. In: *Revista de estudos criminais*. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, ano X, n. 3, p. 121, 2010.

<sup>369</sup> UBERTIS, Giulio. *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*. Op. cit., p. 17. De acordo com o autor “poiché si trova in gioco la stessa fiducia che gli organi giurisdizionali devono ispirare nei cittadini e, soprattutto, nell'accusato, occorre valutare se le preoccupazioni del recorrente siano oggettivamente giustificate”.

<sup>370</sup> Application n. 8692/79, julgado unânime em 01/10/1982. Corte Europeia de Direitos Humanos na internet. Disponível em: <[www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/)>. Acesso em 10-03-2013.

superior hierárquico dos Senhores del Carril e De Nauw, responsáveis diretamente pela acusação do Sr. Piersack. Sua função englobava rever as petições apresentadas pelos promotores, discutir com eles a estratégia a ser adotada no processo e aconselhar os seus subordinados sobre questões jurídicas.

Neste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que o vício da parcialidade pode ser constatado de diversas maneiras e iniciou o desenho da distinção citada acima sobre os aspectos objetivo e subjetivo da imparcialidade<sup>371</sup>. Já neste julgado, firmou a Corte entendimento no sentido de que, enquanto o aspecto subjetivo está relacionado com a convicção de um julgador e as relações pessoais que entabula com as partes, o aspecto objetivo está ligado à capacidade de um determinado juiz de oferecer garantias suficientes para que não reste qualquer dúvida razoável a respeito da sua imparcialidade<sup>372</sup>.

Com efeito, a Corte pela primeira vez se pronunciou sobre o tema da imparcialidade promovendo uma correlação com a garantia dos cidadãos, sob o aspecto da confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática<sup>373</sup>.

Assim, a Corte considerou ter havido violação ao art. 6º da Convenção dos Direitos do Homem, porque a suspeita de parcialidade seria fundada quando a pessoa encarregada de julgar a denúncia já ocupou cargo no órgão de acusação, tendo exercido suas funções no mesmo processo que depois é chamado a julgar.

No julgamento do caso *Hauschildt v. Dinamarca*<sup>374</sup>, ocorrido em 24 de maio de 1989, a Corte desenvolveu o método utilizado no caso Piersack. Com efeito, o

---

<sup>371</sup> “Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise can, notably under Article 6 § 1 (art. 6-1) of the Convention, be tested in various ways. A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect”.

<sup>372</sup> TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 443-444.

<sup>373</sup> “However, it is not possible to confine oneself to a purely subjective test. In this area, even appearances may be of a certain importance (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, § 31). As the Belgian Court of Cassation observed in its judgment of 21 February 1979 (see paragraph 17 above), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”.

<sup>374</sup> Application n. 10486/83, julgado unânime em 24/05/1989. Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <[www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/)>. Acesso em 10-03-2013.

caso envolveu o Sr. Mogens Hauschildt, acusado e considerado culpado pela Corte da Cidade de *Copenhagen* pelos crimes de fraude e evasão de divisas. No curso do processo, foram proferidas várias decisões pelo Juiz Claus Larsen fazendo com que o Sr. Hauschildt permanecesse preso até o julgamento pela Corte, que ocorreu em novembro de 1982 e foi presidido pelo próprio Juiz Larsen. A Corte, na ocasião, considerou o réu culpado e o condenou a sete anos de prisão – a pena foi posteriormente diminuída para cinco anos no julgamento do recurso. O recurso para a Suprema Corte foi rejeitado pelo Ministro da Justiça.

O Sr. Hauschildt recorreu então à Corte Europeia de Direitos Humanos e alegou violação ao art. 6º da Convenção de Direitos do Homem, ao argumento de que não teve direito a um tribunal imparcial, na medida que o juiz que presidiu o julgamento na Corte da Cidade proferiu inúmeras decisões, antes e durante o julgamento, sobre sua prisão preventiva e sobre outras questões processuais – convém registrar que o sistema dinamarquês prevê que o juiz que julga a denúncia é também encarregado de supervisionar a fase de investigação. De acordo com as alegações, as questões a que o juiz era chamado a decidir na fase anterior ao julgamento demandaram algum contato com o acusado e com os elementos de prova já existentes. Segundo defendeu o Sr. Hauschildt, não estava presente no seu julgamento o requisito da razoável confiança na imparcialidade dos julgadores. Ademais, salientou que não se tratava de suas impressões pessoais, porque a alegada desconfiança em relação à imparcialidade seria a mesma para qualquer observador comum.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, após realizar novamente a distinção entre o perfil subjetivo e o perfil objetivo da imparcialidade, proclamando a necessidade de que a imparcialidade fosse testada subjetiva (*subjective test*) e objetivamente (*objective test*), entendeu que o art. 6º da Convenção de Direitos do Homem havia sido violado, porque o julgamento do Sr. Hauschildt não ofereceu garantias de que tenha efetivamente se realizado de forma imparcial<sup>375</sup>. Ademais, considerou que a mera aparência de imparcialidade, desde que objetivamente

---

<sup>375</sup> “Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge’s personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (see, mutatis mutandis, the De Cubber judgment previously cited, Series A no. 86, p. 14, para. 26)”.

justificável, é elemento suficiente para que o art. 6º da Convenção de Direitos do Homem seja violado<sup>376</sup>.

Muito embora reconhecendo que, em tese, não configura violação à imparcialidade o contato mantido pelo juiz responsável pelo julgamento com a causa em estágio anterior – porque embora compreensíveis às dúvidas eventualmente geradas ao acusado, não necessariamente podem ser consideradas (as dúvidas) como objetivamente justificadas – a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, neste caso em particular, algumas circunstâncias concorreram para uma conclusão diferente.

Por exemplo, a Corte chamou a atenção para o fato de que o mesmo dispositivo invocado em nove decisões proferidas pelo Juiz Larsen serviu de fundamento para o tribunal de segunda instância prolongar a prisão preventiva em várias ocasiões. Além disso, a Corte considerou como muito tênue a diferença entre a convicção do juiz na primeira fase (a respeito do alto grau de clareza quanto à questão da culpa do acusado) e a convicção que se espera do mesmo juiz quando do julgamento definitivo.

As decisões que se seguiram consolidaram o entendimento da imparcialidade aferida pelo critério objetivo. A firme orientação que emanou da Corte Europeia de Direitos Humanos foi responsável por uma mudança sensível na forma como os países europeus passaram a conduzir sua justiça<sup>377</sup>.

Em menor escala, porque são mais escassos os julgados sobre a matéria, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se manifestou sobre a imparcialidade, ressaltando a importância da avaliação do seu perfil objetivo, a partir da conduta externada pelo magistrado.

O entendimento já esposado pela Corte Europeia de Direitos Humanos passou a ser acolhido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se observa do julgamento do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, julgado em 2 de julho de 2004. O Sr. Mauricio Herrera Ulloa publicou uma série de artigos no *La Nación*, em 1995, que consistiam em reprodução parcial de reportagens da imprensa belga que atribuíam ao Sr. Félix Przedborski – diplomata e representante *ad honorem* de

---

<sup>376</sup> “The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt and that the applicant’s fears in this respect can be considered objectively justified”.

<sup>377</sup> GALDINO, Flavio. *Princípio da imparcialidade judicial* [no prelo].

Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica, na Áustria – a prática de diversos ilícitos. O Sr. Mauricio Herrera Ulloa foi condenado criminalmente (ao pagamento de multa e a se retratar) por sentença emitida pelo *Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial*, de San José por diversos crimes contra a honra.

Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi alegada violação ao direito de ser ouvido por um tribunal imparcial ao argumento de que os magistrados integrantes da corte local já haviam adiantado suas opiniões sobre o caso ao anular a primeira sentença, que absolveu o Sr. Mauricio Herrera Ulloa; que a segunda decisão emitida pelo juízo de primeira instancia seguiu os mesmos critérios ditados pela *Sala Tercera*; e que a imparcialidade significa decidir livre de preconceitos, pelo que os magistrados que haviam determinado a anulação da primeira condenação não poderiam conhecer do segundo *recurso de casación*, interposto contra a sentença que condenou o Sr. Mauricio Herrera Ulloa.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos então entendeu que, estando provado que os quatro magistrados titulares e o magistrado suplente que integraram a *Sala Tercera* da *Corte Suprema de Justicia* da Costa Rica quando do julgamento do recurso interposto contra a primeira sentença (absolutória) foram os mesmos que, dois anos depois, julgaram o *recurso de casación* interposto contra a sentença condenatória, houve violação ao art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso porque entendeu que os magistrados da *Sala Tercera* não poderiam ter conhecido do segundo recurso, uma vez que já haviam analisado o mérito (e não apenas questões formais) da questão quando do julgamento do primeiro recurso. Com efeito, o primeiro acórdão, que anulou a sentença de primeira instância, considerou que a fundamentação da sentença absolutória não era suficiente para se descartar racionalmente a existência de um dolo direto ou eventual do acusado. Bem por isso, a Corte esposou o entendimento de que não teriam sido oferecidas as condições que inspiram a confiança das partes e da sociedade na imparcialidade dos magistrados<sup>378</sup>.

