

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Pedro Henrique Magalhães Lima

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ:**  
**proposta de releitura à luz de aspectos do CPC de 2015**

Belo Horizonte

2024

Pedro Henrique Magalhães Lima

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ:  
proposta de releitura à luz de aspectos do CPC de 2015**

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

Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade.

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

L732p Lima, Pedro Henrique Magalhães  
Poderes instrutórios do Juiz [manuscrito]: proposta de releitura à luz de aspectos do CPC de 2015 / Pedro Henrique Magalhães Lima. - 2024. 82 f.

Orientador: Érico Andrade.  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.  
Bibliografia: f. 76-82.

1. Direito processual - Teses. 2. Juízes - Teses. 3. Prova (Direito) - Teses. 4. Autonomia - Teses. 5. Cooperação - Teses. 6. Instrução (Direito) - Teses. I. Andrade, Érico. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.962.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES LIMA

Realizou-se, no dia 18 de março de 2024, às 09:00 horas, Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: proposta de releitura à luz de aspectos do CPC de 2015*, apresentada por PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES LIMA, número de registro 2022667845, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Érico Andrade - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Glaucio Ferreira Maciel Goncalves (UFMG), Prof(a). Vallisney de Souza Oliveira (UNB).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 85 (OITENTA E CINCO)

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 18 de março de 2024.

Prof(a). Érico Andrade (Doutor) Nota: 85 (OITENTA E CINCO)

Prof(a). Glaucio Ferreira Maciel Goncalves (Doutor) Nota: 85 (OITENTA E CINCO)

Prof(a). Vallisney de Souza Oliveira (Doutor) Nota: 85 (OITENTA E CINCO)

## AGRADECIMENTOS

À Laiss, primeira e maior incentivadora desta linda ideia, que um dia me parecia muito longe e improvável. Sua dedicação (incansável) à academia, ao estudo e à reflexão científica foram o exemplo que segui. Companheira de tudo! Na alegria e na tristeza, me indicou rumos, deu conselhos de quem já está a léguas de distância nesta caminhada, e muitas foram as noites sozinha, com neném, para tornar tudo isso possível! À Alice, pessoinha cheia de luz e muita energia, que me recebia das viagens com aquele sorriso que acabava com todos os problemas. Vocês são fundamentais!

Ao professor Érico, por ter aceitado a orientação e me dar a oportunidade de experimentar este crescimento. Seu conhecimento, linearidade e coerência de raciocínio descomplicaram as questões que tive de enfrentar no desenvolvimento deste trabalho. Sua abordagem eficiente, e capacidade de distinguir os pontos fundamentais, tornaram mais simples o caminho.

Ao iniciar uma jornada, sabemos, com alguma precisão, qual será o possível resultado principal. Mas a vida não segue uma linha reta, e nossas escolhas levam, quase sempre, a outras realizações fundamentais. E o mestrado, indiretamente, me trouxe de volta às Minas Gerais. Neste ponto não posso deixar de agradecer ao professor Gláucio, que me acompanhou na graduação, no mestrado, de quem tenho a honra de ser colega, e que foi o conselheiro que faltava para que eu trabalhasse a volta para Minas.

A meus pais, Sânzio e Marília, e à Belinha e Maria Célia, meus apoiadores incondicionais e porto seguro sempre.

Por fim, sem meus sensacionais amigos a vida não seria tão espetacular. Gostaria de agradecer a todos nominalmente, mas para que a dissertação não fique muito longa, por todos eu agradeço ao Daniel, ao Breno e ao Gustavo. A prosa leve, companheira e sábia de vocês faz toda a diferença para mim!

Muito obrigado a todos vocês!

## **Resumo**

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas ideias que modificaram, em certa medida, o modelo de processo vigente em nosso ordenamento jurídico. A figura do estado-juiz passa a estar mais próxima das partes e do direito em julgamento, e o processo busca deixar de servir à jurisdição, e voltar sua atenção aos usuários do serviço jurisdicional. Considerando esta realidade, o presente trabalho busca verificar se - com a maior abertura à autonomia privada, com o relevo dado à qualidade do direito em litígio, se disponível ou indisponível, passível de autocomposição ou não, se o princípio da cooperação, e a relação entre o saneamento, a preclusão e as regras de distribuição do ônus da prova – há nova conformação ao poder de iniciativa probatória dos juízes.

Palavras-chave: Poderes instrutórios do juiz; Autonomia privada; Cooperação.