No julgamento do caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*, em 5 de agosto de 2008, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou demanda

---

<sup>378</sup> “Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 28-04-2013.

relacionada à destituição de três ex-juízes da *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* da Venezuela (os Srs. Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras e Juan Carlos Apitz Barbera), por supostamente terem incorrido em erro inescusável ao suspender cautelarmente um ato administrativo.

Em favor dos magistrados afastados, alegou-se que o suposto erro, se existente, seria escusável, porque decorreria de interpretação jurídica possível e razoável. Argumentou-se, ainda, que a Corte venezuelana havia proferido decisões que geraram reações adversas por parte de autoridades do Poder Executivo e que vários indícios estariam a indicar que a destituição dos magistrados não foi determinada por um tribunal imparcial e independente, porque, além das evidentes pressões do Poder Executivo (cujá máxima autoridade chegou a declarar os ex-juízes seriam “vendidos aos interesses da oposição golpista”), as remoções e novas nomeações para a corte foram realizadas sem seguir um procedimento previamente estabelecidos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda apurou que o *Régimen de Transición del Poder Público* venezuelano estabelece que os integrantes do tribunal em questão não estão sujeitos à recusação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos esposou o entendimento de que a recusação tem uma dupla finalidade: por um lado, atua como garantia das partes no processo e, por outro, outorga credibilidade à função desempenhada pelo Judiciário. Especialmente por conta dessa segunda finalidade, a recusação não deve ser vista como questionamento da lisura moral do magistrado, mas sim como ferramenta que aporta confiança a todos que acodem ao Estado solicitando a intervenção das instituições públicas, “*que deben ser y aparentar ser imparciales*”.

Além disso, sustentou que a independência se resolve na ideia de que ao sistema judicial e aos seus integrantes deve ser garantido que não serão submetidos a possíveis restrições indevidas no exercício de suas funções por parte de outros órgãos. A imparcialidade, por sua vez, exige que o juiz conheça os fatos da causa sem estar subjetivamente afetado e, ademais:

(...) “*ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad*”<sup>379</sup>.

<sup>379</sup> E continuou: “*la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente*”

Assim, por considerar que não foi respeitada a garantia de serem ouvidos por um tribunal independente e imparcial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reputou violado o art. 8.1, em consonância com os arts. 1.1 e 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, julgado em 20 de novembro de 2009, a Corte Interamericana apreciou demanda do Sr. Francisco Usón Ramírez, General da reserva, que fora acusado de ter praticado crime de injúria contra as Forças Armadas da Venezuela por conta de opiniões externadas em um programa televisivo. Foi instaurado processo penal junto à Justiça Militar daquele país que condenou o Sr. Usón Ramírez a pena privativa de liberdade de cinco anos e seis meses, com base na *Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales*, de 1995, e no *Código Orgánico de Justicia Militar*, de 1998.

No curso do processo instaurado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi questionada a própria competência da Justiça Militar venezuelana, eis que o Sr. Usón Ramírez encontrava-se reformado à época dos fatos que geraram o processo. Também foi alegada a violação à imparcialidade, porque o Sr. Eladio Ramón Aponte, um dos magistrados integrantes da *Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia* da Venezuela, que conheceu do *recurso de casación* interposto pelo Sr. Usón Ramírez, foi a mesma pessoa que, na condição de Fiscal General Militar, havia determinado o início da investigação. Além disso, argumentou-se que o tribunal possuía interesse direto na controvérsia.

Analisando o caso, a Corte entendeu que de fato houve violação à imparcialidade, porque o Estado venezuelano violou o direito do Sr. Usón Ramírez a ser ouvido por um juiz ou tribunal competente, de acordo com o art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos porque a jurisdição militar deve ter alcance restritivo e excepcional, para a proteção de interesses especiais, além de ser estritamente reservada a militares da ativa.

Também pontuou, na ocasião, que o juiz não deve apenas ser subjetivamente imparcial, o que se presume até prova em contrário, mas deve ainda oferecer garantias suficientes de índole objetiva que eliminem qualquer dúvida que a



comunidade possa ter a respeito da sua imparcialidade<sup>380</sup>. Em suma, entendeu que “*la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona*”.

Como se observa de todos os precedentes acima indicados, a Corte Europeia de Direitos Humanos atribui muita importância à mera aparência<sup>381</sup>, do que resulta necessariamente que, pairando dúvidas sobre a imparcialidade de um juiz, haveria motivo legítimo para se excluir o magistrado. Parecendo parcial, não é imparcial. O mesmo entendimento foi abraçado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o aplicou em pelo menos três casos, citados acima.

É porque estes tribunais já compreenderam que, no moderno Estado Democrático de Direito, a Justiça deve inspirar a confiança nos cidadãos. É a imparcialidade compreendida verdadeiramente como garantia do cidadão, dentro da máxima do direito inglês de que *justice must not only be done, it must also be seen to be done*.

Aliás, o direito inglês também fornece importantes exemplos de como tratar a imparcialidade sob o viés da garantia do cidadão. A *House of Lords* já se manifestou no sentido de que a imparcialidade do julgador deve ser compreendida e resolvida a partir de um juízo de mera possibilidade, e não necessariamente um juízo de probabilidade. Assim, por exemplo, no caso *Morrison vs. AWG Group Ltd.*, de 2006, no caso *Locabail (UK) Ltd. vs. Bayfield Properties & Anor*, em 1999 e no caso *Regina vs. Gough*<sup>382</sup>. Neste último caso, em especial, a Corte ressaltou a dificuldade de se comprovar o real vício e a desnecessidade de que isso ocorra para que o juiz seja recusado. Bastaria, para tanto, avaliar a existência de uma possibilidade de vício por parte do juiz ou do tribunal<sup>383</sup>.

---

<sup>380</sup> “Al respecto, este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 28-04-2013.

<sup>381</sup> MORETTI, Carola. *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*. Op. cit., p. 1.102.

<sup>382</sup> Todos citados por: FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito fundamental a um processo justo e standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial*. Op. cit., p. 130-134.

<sup>383</sup> FELDENS; SCHMIDT, op. cit., nota 382, p. 134.

A discussão sobre a imparcialidade – especialmente sobre a imparcialidade objetiva – ainda está inacabada. Mas, independentemente disso, todos os precedentes revelam de forma clara como vem se desenvolvendo a discussão e o atual estágio de compreensão acerca da imparcialidade. Revelam, ainda, a precariedade com que o tema é tratado no Brasil, cujo sistema tenta confinar a questão da imparcialidade em regras dispostas nos códigos de processo civil e penal, sempre sob a perspectiva do julgador, sem atentar para a pluralidade de situações que podem gerar a suspeição do julgador.

O tratamento que é dado à imparcialidade no sistema pátrio não se coaduna com o entendimento da imparcialidade como garantia do cidadão, tal como previsto nos instrumentos internacionais e como interpretado pelas cortes supranacionais e por algumas dos mais importantes tribunais nacionais. Este entendimento – que se pode dizer mais moderno – trata a imparcialidade sob a ótica da confiança do cidadão, que deve ser salvaguardada em qualquer hipótese, e não sob a perspectiva do juiz cuja recusa se postula. Se o que está em jogo é a credibilidade do Judiciário, não basta a lei prever a recusa do julgador quando estão rigorosamente comprovados os fatos que caracterizam a sua suspeição. Para esses casos em que é possível provar e a prova é de fato produzida, não resta dúvida de que o afastamento se impõe. E nessas situações é possível dizer que o Judiciário operou de forma exemplar.

Mas é preciso mais do que isso. É preciso que a mera aparência de parcialidade receba o mesmo tratamento, porque, no fundo, são essas situações que põem em dúvida a lisura do sistema. A mera afirmação do próprio juiz no sentido de que se encontra em condições de julgar de forma imparcial não é suficiente para fornecer a segurança aos cidadãos. Assim como não é suficiente excluir a possibilidade de afastamento naqueles casos em que a prova da suspeição não é possível ou que a sua produção é muito difícil (como ocorre na maioria das vezes, haja vista que a parcialidade subjetiva se dá na insondável esfera psíquica do julgador). A confiança do cidadão só será restaurada quando as hipóteses de aparência de parcialidade passarem a ser igualmente consideradas para efeito de afastamento do julgador.

### **3.7 Enfim, a imparcialidade e a designação de provas pelo juiz**

Normalmente, apresenta-se a necessidade de que o juiz atue designando provas de ofício no processo civil, porque neste não se impõe o princípio do *in dubio pro reu*, que indica o caminho da absolvição quando as provas adunadas aos autos não sejam suficientes para extirpar as dúvidas do espírito do julgador. Com efeito, no processo civil, o juiz que se encontra em dúvidas sobre a exata ocorrência dos fatos apresentados pelas partes poderá julgar com base na aplicação dos ônus probatórios, que se resolvem na indicação de qual parte deverá suportar os efeitos desfavoráveis da ausência de provas sobre determinados fatos. No entanto, julgar com base nas regras de distribuição do ônus da prova não tranquiliza o juiz consciente da importância do seu ofício, não tranquiliza o magistrado que vive o drama psicológico de decidir sem conhecer todos os fatos relevantes<sup>384</sup>.