## **Abstract**

The Civil Procedure Code of 2015 brought new ideas that modified, to a certain extent, the process model in force in our legal system. The figure of the judge becomes closer to the parties and to the objectives pursued by them, and the process seeks no more to serve the jurisdiction, but turn its attention to the users of the judicial service. Considering this reality, this work seeks to verify whether - with the greatest openness to private autonomy, with the emphasis given to the characteristic in dispute, if could be exercised under one's discretion or not, whether the principle of cooperation, and the relationship between pretrial measures, estoppel and the rules of distribution of the burden of proof – there are a new limits to the power of evidentiary initiative of judges.

Keywords: Judge's instructive powers; Private autonomy; Cooperation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – artigo

Arts. - artigos

Cap. - capítulo

CC/02 - Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. - coordenador(es)

CPC/15 - Código do Processo Civil de 2015

CPC/73 - Código do Processo Civil de 1973

CPR – *Civil Procedure Rules*

Ed. – edição

ELI – *European Law Institute*

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil*

N. – número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Org. - organizador(es)

P. - página

Sec. – século

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região

UAA – Unidades Avançadas de Atendimento

UNIDROIT - *International Institute for the Unification of Private Law*

V. – volume

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....</b>	<b>15</b>
2.1. Doutrina .....	16
2.1.1. Parcialidade .....	16
2.1.2. Subversão da natureza do direito litigioso .....	17
2.1.3. Inutilização de regras de distribuição de ônus da prova .....	19
2.1.4. A negativa da verdade .....	20
2.1.5. Acesso à justiça e processo justo .....	21
2.1.6. Natureza pública do processo .....	22
2.1.7. Igualdade material .....	23
2.1.8. A busca pela verdade .....	24
2.2. Jurisprudência.....	29
2.3. Direito Estrangeiro .....	34
2.3.1. América do Norte .....	34
2.3.2. Inglaterra e País de Gales .....	36
2.3.3. Espanha.....	39
2.3.4. Itália .....	42
2.3.5. França.....	43
2.3.6. Portugal .....	43
2.3.7. Modelo Europeu de Regras sobre Processo Civil (ELI/UNIDROIT) .....	44
2.3.8. Breve resumo .....	45
<b>3. RELEITURA SOBRE A PRODUÇÃO DE PROVA PELO JUIZ.....</b>	<b>47</b>
3.1. Autonomia privada, consensualidade e processo civil .....	47
3.2. Direitos disponíveis ou que admitam autocomposição .....	50
3.2.1. Utilização do critério no CPC de 2015 .....	50
3.2.2. Definições .....	56
3.3. Cooperação, Colaboração e Proporcionalidade .....	57
3.3.1. Decisão de mérito justa, e as cláusulas gerais e princípios constitucionais .....	58
3.3.2. O tempo razoável e a proporcionalidade .....	63
3.4. Segurança jurídica na produção de prova: o saneamento, preclusão e as regras de distribuição do ônus da prova .....	67
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>78</b>
--	-----------

## 1. INTRODUÇÃO

Nas palavras do então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, “*Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica*” (BUZAID, 1972, item 5), este é o contexto teórico da criação do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Fortemente influenciado pela busca da independência do processo civil relativamente aos demais ramos do direito e a fatores culturais, característica da fase metodológica do processualismo (MITIDIERO, 2019, posições 237 e 298), não demonstrava preocupação com a adaptação do processo às necessidades do direito em litígio.

Como técnica avessa à influência de outros ramos do direito, ou à realidade externa ao direito, o processo servia à Jurisdição, função que revelava um ato de força do estado (ANDRADE, 2018, p. 62). Esta mesma realidade revelava que a relação processual partes-juiz era primordialmente verticalizada, ocupando o magistrado o ponto mais alto.

Aproximadamente 15 anos após a edição do CPC/1973 foi promulgada a Constituição Federal de 1988 (CF/88). Inaugurando, em nosso país, a constitucionalização de normas e princípios que eram, até então, deixados à normatização infraconstitucional, alguns institutos processuais foram alçados ao maior nível hierárquico-normativo (ANDRADE; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 299)<sup>1</sup>. Conseqüentemente, o processo civil passou a ser relido, agora sob a luz principiológico-constitucional.