Alguns comentários, no entanto, parecem pertinentes. Em primeiro lugar, defender a produção de provas de ofício ao argumento de que o juiz é o destinatário da prova não parece um argumento consistente. À luz do raciocínio que se desenvolve por trás dos argumentos publicistas, seria correto dizer que o juiz é o destinatário de praticamente tudo o que se faz no processo. Nesse sentido, é possível dizer que o juiz é destinatário também dos fatos, mas isso não é suficiente para que se sustente que o juiz está autorizado a introduzir novos fatos no processo. O juiz de segunda instância é o destinatário dos recursos, o que também não justifica uma avocação *ex officio* dos autos para nova análise e novo julgamento das pretensões.

Mas o nosso raciocínio serve apenas para demonstrar que a premissa publicista está incorreta por seus próprios fundamentos. Nossa opinião é no sentido de que o argumento de que o juiz é o destinatário das provas não é um argumento correto. Do ponto de vista da lógica processual, sustenta-se que o juiz é o destinatário da prova porque cabe ao juiz valorar essas provas e prover um julgamento com base nas respostas dadas pelas provas a questões que são colocadas no processo. Mas o processo em si, a providência jurisdicional, que é o objetivo final de todo o processo, é dada em resposta às postulações dos cidadãos. O processo e a providência jurisdicional só existem na medida em que haja um requerimento do cidadão, que se sente lesado na sua esfera de interesses, se

---

<sup>384</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. Op. cit., p. 95.

entende em uma posição de vantagem no plano material e reclama a uma autoridade porque não obteve dos seus pares o reconhecimento espontâneo dessa situação.

O Estado então formula uma resposta ao cidadão. Se quem avalia as provas é o juiz, isso nada mais é do que uma distribuição de funções que corresponde, por razões de técnica processual, ao melhor modelo na compreensão do legislador. Mas é possível cogitar de modelos em que a função de avaliar a prova não cabe ao juiz, ou modelos em que essa tarefa é consignada a um juiz diferente do juiz a quem cabe julgar. Isso de certo modo já ocorre nos casos de competência do júri e seria igualmente legítimo qualquer modelo que preveja a valoração por sujeitos imparciais – como, por exemplo, o Ministério Público ou mesmo outro órgão judicial, diferente do órgão ao qual incumbe o julgamento propriamente dito.

Tudo isso para que se compreenda que é o cidadão – mais exatamente o cidadão que formula uma pretensão ao Estado ou o cidadão que tem a sua esfera de interesses atingida pela pretensão de outrem – o real destinatário da providência jurisdicional. São estes os maiores interessados nessa atividade estatal. E justamente por isso é que se pode dizer que são as partes as reais destinatárias das provas, porque as provas existem para conferir uma base sobre a qual será realizado o julgamento, a resposta do Estado. Se, cabe ao juiz valorar essas provas, estamos falando de distribuição de funções no processo. Em última análise, as provas – e a sua valoração – dizem diretamente com a providência jurisdicional que atingirá a esfera de interesse desses cidadãos pré-determinados.

O conceito de interesse público que subjaz o discurso publicista foi durante muito tempo mal compreendido e encontra-se hoje superado. Na verdade, governos de vocação autoritária sempre se serviram de conceitos indeterminados ou conceitos que suscitam interpretações dúbias, tais como “segurança pública” ou “segurança social”, para justificar práticas antidemocráticas, sacrificando direitos individuais em nome de um suposto interesse maior. Mas esse interesse maior nem sempre está bem demarcado, transmudando-se de acordo com a vontade política predominante em uma determinada época<sup>385</sup>.

Parece claro que o conceito de interesse público não pode ser confundido com o interesse dos entes públicos ou com o interesse do próprio Estado.

---

<sup>385</sup> CORREA, Antonio. *Imparcialidade do juiz e o seu controle*. Op. cit., p. 15.

O interesse público de que falamos poderia, em tese, ser equiparado ao interesse da sociedade, ou da sua maioria. E este interesse público não pode ser outro senão o de que o particular que ocorre ao Judiciário tenha a sua pretensão, que goza de amparo pelas regras materiais, protegido e satisfeito pelo Estado, que deve reconhecer a situação de vantagem através de agentes investidos de poder para tanto e, ainda, mobilizar forças para garantir o pleno gozo desses direitos reconhecidos, caso necessário. Em outros termos, o interesse público aqui é equivalente, na substância, ao próprio interesse particular, porque o interesse de todos os cidadãos, em conjunto, consiste exatamente no interesse de que cada cidadão do grupo tenha satisfeito o seu interesse particular. Outra concepção de interesse público, compreendido de forma diferente desta que ora se propõe, mergulha no vazio típico dos conceitos vagos e difusos, e é responsável por relativizar direitos individuais<sup>386</sup>.

A concepção publicista levada ao extremo chega a ponto de fazer crer que o processo e a jurisdição se desenvolvem no interesse do Estado<sup>387</sup>, mas a assertiva não está correta em nosso modo de entender o fenômeno. Como já sustentamos em outra ocasião<sup>388</sup>, e com apoio em qualificada doutrina<sup>389</sup>, é o cidadão o destinatário

---

<sup>386</sup> “Ora, esse tipo de postura tende a relativizar os direitos individuais – cerne da estrutura de garantias de um processo penal – em prol de um ‘interesse maior’, no mais das vezes difuso e opaco, que ora recebe o nome de ‘público’, ora de ‘social’, mas que, em nenhuma dessas modalidades poderia prevalecer na seara de um processo penal acusatório”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – a verdade real?*: uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. Op. cit., p. 369.

<sup>387</sup> Assim, por exemplo, em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. Op. cit., p. 70. Segundo o autor, o resultado do processo “interessa muito mais ao Estado que, para tornar possível a convivência das pessoas em sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento jurídico por ele criado”.

<sup>388</sup> GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição”. In: *Revista eletrônica de direito processual*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 8, p. 352-366, jul/dez.2011. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 04-02-2013.

<sup>389</sup> Assim também para: GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Op. cit., p. 42-43. Da mesma forma, Juan Montero Aroca, para quem “en el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de esse interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados”. MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Op. cit., p. 60. Também Adolfo Alvarado Velloso parece entender que a tutela dos direitos dos cidadãos na verdade é meio para que se alcance a paz social: “Para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social, lo que sólo puede conseguirse garantizando la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. Op. cit., p. 220.

da tutela jurisdicional, que atende aos interesses do Estado apenas mediatamente. Assim, só há falar em preservação da autoridade do ordenamento ou aplicação da vontade concreta da lei, conforme clássicas definições, em um segundo plano, porque estas são finalidades que se atingem mediatamente. É o interesse do particular o norte da atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito, porque este está estruturado em uma ordem constitucional que coloca o cidadão como epicentro. É o homem que deve moldar a lei e a forma como o Estado atua, e não o contrário.

Se não fosse assim, que razão haveria para que o nosso código – de corte notoriamente publicista – permitir a convenção quanto à distribuição dos ônus probatórios? Qual seria a razão de determinados procedimentos comportarem a valoração da prova a um órgão diferente do juízo, como no exemplo das causas submetidas ao júri? Indo mais além: qual seria a razão de o nosso sistema processual permitir que o autor renuncie ao direito, que o réu reconheça a procedência do pedido ou que ambos transacionem quanto ao objeto da demanda, fixando livremente os termos em que será pautada a relação jurídica que os une?

Já sob o ponto de vista do alcance da verdade, as críticas não são menos devidas, eis que a tese parte do pressuposto da prova como elemento capaz de revelar a verdade dos fatos, o que também não chega a ser um consenso. Como já visto, muitos autores identificam na prova uma função persuasiva. Segundo esta orientação, a relação que se estabelece entre prova e verdade não é ontológica, mas sim teleológica. Não há um vínculo conceitual entre os dois conceitos. Em segundo lugar, porque o sistema processual está estruturado para salvaguardar outros valores que muitas vezes são incompatíveis com a verdade. A verdade, portanto, não é um fim supremo. Julgamentos não são mais ou menos impositivos se a verdade é ou não revelada.

Mas, voltando agora à imparcialidade, cabe dizer, em primeiro lugar: se imparcialidade significa *aparência de imparcialidade*, na forma da moderna compreensão levada a efeito por instâncias supranacionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não parece possível sustentar que não há afetação pela designação de provas de ofício.

A experiência indica que quem quer uma determinada prova, na verdade, já antecipou em sua mente os seus possíveis resultados. Para além do fato – de impossível comprovação – de que quem manifesta interesse na produção de uma

determinada prova tende a se influenciar além do normal pelo seu resultado, verifica-se uma situação ainda mais instigante: quem pede a realização de uma determinada prova já quer que um determinado efeito seja produzido, porque provar, no fundo, significa testar a validade de uma determinada hipótese<sup>390</sup>. Ou seja, um requerimento (ou uma determinação, para o caso do juiz) no sentido de que determinada prova seja produzida não vem desacompanhado de uma hipótese prévia, que se já formou na mente do personagem que requer ou determina.

O juiz não busca provas de forma aleatória ou desinteressada. A rigor, ninguém busca provar fatos sem que por trás haja outro interesse. O juiz que designa provas de ofício está, na verdade, buscando a comprovação de uma autônoma hipótese reconstrutiva dos fatos<sup>391</sup>.

Nesse sentido, quando o juiz determina a produção de uma determinada prova, está testando a validade de uma hipótese já formada em sua mente. É certo que a prova poderá ou não comprovar essa hipótese, mas, seja como for, a hipótese já foi pensada e, a partir desse momento, o juiz já está inclinado por uma das teses. Por isso, a simples intervenção do juiz na fase probatória através da designação de uma prova de ofício já seria razão suficiente para atingir gravemente a confiança que a Justiça deve inspirar nos cidadãos.

Se, segundo a concepção mais atual, a imparcialidade deve ser encarada sob a perspectiva do cidadão, operando assim como autêntica garantia, então é lícito afirmar que a designação de prova de ofício traz ao cidadão a insegurança quanto à imparcialidade do julgador, porque deixa claro que suas hipóteses já estão formadas e que a designação de provas pelo juiz nada mais é do que uma tentativa de comprovação dessas hipóteses.

Além disso, se a lei indica a forma como se distribuem os ônus da prova, é porque há fatos que ficam a cargo do autor e fatos que ficam a cargo do réu<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> “As fact investigation proceeds, the investigator often has hypotheses in search of evidence and, at the same time, evidence in search of hypotheses”. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of evidence*. Op. cit., p. 55.

<sup>391</sup> Confira-se a respeito o já citado estudo de: UBERTIS, Giulio. *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*. Op. cit., p. 25.

<sup>392</sup> Como assevera Michele Taruffo, a distribuição dos ônus probatórios entre autor e réu configuram regras de julgamento, definindo quem sucumbe na hipótese de não estarem comprovados os fatos. É assim que funciona em praticamente todos os ordenamentos modernos. TARUFFO, Michele. “L’onere come figura processuale”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2012, giugno, v. 66, n. 2, p. 429.

O processo é instrumento dialético em que as posições das partes são contrapostas a partir de argumentos que se encadeiam de forma sucessiva. O debate processual se dá na forma *afirmar-negar* (embora a negação possa se dar em forma de afirmação). O autor apresenta os fatos segundo a sua forma de enxergar o conflito – presume-se que o faça da forma mais favorável aos seus interesses – e destaca os argumentos jurídicos que embasam o seu pleito. Os fatos com seus contornos jurídicos formam o que se passa a chamar, para fins de exposição da análise, de um *argumento*. O réu, por sua vez, também apresenta os seus argumentos, valendo-se da sua narrativa dos fatos (podendo inclusive indicar fatos novos não mencionados pelo autor) e do enquadramento que confere a esses fatos. Assim, poderá negar a existência de fatos indicados pelo autor e apresentar fatos que podem ser considerados de extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Nessa segunda hipótese – em que não há exatamente uma negativa da ocorrência dos fatos apresentados pelo autor – é como se o réu dissesse “os fatos apresentados pelo autor realmente ocorreram; se fosse apenas isso, estaria ele com a razão; porém, há outros fatos que também ocorreram e que impedem/modificam/extinguem esse direito que ele teria caso os novos fatos não houvessem ocorrido”.

A eventualidade é outra ferramenta importante no processo. Os argumentos são apresentados em ordem de eventualidade, tanto pelo autor quanto pelo réu. Muito embora seja mais comum falar em eventualidade como técnica inerente à atividade de contestar, também o autor se vale dessa técnica, ao formular pedidos em ordem de subsidiariedade, como se dissesse “se V. Exa. entender que tais fatos não ocorreram, ou que, mesmo tendo ocorrido, eu não faço jus a esse determinado provimento, ao menos, me conceda outro provimento, com base nesses outros fatos ou razões jurídicas”.

Os argumentos de ambas as partes se colocam em contraposição. Para cada argumento do autor, normalmente, é formulado um argumento pelo réu. O sucesso de um ou de outro vai então depender de quais os fatos – que estão à base dos argumentos – que ficarão comprovados ao cabo da fase instrutória. A depender do modo de atuação do juiz, que goza de plenos poderes nesta fase, a imparcialidade poderá sim ser comprometida.

Recorrendo a exemplos para facilitar a exposição: imagine-se um autor “A” que pede a declaração de nulidade de um determinado contrato realizado com um



réu “R”. Subsidiariamente, A pede ainda a rescisão do mesmo contrato com a condenação de R ao pagamento de despesas havidas por ele autor e multa. Seus principais argumentos são (i) que era relativamente incapaz quando da sua concretização; (ii) em eventualidade, a inexecução da obrigação que cabia a R que, nos termos do contrato, enseja a sua rescisão com o pagamento de valores dispendidos pela parte inocente e a incidência de multa.

Por seu turno, o réu alega que o negócio não poderia ser declarado nulo porque, embora fosse A relativamente incapaz, estava devidamente assistido, na forma da lei. Com relação ao argumento subsidiário, afirma que executou a obrigação que lhe cabia e que, portanto, o negócio não poderia ser rescindido por culpa sua.

Na sequência, A alega que não estava assistido, porque a assinatura que consta do contrato, em verdade, fora falsificada pelo próprio R. Quanto à execução da obrigação, afirma novamente que R chegou a iniciar a execução da obrigação, mas que não terminou, devendo a mesma ser dada por não executada para todo e qualquer fim.

Pois bem. Há dois choques de argumentos no exemplo hipotético. Em primeiro lugar, cabe saber se o negócio foi firmado com foros de validade, ou seja, se A estava assistido ou se tudo não passou de um embuste para viabilizar o negócio. Em outro plano, o choque se dá a respeito da execução da obrigação que cabia a R. As duas situações se colocam em ordem de prejudicialidade. Dependendo da forma como a primeira questão é resolvida (decidida, na verdade), o segundo choque de argumentos não precisará sequer ser resolvido. É dizer: caso se considere que o negócio não é válido, a consequência normal será o julgamento de procedência do primeiro pedido, restando o segundo, que fora formulado apenas subsidiariamente, prejudicado.

Há ainda outra questão importante: no primeiro “embate”, caso não sejam produzidas provas ou as mesmas sejam inconclusivas, as regras de distribuição do ônus da prova recairão sobre o autor, eis que será ele o beneficiado pela prova de que o réu falsificou a assinatura de seu assistente no contrato; a ausência de provas conclusivas conduziria ao prevalecimento da vontade do réu, portanto. Já no segundo “embate”, a falta de provas conduziria ao prevalecimento do interesse do autor, porque caberia ao réu provar que executou a obrigação, uma vez que do autor não poderia ser exigida a prova de que a mesma não foi realizada (embora existam

exemplos em que essa prova pelo autor seria possível, assume-se, para fins de facilitação, que, neste caso em análise, a prova da não realização da obrigação seja de todo impossível, uma das espécies de prova diabólica).

Agora se assume que as partes estão muito mal representadas em juízo, que a deficiência técnica de seus patronos salte aos olhos, uma dessas situações bem ao gosto dos que defendem o caráter assistencial da atividade judicial. O juiz então determina a produção de prova pericial grafotécnica para solucionar a primeira questão. Apresentado o laudo, o juiz então se convence de que a assinatura do assistente do autor não fora falsificada e que o contrato é então válido. Passando para a segunda questão a solucionar, as partes se omitem, não formulam requerimento sobre provas e o juiz dá a questão por encerrada. Relê o processo e chega à conclusão de que o contrato é válido – afinal, assim que foi comprovado pela perícia – e que o serviço não foi executado, porque o réu não logrou demonstrar que havia executado a obrigação que lhe cabia. O pedido subsidiário é então julgado procedente. O contrato é rescindido e o réu é condenado ao pagamento de indenização de multa.

Muito embora o juiz não seja adivinho, como alerta José Carlos Barbosa Moreira, em várias situações o juiz sabe sobre quem recai o ônus de comprovar determinado fato. A sua busca desenfreada para comprovar um determinado fato e a sua omissão para outro fato implica em perda da sua imparcialidade. Se o juiz, conscientemente ou não, deixa de ir em busca de todas as verdades necessárias para um julgamento correto, ele perde a imparcialidade.

Do ponto de vista da garantia da imparcialidade, se é para se admitir a participação ativa do juiz na fase probatória, seria de se esperar que esse mesmo juiz intercedesse em cada ponto de embate, procurando a verdade material com todas as armas que possui para toda e qualquer situação controvertida que se apresenta.

Se ocorre isso para uma questão, mas não para outra, a imparcialidade foi afetada.

Para manter a aparência de imparcialidade, das duas, uma: ou o juiz busca suprir deficiências dos patronos e se lança na empresa de alcançar a verdade em exatamente todas as situações de dúvida geradas pelo processo, ou então não designa nenhuma prova de ofício. Risco concreto para a imparcialidade é a dedicação para a comprovação de um determinado fato e o silêncio eloquente para

a produção de outros. É o que Michele Taruffo chamou de poderes probatórios exercidos de forma parcial<sup>393</sup>.