O constituinte abriu espaço para a negociação e autonomia privada no processo, no âmbito dos juizados de pequenas causas, nos quais se promove a transação e a solução consensual dos conflitos (artigos 24, X, 98, I e §1º, todos da CF/88<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> Cita-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; art. 93, IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>2</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;”, e, “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou

Continuando o trabalho renovador inaugurado pela nova Constituição, no objetivo de aproximar o Judiciário, e o processo, das necessidades daqueles que buscavam a função jurisdicional, diversas modificações e inovações legislativas aconteceram no início da década de 90. Cita-se, como exemplo: a introdução do regime de antecipação de tutela no CPC/1973 (ANDRADE; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 301), pela Lei 8.952/94; a inauguração do procedimento monitório, pela Lei 9.079/95, técnica se caracteriza pela “satisfatividade sem necessidade de dilação probatória” (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 83); a lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, consolidando a função conciliadora da jurisdição, em que o juiz se coloca em mesmo nível entre as partes, facilitando e promovendo a atividade negocial.

Este é o contexto da gestação e nascimento do novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Conferindo concretude infraconstitucional à constitucionalização do processo civil, expressamente prevê a necessidade de interpretação das normas processuais à luz da Constituição (art. 1º)<sup>3</sup>, exige que os atores processuais se comportem conforme a boa-fé objetiva (art. 5º)<sup>4</sup>, cooperem entre si para obtenção de decisão justa em tempo razoável (art. 6º)<sup>5</sup>, e, veda a atuação do juiz que venha a surpreender as partes, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício (art. 10)<sup>6</sup>.

Estas inserções normativas, que concretizam o modelo colaborativo, são consequências e desenvolvimento do princípio democrático em mais uma de suas manifestações. Nas palavras do professor Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se da inserção do processo judicial no plano da democracia participativa, em que os atos de poder não ficam restritos à deliberação dos representantes da soberania popular, mas podem se legitimar, também, pela participação direta dos cidadãos em sua conformação. O processo, no atual

---

togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

<sup>3</sup> “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

<sup>4</sup> “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

<sup>5</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>6</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Estado Democrático de Direito, realiza seu mister pacificador pelo regime cooperativo, em que as partes, tanto como o juiz, participam efetivamente da formação do ato de autoridade destinado a compor o conflito jurídico levado à apreciação do Poder Judiciário.  
(THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 126)

O CPC/2015 concretizou um novo cenário teórico que direciona a jurisdição e o processo aos seus usuários (antes, jurisdicionados). A natureza pública do processo passa a conviver com o destaque dado à autonomia das partes na definição dos seus rumos.

Atentando-se, agora, às disposições que regulamentam a atividade probatória pelo magistrado, tanto o CPC/1973, quanto o CPC/2015 (respectivamente nos artigos 130<sup>7</sup> e 370<sup>8</sup>), dispõem que “caberá” ao juiz determinar as provas necessárias ao “julgamento de mérito” (redação do CPC/2015), ou “à instrução do processo” (redação do CPC/1973).<sup>9</sup>

Estes artigos do CPC/1973, como se viu, em grande medida repetidos no novo CPC, em nada conformam a atividade probatória pelo magistrado, e, por eles, o estado-juiz se vê livre para buscar elementos probatórios, com a finalidade de prestar Jurisdição cognitivamente exauriente e fiel à verdade (“real”).

Considerando esta realidade, neste trabalho estuda-se se o modelo processual colaborativo e a cooperação, a maior abertura à autonomia privada e o tratamento dado ao saneamento trouxeram novas conformações ao poder de iniciativa probatória do juiz.

Com o referido intento, este trabalho foi dividido em duas partes. Na primeira estuda-se o cenário da doutrina nacional sobre o tema, o tratamento dado pela jurisprudência para o tema, e o modo como os poderes instrutórios do juiz é regulado em alguns países.

Em seguida confronta-se a atividade instrutória do juiz com alguns aspectos do Código de Processo Civil de 2015, nomeadamente, a maior abertura à autonomia privada, a utilização, ou não, pelo sistema processual, do critério da qualidade (in)disponível do direito litigioso a fim de determinar o modo de atuação do estado-

---

<sup>7</sup> “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

<sup>8</sup> “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

<sup>9</sup> Já antes, no Código de Processo Civil de 1939, o artigo 117 previa, no mesmo sentido, que “A requerimento ou ex-offício, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.”

juiz, o sentido do princípio da cooperação, e a relação entre o saneamento, a preclusão e as regras de distribuição do ônus da prova.