Seja consentida trazer novamente à lume a figura da busca das agulhas no palheiro, já utilizada no capítulo dedicado à verdade no processo, em que um competidor deve e contrar a agulha dourada e outro competidor deve buscar a agulha prateada. Se admitida a participação do terceiro no “jogo”, ele poderá encontrar qualquer agulha, mas, para ser “imparcial”, não deve se furtar da busca da agulha prateada mesmo quando já conseguiu encontrar a agulha dourada. Para ser imparcial, o juiz não pode buscar a comprovação do fato que interessa ao autor e, ao mesmo tempo, se acomodar com a não comprovação de um fato que interessa ao réu.

Outro argumento parece ser relevante para confirmar nossa hipótese: há determinados tipos de prova que são designados já com a consciência de quais são os fatos potencialmente comprováveis. Tem razão José Carlos Barbosa Moreira quando sustenta que o juiz não é adivinho, que não sabe o resultado da prova cuja produção determinou de ofício<sup>394</sup>. Mas, apesar de não saber de antemão o resultado da atividade probatória, há determinadas situações em que o juiz sabe quem pode ser beneficiado e quem certamente não será beneficiado em hipótese alguma pela prova que designou.

O exemplo mais expressivo é, sem dúvida, o da designação de ofício do depoimento pessoal do réu. Parece indubitoso que, neste caso, o juiz sai de uma postura isenta e, como se deseja, imparcial.

Ora, parte não é testemunha. A rigor, o que se procura obter mediante o depoimento pessoal da parte é a confissão de um fato que beneficia a outra. O resultado do depoimento pessoal em nada favorece o depoente – na melhor das hipóteses, não haverá confissão e o depoimento será mera repetição e confirmação dos fatos já apresentados em suas manifestações escritas nos autos. Se, é assim, quando o réu é intimado a depor pelo juiz, sem que tenha havido requerimento do autor da ação nesse sentido, a imparcialidade está gravemente afetada não só porque o juiz provavelmente já formulou hipóteses na sua mente, mas também porque o depoimento pessoal visa à confissão sobre determinado fato e somente o

---

<sup>393</sup> TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*: El juez y la construcción de los hechos. Op. cit., p. 140.

<sup>394</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. Op. cit., p. 96.

autor poderá ser beneficiado neste caso<sup>395</sup>. Na melhor das hipóteses, não haverá confissão e o cenário não será alterado. Se o cenário não foi alterado, não é permitido dizer que o réu obteve alguma vantagem.

Por fim, cabe trazer a lume crítica mordaz que de tempos em tempos surge contra aqueles que defendem que o juiz ativo na fase probatória perde a sua imparcialidade é no sentido de que, por trás de tal posicionamento, estaria uma indevida preferência pelo sistema da *common law*.

É bom que se deixe desde logo registrado: o entendimento não decorre de suposta (e no caso verdadeiramente inexistente) preferência pelo sistema do *common law*, em que sabidamente os advogados encarnam o papel principal nas audiências, momento em que se colhem e se apresentam as provas. Bem sabemos que há razões históricas para que o sistema dos países que se inserem nessa “família jurídica” assim funcione. Também sabemos que essa prática por lá se mantém muito mais por já estar arraigada na cultura e por puro e simples apego à tradição do que propriamente por um juízo sobre a superioridade em relação ao modo como funcionam os sistemas da *civil law*.

Neste ponto, José Carlos Barbosa Moreira expõe com lucidez as causas da diferença. Em primeiro lugar, convém notar que Inglaterra e Estados Unidos possuem, com fortes raízes históricas, sistema em que se atribui ao júri a apreciação das provas e o julgamento inclusive para as causas cíveis. Esse fator histórico – que remanesce em menor medida nos dias atuais, especialmente na Inglaterra – forjou um sistema em que as provas são predominantemente orais, algo muito razoável para um procedimento em que a apreciação desses elementos ficava a cargo de pessoas do povo, quase sempre iletrados, incapazes de ler um documento. Isso também explica o fato de os juízes chegarem à audiência sem nenhum conhecimento prévio sobre a causa, em maior medida em relação às provas. Via de regra, não há análise dos autos pelo simples motivo de que não há autos, decidindo o juiz com base naquilo que vê e ouve no curso da audiência (o processo começa e acaba no *trial*)<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> “Nadie intenta lograr la confesión del demandado o imputado, pues su declaración es un medio de defensa y no de prueba, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones o declaración indagatoria)”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. Op. cit., p. 238.

<sup>396</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões sobre a imparcialidade do juiz”. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27-28.

### 3.8 Conclusões a respeito da imparcialidade

A evolução do princípio da imparcialidade guarda inequívoca relação com a revisão que se promoveu sobre o conceito e alcance do princípio dispositivo. Do ponto de vista legislativo, como se viu, muitos foram os códigos responsáveis por abrandar o princípio dispositivo, quase sempre para justificar reformas que, do ponto de vista dos autores da época, tornariam o sistema processual mais eficiente.

A evolução não se faz de forma linear. Não é exatamente raro que os avanços sejam entrecortados por retrocessos, como ondas de fluxos e refluxos. O caminho que se percorre na ciência é sinuoso e repleto de fluxos e refluxos. Francesco Carnelutti, por exemplo, defendia que o órgão colegiado de primeira instância na Itália participasse da fase instrutória do processo, ponto em que concordava com Chiovenda. Anos depois, precisamente em 1955, o próprio Carnelutti reviu sua posição para defender com ressalvas a figura do juiz instrutor, em contraposição ao juiz delegado, asseverando que o primeiro é o juiz feito homem, porque sai de seu gabinete para sentar à mesa com as partes, ocasião em que se instaura um verdadeiro e profícuo debate. Mas, ainda segundo Carnelutti, o juiz instrutor precisa antecipar suas opiniões para que o debate seja realmente proveitoso e essa circunstância *“le quita, o al menos puede quitarle, poco o mucho de la serena imparcialidad del juez”*. E também por essa razão, defendia Carnelutti, a situação perfeita seria aquela em que o juiz instrutor é excluído do órgão colegiado responsável pelo julgamento<sup>397</sup>.

De um modo geral, constata-se que a “guinada publicista” foi o jeito encontrado para tornar o processo um instrumento sob o controle do Estado, que se entendia como capaz de torná-lo um mecanismo mais célere e menos custoso. À época já eram estas as principais preocupações concernentes ao processo e encontrava-se em voga a ideia de que o Estado seria o único ente capaz de solucionar determinados problemas e satisfazer os cidadãos. Por esse motivo, como relata Mauro Cappelletti, o código italiano que entrou em vigência em 1942, embora

---

<sup>397</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Historia y naturaleza del juez instructor en lo civil*. Op. cit., p. 232.

originalmente tenha prestigiado em alguma medida os conceitos de oralidade e imediação propugnados por Chiovenda (conquanto não tenha representado exatamente uma reforma do processo “comum”), teve por objetivo, no fundo, dotar o processo de maior regularidade e rapidez, mediante a eliminação das causas de sua morosidade, como, por exemplo, fixando um sistema rígido de preclusões e evitando a ramificação do processo em várias impugnações ao tornar não impugnáveis as sentenças interlocutórias e parciais<sup>398</sup>.

Há um rompimento com a ideologia liberal do *laissez faire* e o fortalecimento de um Estado que esticava seus tentáculos sobre todas as atividades. A necessidade de alcançar a justiça de forma mais rápida – demanda já significativa há muito tempo – fez com que o Estado tentasse, da sua maneira, controlar o processo, partindo do pressuposto de que os serviços que presta diretamente ou em que exerce um controle rigoroso atendem de forma mais satisfatória. No processo, essa concepção colocou o juiz no epicentro do sistema.

Outra questão é saber se de fato o Estado pretendia através do incremento dos poderes probatórios dos juízes exercerem controle sobre as relações provadas. Esta ideia pode ter sido assim compreendida à época, mas não parece ser consistente uma relação desse tipo. Com efeito, essa relação entre regimes políticos e leis não pode ser entendida de forma assim inflexível. É possível que determinados regimes anti-democráticos tenham implementado práticas anti-democráticas, e para isso tenham se valido de instrumentos legais com esses contornos. No entanto, não me arriscaria a dizer que se trata de uma marca de todo e qualquer regime que se destacou pela supressão de liberdades individuais. Parece possível afirmar que nem todos os regimes políticos tiveram uma clara concepção das relações privadas, o que pode ter ocorrido em certa medida no comunismo, mas certamente não no fascismo ou no salazarismo<sup>399</sup>.

Entendo que o enfeixamento de poderes no juiz atende muito mais à lógica do Estado de bem estar, que se resolve na ideia de que é o Estado o único ente capaz de solucionar o problema da morosidade e das ineficiências do processo, do que propriamente a uma suposta intenção dos representantes do Estado de interferir nas

---

<sup>398</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil italiano no quadro da contraposição 'civil law'-'common law'*: apontamentos histórico-comparativos. Op. cit., p. 147-148.

<sup>399</sup> GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Op. cit., p. 37.

relações entre os cidadãos (embora, como se disse acima, alguns regimes políticos possam efetivamente ter compreendido a questão dessa forma).

Já encaminhando para a conclusão do capítulo, convém deixar muito clara a nossa premissa: a justiça não deve estar refletida apenas no conteúdo da sentença, mas também (e de forma não menos impositiva) em todo o caminho que se percorre até o julgamento final, em que devem ser respeitados os direitos dos cidadãos em um processo cercado de garantias.

Se a imparcialidade é um conceito em evolução, cumpre identificar qual é o seu estágio hodierno. De acordo com as pesquisas levadas a efeito para o presente trabalho, em especial pela análise dos precedentes das cortes supranacionais, o atual estágio da ciência processual exige a compreensão da imparcialidade de forma substancialmente diversa. A imparcialidade deve ser aferida a partir do comportamento externado pelo julgador, que deve oferecer garantias suficientes para o cidadão de que o julgamento se deu de forma imparcial.

Pouco ou nada importa saber se, no seu íntimo, o magistrado já estava inclinado por uma determinada solução antes da sentença. O que se passa na esfera psíquica está no terreno do insondável e o que o sistema jurídico-processual pode fazer – e já vem fazendo – é permitir a recusa do juiz em hipóteses nas quais o homem médio se vê tentado a realizar um julgamento parcial. Mas fazer isso não é suficiente.

Uma sociedade que não acredita na capacidade de seus juízes de administrarem justiça distanciados dos interesses em jogo é uma sociedade que não confia na própria Justiça. E um Judiciário que não goza dessa credibilidade é uma instituição desprestigiada. A confiança dos cidadãos naqueles que foram investidos pelo Estado do poder de julgar é pressuposto indispensável para a correta conformação de um Estado Democrático de Direito. Desacreditada, a Justiça desmorona. Sem Justiça, também desmorona o próprio Estado de Direito.

À luz de tudo o que se expôs, notadamente pelo desenvolvimento da jurisprudência que molda os novos contornos do princípio da imparcialidade, entendemos que a designação de prova de ofício pelo magistrado pode sim ferir a imparcialidade, o que não significa dizer que o modelo publicista de participação do juiz na fase probatória esteja de todo equivocado. Com efeito, a afetação da imparcialidade é a desvantagem de um modelo que apresenta outras vantagens.

A atividade do magistrado que se resolve na proposição de provas representa

violação ao princípio da imparcialidade, mas talvez este seja um processo que a sociedade esteja disposta a pagar pelo ganho de eficiência que o sistema eventualmente proporciona<sup>400</sup>.

Seja como for, é preciso que as coisas estejam bem explicadas. Caso se opte pela adoção de um modelo que admite a designação de provas de ofício, é preciso se reconhecer que este modelo também não é perfeito, na medida em que viola algumas garantias. Princípios não são normas absolutas. Princípios (inclusive os princípios processuais) também podem ceder. Como bem aponta José Carlos Barbosa Moreira, princípios processuais não são dogmas religiosos e sua significação é essencialmente instrumental. O legislador adota determinados princípios porque acredita que a sua observância irá contribuir para uma boa administração da justiça<sup>401</sup>. Assim, não é de todo sacrificar em alguma medida a imparcialidade. Cabe ao legislador fazer a opção por um modelo ou por outro, sabendo-se de antemão que cada um apresenta suas vantagens e suas desvantagens.

Mas também não vamos ao extremo de classificar simplificadaamente os sistemas processuais com maior ou menor participação do juiz como, respectivamente, modelos inquisitivo e dispositivo, ou como *meio de opressão colocado em prática por regimes totalitários baseados em filosofias políticas*

---

<sup>400</sup> Nesse sentido, Enrico Tullio Liebman, por exemplo, entendia que os supostos ganhos do modelo do juiz ativo não superam as suas desvantagens. Segundo o autor, a imparcialidade é um bem precioso que deve ser preservado em qualquer hipótese, mesmo com o sacrifício dos poderes instrutórios do juiz. É precisamente assim que conclui seu estudo sobre imparcialidade, aqui já mencionado: “Secondo i concetti esposti nella Relazione al codice di procedura civile, l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio dei poteri d'iniziativa istruttorie del giudice (sebbene possano talvolta, da altri punto di vista, apparire utili e convenienti), con la conseguenza che dove il principio dispositivo non si adatti al tipo di processo o alla materia controversa, quei poteri debbano essere piuttosto conferiti a un apposito e distinto organo pubblico requirente ed inquirente”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. Op. cit., p. 17. Por outro lado, autores há que entendem que o modelo publicista por entender que ele oferece mais vantagens do que desvantagens. É o caso, por exemplo, de Leonardo Greco, que defende o ativismo moderado e subsidiário e reconhece que a designação de provas de ofício fere a imparcialidade. Diz o autor que “seguramente, quanto menos interventivo for o juiz, maior será a aparência da sua imparcialidade”. GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Op. cit., p. 45. Em outro estudo, o mesmo autor reafirma seu entendimento no sentido de que a posição ativa do juiz de fato compromete a sua imparcialidade. Embora afirmando a necessidade de que o juiz atue ativamente para suprir deficiências técnicas das partes, admite a atuação do Ministério Público e das curadorias “para assegurar a paridade de armas sem comprometimento da imparcialidade do juiz”. GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. In: *Estudo de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 550.

<sup>401</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Op. cit., p. 108.



*perversas e bastião de liberdade na tutela dos direitos e garantias constitucionais, como faz Adolfo Alvarado Velloso<sup>402</sup>. Da mesma forma que também Franco Cipriani não me convence quando tenta separar os autores entre os que preferem *garantismo com concepções realistas e liberais* e os que preferem autoritarismo com *concepções autoritária e moralista*<sup>403</sup>.*

A rigor, trata-se de sistemas diferentes em sua essência. Tanto em um quanto em outro há vantagens e desvantagens. Se um apresenta melhor performance no que diz respeito às possibilidade de alcance da verdade, o outro se apresenta em melhor sintonia com as garantias dos cidadãos, especialmente sob o ponto de vista da imparcialidade.

---

<sup>402</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Op. cit., p. 63.

<sup>403</sup> CIPRIANI, Franco. *Nel centenario del Regolamento di Klein* (il processo civile tra libertà e autorità). Op. cit., p. 982.

## CONCLUSÕES

Este é um estudo teórico, por meio do qual se pretende lançar bases para uma compreensão mais abrangente das premissas que conferem suporte teórico ao modelo de participação ativa do magistrado no que diz respeito à instrução do processo.

O modelo publicista representa apenas um *modelo*, e não a estrutura fundamental do processo. Este estudo se dedicou então a analisar as premissas que, em tese, justificam esse modelo, de acordo com a produção doutrinária construída ao longo do último século e que lhe é francamente favorável. Essas premissas são: a necessidade de que a verdade material ou real seja alcançada, a necessidade de que o juiz assegure a igualdade concreta entre os litigantes e a não afetação da imparcialidade do julgador pela assunção de uma postura ativa na colheita de provas (o que poderia aqui ser indicado como uma “condição negativa”).

O modelo publicista, à luz das conclusões alcançadas ao longo do estudo, se justifica na medida em que contribui para o alcance da verdade – e nesse sentido diga-se novamente que o conhecimento da verdade é pressuposto de um julgamento justo (e nem poderia ser diferente). Essa justificativa atende a uma razão que poderíamos chamar de “matemática”. Quanto maior o número de atores a quem a lei confere poderes para participar ativamente da fase probatória do processo, maiores serão as chances de que a verdade seja alcançada.

O incremento das chances é ainda maior porque o juiz, ao contrário das partes, não está comprometido com uma determinada versão dos fatos. Assim, enquanto cada parte tende a querer comprovar apenas os fatos que conferem suporte à sua própria versão, o juiz, ao menos em tese, procura a verdade de forma livre.

Mas, volto a dizer com igual ênfase, a verdade só pode ser alcançada no processo acidentalmente, nunca necessariamente. O processo reflete uma ordem política, economia e social pautada pela variedade de valores a serem harmonizados. E diante dessas circunstâncias, a verdade é apenas mais um dos valores a serem balanceados, não gozando de prevalência *prima facie* sobre qualquer outro. Mas, de fato, são substancialmente maiores as chances de que a verdade seja alcançada quando é aumentado o número de personagens que

participam da atividade probatória. O aumento de uma pessoa (como se dá no caso de atribuir esses poderes unicamente ao juiz além das partes) talvez aumente marginalmente essa probabilidade, mas o fato é que aumenta.

No que diz respeito ao argumento da igualdade material – no sentido de que a participação do juiz por meio da designação de provas de ofício é necessária para garantir a paridade de armas, funcionando assim como pressuposto teórico do modelo – a conclusão é de que não existe essa relação. Com efeito, o modelo publicista não se justifica pela busca da igualdade material.

Como visto, a igualdade representa um ideal inalcançável. O próprio processo de equalização – tratando o tema da igualdade em abstrato, e não apenas nos limites do direito processual – não parece destinado a funcionar bem, porque pressupõe a pouco provável capacidade de um agente estatal observar a realidade de pessoas ou situações, identificar com clareza onde há ou não desigualdade e, mais, pressupõe também a capacidade desse agente de encontrar no ordenamento o regime jurídico a ser aplicado a uma das partes ou situações, de modo que o resultado final – o resultado obtido com a aplicação de regimes jurídicos diversos – seja uma situação de igualdade material.