## 2. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A jurisdição, aplicação da norma em uma situação de tensão entre pretensões, é exercida, em concreto, no desenrolar de um processo. E, no mais das vezes, esta aplicação depende da análise de alegações sobre fatos, que são evidenciadas através atividade instrutória no processo.

A liberdade instrutória do juiz tem sido ampliada ou reduzida, a depender do momento e contexto histórico e político vivido pelo estado em que se insere. E a doutrina, a defender os benefício e perigos de cada opção, já se dedicou bastante sobre o tema.

Um polo das correntes sobre o assunto entende que o juiz almejado pela sociedade é aquele que observa os acontecimentos processuais a certa distância, deixando às partes, notadamente a seus procuradores, a incumbência de trazer aos autos as provas dos fatos articulados, sobre os quais se apoiam o direito alegado. Não se permite ao juiz a busca de provas que tragam ao processo elementos de convicção, e o julgamento é realizado com base no que os litigantes produziram.

Por outro lado, no polo oposto, vozes há no sentido de que se exige do estado postura de realizador de direitos. No processo, portanto, deve ser deferido ao juiz, braço do estado na função jurisdicional, maior liberdade na busca de fatos que conduzam a um julgamento cognitivamente exauriente.

E há também os que sustentam soluções intermediárias, a deferir ao juiz participação subsidiária na produção de provas, ou, a depender do direito colocado em discussão, por exemplo.

No primeiro item deste capítulo serão analisados os argumentos dos que sustentam a maior liberdade instrutória do magistrado, e daqueles que advogam postura mais contida. Destaca-se que o foco primário não é fazer uma revisão completa sobre o posicionamento dominante, quantitativamente, mas estudar os fundamentos de cada posição, e somente secundariamente trazer alguns posicionamentos de alguns processualistas.

Posteriormente, analisa-se alguns ordenamentos processuais civis estrangeiros, a fim de verificar, nestes, alguma tendência, seja pela liberdade ou restrição instrutória do magistrado.

Por fim, estuda-se algumas decisões de tribunais nacionais de modo a apreender o modo como o tema tem sido tratado na jurisprudência.

## 2.1. Doutrina

O entendimento pela atuação contida do magistrado na produção probatória foi a que inaugurou os estudos sobre o tema e prevaleceu até alguns anos atrás.

Ao tempo do direito germânico e romano somente ao réu cabia o ônus da prova. (BEDAQUE, 1994, p. 57)

Ao tempo da aplicação, no Brasil, das Ordenações, era previsto que deveria o juiz julgar:

segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado; porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, foi outorgado pelo Direito, que julgue segundo sua consciência.<sup>10</sup>

Por séculos o processo foi visto como um jogo em que o juiz tomava a posição de expectador das partes, com a dominação do critério dispositivo. Ensina o professor Humberto Theodoro Jr. que na década de cinquenta do século passado, quando da vigência do CPC de 1939 em nosso país, prevalecia esta postura, pouco preocupada com a realização de objetivos sociais no processo. Portanto, interessava um juiz mais distante da produção de provas. Cabia às partes trazer aos autos as provas dos fatos alegados, e ao juiz decidir, com base no que havia nos autos, qual era, em concreto, a vontade da lei. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 2-3)

Pela razão histórica acima apresentada, inicia-se o estudo pelos argumentos contrários à atividade instrutória pelo juiz.

### 2.1.1. Parcialidade

A primeira preocupação apresentada concerne à imparcialidade.

---

<sup>10</sup> Nas Ordenações Afonsinas, Livro Terceiro, Título Sessenta e Nove, disponível em <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>>, acesso em 27/09/2023; nas Ordenações Manuelinas, Livro Terceiro, Título Cinquenta, disponível em <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>>, acesso em 27/10/2023; e, nas Ordenações Filipinas, Livro Terceiro, Título Sessenta e Seis, disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>, acesso em 27/10/2023.

Para poder decidir sobre se, e quais provas, devem ser produzidas, o juiz necessariamente assumiria o papel das partes no processo, pois estas decisões são precedidas da consideração do interesse que delas se beneficiará. Portanto, independentemente de se, ao final, o juiz avaliará objetivamente o resultado, em fase anterior já distorceu sua função no processo. (MONTELEONE, 2007, p. 870)

Moacyr Amaral Santos, comentando o artigo 271, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939)<sup>11</sup>, entende que pode haver parcialidade na tomada de providências probatórias de ofício pelo juiz. Porém, deixa claro a necessidade de a restrição se dar quando controvertido direito disponível, não podendo, nestes, o Estado suprir a inatividade da parte a quem a prova aproveitaria.<sup>12</sup>

A distinção de solução, considerando se tratar de direitos disponíveis ou indisponíveis, é também adotada por Sérgio Shimura e Tatiana Luz (SHIMURA; LUZ, 2020, p. 11), e Behlva Maffessoni (MAFESSONI, 2020, p. 138).