Mas – e agora tratando do processo – o juiz não conhece com exatidão as partes que supostamente devem ser levadas a uma situação de igualdade e desfruta de poucas oportunidades para identificar a medida dessa eventual desigualdade. Essas poucas oportunidades sequer são imprescindíveis no processo civil. Esta circunstância ressalta outro ponto de fragilidade do discurso publicista, porque as eventuais desigualdades verificáveis no processo são, na verdade, desníveis técnicos existentes entre os advogados das partes. Mas, a qualidade técnica do advogado não necessariamente é um reflexo da capacidade econômica das partes. Ao tentar identificar a situação das partes pelas características das pessoas que as representam (trajes, estilo de redação, oratória *etc.*), o juiz formula juízos com base em meras aparências. De acordo com expressivos exemplos citados no estudo, são diversas as situações em que a diferença econômica entre as partes – que é a diferença que realmente importa para fins de justificação do reequilíbrio por meio de um terceiro imparcial – não encontra reflexo na qualidade técnica dos defensores. Isso sem falar no absurdo lógico de admitir que o juiz (o representante do Estado) possa complementar a atividade do advogado partindo da suposição de que há deficiência técnica quando é o próprio Estado quem outorga a esses advogados o

múnus publico e, ainda que indiretamente, chancela a sua formação e assim inspira nos cidadãos o sentimento de confiança no trabalho desses profissionais.

Ainda sobre a igualdade, convém destacar que a atividade do juiz consistente na designação de uma prova sem requerimento das partes está ligada à descoberta da verdade, pelo que a discussão então retorna à primeira premissa teórica. É a verdade que interessa ao juiz imediatamente, e não a igualdade material. O juiz que determina a produção de uma determinada prova quer ter conhecimento da verdade que considera relevante para o julgamento e que, por algum motivo, não tenha sido conhecida em decorrência da atividade exclusiva das partes. Quando esse conhecimento não se faz possível em razão da qualidade técnica do advogado, em determinadas situações será possível dizer que o juiz agiu *também* com o objetivo de igualar as partes, mas isso nem sempre é verdade. A assertiva se comprova facilmente quando cogitado o exemplo – que não é remoto ou improvável – em que ambas as partes no processo estão mal representadas (e, por isso, em inegável pé de igualdade). Mesmo nessas situações em que a igualdade se verifica (ainda que em patamar indesejável), o juiz precisa designar provas de ofício, porque, no final das contas, é a verdade que pretende obter, a verdade que não foi revelada pela atividade exclusiva das partes.

Diante dessas considerações, entendo que a igualdade material (e muito menos a paridade de armas, que enseja a ideia de igualdade de oportunidades) não opera como pressuposto lógico do modelo de participação ativa do juiz na fase probatória. Não é, portanto, uma premissa teórica válida do modelo publicista de participação judicial.

Sobre a terceira condição (a que designamos como *condição negativa*) que é aventado pela doutrina como justificativa do modelo publicista – a de que a participação do juiz não afeta a sua imparcialidade, entendida esta como garantia integrante do processo justo – a conclusão deste estudo é em sentido substancialmente diverso.

Defendo que imparcialidade é afetada pela designação de provas de ofício, mas não necessariamente porque o juiz se inclina subjetivamente por uma das partes ou uma das teses quando determina a produção de uma prova sem requerimento das partes. Isso até pode ocorrer, mas não me parece que ocorra sempre e em qualquer situação. O entendimento de que a imparcialidade é afetada

pela designação de provas de ofício deve ser compreendido pela noção de imparcialidade em um sentido objetivo.

Consoante foi defendido neste estudo, pouco importa o processo psicológico que se dá na mente do juiz. Não é possível saber se o juiz fica subjetivamente comprometido quando produz uma prova. Se é certo que esse processo mental é insondável, então nada justifica a sua aferição para qualquer finalidade. Essa inclinação subjetiva ou psicológica, justamente porque insondável, deve ser desprezada para a análise do problema.

Sendo assim, o sentido do princípio da imparcialidade defendido neste estudo é o da imparcialidade objetiva, ou seja, da imparcialidade aferida objetivamente. A proposta não é exatamente nova e se afina com o entendimento esposado pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com esse entendimento, tribunal ou juiz imparcial é aquele que oferece garantias suficientes ao cidadão. É aquele que inspira nos cidadãos a confiança de que o julgamento ocorreu de forma imparcial. Se o tribunal ou o juiz não oferece essa garantia, ou seja, se não é capaz, por qualquer razão, de inspirar nos cidadãos a confiança de que o julgamento se deu de forma imparcial, então este juiz ou tribunal deve ser recusado.

Nesse sentido, a imparcialidade dos dias de hoje não pode mais ser encarada como a imparcialidade subjetiva, a inclinação psicológica. No sentido aqui defendido, tribunal que *parece parcial é igual a tribunal parcial* e, portanto, deve ser recusado.

Ainda a respeito da afetação da imparcialidade pela designação de provas de ofício pelo juiz, considero relevante atentar para o fato de que ninguém produz prova aleatoriamente. Na realidade, ninguém no mundo tenta comprovar algo sem alguma premeditação. Isso significa dizer que o juiz e as partes agem como qualquer cientista. Ao produzirem uma prova, não o fazem de maneira aleatória ou desinteressada, mas sim com a finalidade de comprovar uma determinada hipótese.

Se é assim que funciona, então o juiz que designa uma prova de ofício já revela para as partes envolvidas que possui uma hipótese na sua mente. Ao dizer indiretamente que já cogitou uma hipótese e que pretende comprová-la, o juiz deixa de oferecer aos cidadãos a garantia de que está agindo imparcialmente. Não inspira nas partes e nos seus representantes a confiança de que o julgamento será fruto de um juízo imparcial.

No fim das contas, o problema se resolve da seguinte forma: é possível que a verdade seja obtida no processo (conquanto isso seja improvável em muitas das causas, por uma série de razões) e a concessão de poderes probatórios ao juiz aumenta as chances de que isso ocorra. No entanto, o exercício desse poder pelo juiz afeta a garantia da imparcialidade, na medida em que o juiz revela já possuir uma hipótese em sua mente, não sendo capaz assim de inspirar confiança nos cidadãos de que age de forma imparcial. A questão da igualdade, por tudo o que se expôs, deve ser desprezada.

Se as coisas se passam desta forma, então cabe repetir a indagação para, na sequência, respondê-la de forma mais direta: o modelo publicista de participação ativa do juiz na fase instrutória do processo se justifica pelas premissas teóricas da verdade, da igualdade e da imparcialidade?

Consoante sustentado neste estudo, o modelo não se justifica pela questão da igualdade, que não opera como premissa teórica do modelo, nem pela da imparcialidade, que é de fato afetada. O modelo, no entanto, se justifica pela premissa da verdade. Com relação às premissas da verdade e da imparcialidade, cabe ainda a seguinte consideração: a imparcialidade do julgador é uma garantia do cidadão, mas isso não significa que não possa ceder em determinadas situações. O que faz o modelo publicista é tisonar a imparcialidade em troca de uma maior chance de que a verdade seja obtida no processo.

Mas, como já se disse, talvez seja eficiente sacrificar a imparcialidade em nome de um ganho de performance no que diz respeito ao alcance da verdade. Essa opção é do legislador e quem pensa o direito processual não pode fechar os olhos para as perdas que o sistema gera, como se fosse um modelo perfeito, um modelo que não apresenta ineficiências.

Se a opção do legislador, fomentada por parte majoritária da doutrina é esta, muito bem. Mas é preciso humildade para reconhecer que esse sistema não é perfeito. O modelo em vigor não é o mais garantista, porquanto, implica em potencial violação à garantia da imparcialidade do julgador, mas certamente é o que apresenta mais vantagem no que diz respeito à possibilidade de obtenção da verdade, valor essencial para o julgamento justo.

## REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 104, v. 398, p. 133-154, jul./ago. 2008.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

\_\_\_\_\_. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 217-247.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of evidence*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: <[http://www.academia.edu/221841/Reflexoes\\_sobre\\_o\\_principio\\_da\\_demanda](http://www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda)>. Acesso em: 30 jan. 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ATALIBA, Geraldo. República, igualdade e ampla defesa: o caso “Folha”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, v. 661, p. 235-237, nov. 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 181-202.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Prova Cível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103-129.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55-71.

\_\_\_\_\_. Processo civil e direito à preservação a intimidade. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 3-20.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72.

\_\_\_\_\_. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 177-188.

\_\_\_\_\_. O processo civil, hoje: um congresso da associação internacional de direito processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 233-241.

\_\_\_\_\_. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-123.

\_\_\_\_\_. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. *Revista de processo*, São Paulo, ano 22, vol. 93, p. 110-117, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19-30.

\_\_\_\_\_. “Prueba y motivación de la sentencia. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115.

\_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-101.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no Novo Código Civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 141-158.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-265.

\_\_\_\_\_. La negativa de la parte a someterse a uma pericia médica. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159-166.



BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan. /mar. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, v.190, p. 37-70, dez. 2010.

BERMUDES, Sergio. Direito de petição e Estado de Direito – Ação Judicial como espécie do direito de petição – Independência do Judiciário como garantia de justiça. In: BERMUDEZ, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 165-178.

BERTOLINO, Pedro J. *La verdad jurídica objetiva*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr.2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Coleção das leis do império do Brasil. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr.2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.legislacao.planalto.gov.br](http://www.legislacao.planalto.gov.br)>. Acesso em 12 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 3.524, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 28 dez. 2000.

BRASIL. Lei n. 3.708, de 09 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 09 nov. 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (Coords.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 99-124.

\_\_\_\_\_. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Padova: Morano Editore, 1972, v. V.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do 'exame de ADN'? In: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de direito processual: terceira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-128.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 16 fev. 2013.

CAMEJO FILHO, Walter. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-25.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual. *Civil Procedure Review*, v.1, n.2, p. 42-57, jul/set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>. Acesso em 16 fev. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. La Oralidad y la Pruebas en el Proceso Civil. In: *Colección ciencia del proceso*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1972.

\_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. Aspectos sociais e políticos do processo civil: reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p. 311-377.

\_\_\_\_\_. O processo civil italiano no quadro da contraposição 'civil law'-'common law': apontamentos histórico-comparativos. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, v. II, p. 105-155.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Provas ilícitas e suspeição do julgador. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 68, p. 78-85, Nov. 2008.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2 ed. Buenos Aires: Depalma (sem indicação do ano).

\_\_\_\_\_. Verità, dubbio e certezza. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. XX, p. 4-9, 1965.

\_\_\_\_\_. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. 2. ed. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p. 51-63.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. IV.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, anno LVI (Seconda Serie), n. 1, p. 73-103, gennaio/marzo, 2001.

CARVALHO, Wesley Corrêa. Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo: por que elas simplesmente não acabam. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 121, p. 154-159, abr. 2013.

CHIARLONI, Sergio. Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 213, p. 193-215, Nov. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III.

CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3º comma, c.p.c.). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, anno XLIX, n. 1, p. 24-61, gennaio/marzo, 1994.

\_\_\_\_\_. Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità). In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 969-1004, ottobre/dicembre, 1995.

\_\_\_\_\_. El abogado y la verdad. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 283-291.

\_\_\_\_\_. Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, n. 2, p. 543-551, 1996..

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: *Revista ALCEU*. Rio de Janeiro, n. 9, v. 5, p. 105-113. 2004, jul/dez. 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti ispano-america. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, p. 159-176, out/dez. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 750, p. 11-19, abr. 1998.

CORREA, Antonio. Imparcialidade do juiz e o seu controle. In: *Julgados da Justiça de Rondônia*. Rondônia: Tribunal de Justiça de Rondônia, n. 10, p. 13-37, 1994.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios gerais no processo civil*. PROCAM, 1997 (sem indicação da cidade).

COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 28 abr. 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/)>. Acesso em 28 abr. 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich Editor, 1975.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DI MAURO, Renata Giovanoni. Os poderes instrutórios do perito e o efeito probatório do laudo pericial. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 77, p. 123-137, ago. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.

\_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DÖHRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972.

DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, ano XXVII, n. 85, tomo I, p. 220-255, mar. 2002.

FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. In: *Studi in memoria di Carlo Furno*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 337-347.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito fundamental a um processo justo e standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial. In: *Revista de estudos criminais*. Sapucaia do Sul/RS: Ed. Notadez, ano X, n. 38, p. 111-137, 2010.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1984.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba e verdad en el derecho*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. O princípio constitucional da igualdade em confronto com a lei que confere tratamento processual privilegiado aos idosos (análise da constitucionalidade da Lei 10.173, de 09/01/2001). In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, v. 106, p. 293-296, abr/jun. 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed Rio de Janeiro: NAU Editora, 2011.

FRIEDE, R. Reis. Da imparcialidade como condição básica para o desempenho da função judicante. In: *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Degrau Cultural, v. 21, p. 68-76, out/dez. 1994.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

\_\_\_\_\_. San Tiago Dantas – a atualidade de sua crítica ao ensino jurídico por ocasião do seu centenário. In: *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora, ano 87, v. 750, p. 245-266, jan/mar. 2012.

GIRÃO, Ferreira. O perfil do juiz na tradição ocidental. In: Homem, António Pedro Barbas *et al.* (Coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 307-311.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. In: *Conducta y norma*. Buenos Aires: Libreria Juridica, 1955, p. 133-154.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. La verdade y la prueba. In: DIDIER JR., *Fredie et al.* (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 737-759.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-391.

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

\_\_\_\_\_. O acesso ao direito e à justiça. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

\_\_\_\_\_. As provas no processo ambiental. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, v. 128, p. 40-58, out. 2005.

\_\_\_\_\_. Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões. In: *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, p. 7-28, 2007, out/nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, v. 164, p. 29-56, out/nov. 2008.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II.

\_\_\_\_\_. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*, p. 376. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 04 fev.2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. L'insegnamento di Enrico Tullio Liebman in Brasile. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, anno XLI, n. 04, p. 704-78, ottobre-dicembre, 1986.

GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 178, p. 123-152, dez. 2009.

\_\_\_\_\_. A função tutelar da jurisdição. In: *Revista eletrônica de direito processual*, ano 5, v. 8, p. 352-366, jul/dez. 2011. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 04 fev.2013.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das Revoluções 1789-1848*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOTHAM, Richard A. *El prejuzgamiento*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

JORGE, Mário Helton. A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 95, v. 844, p. 56-68, fev. 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11-25.

LAI, Ho Hock. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LEMOS, Rafael Cavalcanti. Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 214, p. 13-76, dez. 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 3-17.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil – reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, v. 122, p. 93-139, abr. 2005.

LIRA, Gerson. Direito à valoração da prova. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27-49.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 815-831.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, António. A sociedade portuguesa quer a independência dos seus juízes?. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (Coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 313-321.

MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 131-151.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. In: *Novos Estudos CEBRAP*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo, n. 58, p. 183-202, Nov. 2000.

MAZZA, Mauro. Le garanzie del potere giudiziario nell'evoluzione degli ordinamenti ex socialisti. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, ano 50, n. 2, p. 540-564, aprile-giugno, 1995.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MIRZA, Flávio. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da *et al.* (Org.). *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009, p. 101-121.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa *et al.* (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205-223.

\_\_\_\_\_. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reu. In: *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. V, p. 540-559, jan/jun.2010. Disponível em <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em 04 fev.2013.



MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I (Arts. 1º a 153)*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, nº 183, p. 165-194, maio, 2010.

MONTELEONE, Girolamo. Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un 'revisionista'. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 97-107.

MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2002.

\_\_\_\_\_. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 129-165.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORETTI, Carola. L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito. In: *Rivista de Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 04, p. 1.084-1.108, 1996.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NASCIMENTO, Luís António Noronha. Discurso de abertura. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (Coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 13-19.

NERY JUNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 100, v. 32, p. 305-316, Dez. 2005.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil, 2 ed. rev. ampl.* São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51-64.

\_\_\_\_\_. Presunções e ficções no direito probatório. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio; TEIXEIRA; Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 106, p. 61-72, jan. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo. In: *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 69, p. 104-110, dez. 2008.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 213, p. 161-189, Nov. 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Il monopolio statale della giurisdizione e della procedura. In: PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 105-154.

\_\_\_\_\_. Il giudice e la legge nel Code Louis. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, ano 50, n.2, p. 33-48, aprile-giugno, 1995.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: José María Boch Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 109-127.

\_\_\_\_\_. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 115-116.

\_\_\_\_\_. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n. 196, p. 131-162, jun. 2011.

PINHO, Leda de Oliveira; ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PISANI, Andrea Proto. Pubblico e privato nel processo civile. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 207, p. 281-301, maio, 2012.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADEL, Jean. "Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 94, p. 155-175, abr/jun. 1999.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual em perspectiva argumentativa. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 210, p. 13-40, ago. 2012.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SINGH, Simon. *O último teorema de Fermat*. Tradução de Jorge Luiz Calife. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 857, p. 29-53, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. A parcialidade positiva do juiz. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 183, p. 25-76, maio, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real?: uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, v. 921, p. 359-391, julho, 2012.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 221, p. 241-269, jan/mar. 1998.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozione generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

\_\_\_\_\_. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Tradução: Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. L'onere come figura processuale. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, n. 2, v. 66, p. 425-436, giugno, 2012.

TARZIA, Giuseppe. Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. 53, n. 1, p. 13-26, gennaio-marzo, 1997.

TARZIA, Giuseppe. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. 60, n. 2. p. 317-328, apr./giugno, 2005.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 186, p. 333-352, ago. 2010.

TELES, Miguel Galvão. Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal. In: *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 24, p. 127-134, jan/mar. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. I.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Impedimento do juiz. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 43-52.

TUCCI, José Rogério Cruz. Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do CPC. In: *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, ano VII, n. 23, p. 61-75, jan/mar. 2002.

TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

UBERTIS, Giulio. Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, anno L, vol. 50, p. 16-30, gennaio-marzo, 2007.

VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, anno LV, n. 2, p. 299-317, aprile/giugno, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 947-960.

WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. In: *Revista sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Editora da UFSC, n. 24, p. 36-54, set. 1992.

ZANETI JUNIOR, Hermes Zaneti Junior. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimentos probatórios. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, v. 116, p. 334-371, jul - ago, 2004.