### *2.1.2. Subversão da natureza do direito litigioso*

O segundo argumento tem relação com a natureza do direito controvertido. A liberdade instrutória, ao menos irrestrita, do Estado-Juiz, resultaria na subversão da natureza do direito em julgamento, de forma a se tutelar um direito disponível, como se indisponível fosse.

---

<sup>11</sup> O Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939) previa, no artigo 117, que a “requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo”, e mais adiante, no artigo 271, caput e parágrafo único, que “encerrado o debate, o juiz proferirá sentença”, mas, se “não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, afim da publicar a sentença”

<sup>12</sup> “Não pode, outrossim, o juiz, no entretanto, por sua iniciativa, completar a prova deficiente em qualquer caso, suprimindo, por essa forma, a inatividade da parte interessada. Se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixarem as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro, diante da incerteza em que se encontram dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; nunca para completar a prova no sentido de fazer pesar a balança para um lado ou para o outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça. Por outro lado, e como já se disse, o juiz tem o poder de ordenar se complete a prova quando esta diga respeito à matéria de ordem pública. Assim, como ao juiz não é dado deixar de decidir, sempre que, por exemplo, se alegue direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro, dado que o ignore deverá ordenar se complete a prova respectiva (Cód. Proc., art. 212), sempre que a oferecida não o satisfaça, por deficiente. O mesmo se diria de provas referentes ao matrimônio, ao pátrio poder, etc.” (SANTOS, 1970, p. 336)

Em outras palavras, como no julgamento não há uma transferência de direitos das partes ao juiz, seu poder probatório passaria a ter uma justificação de natureza pública. Porém, a justiça do julgamento e o estabelecimento da verdade nada teriam a ver com o interesse público. A uma, pois a verdade e a justiça ficariam mais resguardadas com a produção probatória pelas partes. Em segundo lugar, não teria sido demonstrado que a produção de provas pelo juiz produziria resultados melhores ou mais confiáveis. Além disso, refletir-se-ia uma postura jurídico-política paternalista ou autoritária<sup>13</sup>, em que o Estado assume o poder de interferir na proteção processual

---

<sup>13</sup> Em crítica à correlação feita entre estados autoritários e atuação probatória do juiz, o Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Universidade de Barcelona, José Luis Vázquez Sotelo aduz: *“Algunos procesalistas, primero y principalmente en Italia,<sup>13</sup> a los que se han sumado otros en España<sup>14</sup> y en Argentina<sup>15</sup> y en otros países, invocando el "garantismo" -y conviene advertir que defensores del proceso civil con plenas garantías somos todos-, defienden con un entusiasmo y un apasionamiento propio de apóstoles o evangelistas<sup>16</sup> que si se atribuyen al juez iniciativas probatorias de oficio (dentro de las llamadas facultades materiales de dirección) el proceso civil resultante sería un proceso civil autoritario, propio de regímenes totalitarios, contrapuesto al modelo de proceso civil liberal en el que la iniciativa de la prueba corresponde únicamente a las partes y el juez debe pronunciar su sentencia solo con la prueba que las partes le hayan aportado y según el resultado de esa prueba y de la distribución legal de las cargas probatorias, según el tantas veces repetido aforismo *ludex iudicare debet secundum allegata et probata partium.*”* (SOTELO, 2009, p. 3), no mesmo sentido, Taruffo: *“Un altro punto preliminare particolarmente importante riguarda la questione se quello dei poteri istruttori del giudice possa essere considerato come un problema politico, ossia se l'attribuzione al giudice di poteri di iniziativa istruttoria implichi l'assunzione di un'ideologia politica antiliberal e sostanzialmente autoritaria o addirittura totalitaria. La questione non è nuova, 4ed è stata oggetto di discussioni ricorrenti nella dottrina del processo civile. Tuttavia essa è oggetto di un recente revival, particolarmente in Italia 5ed in Spagna, 6ma anche altrove, 7sicché è opportuno fare in proposito qualche considerazione. Non è qui possibile esaminare in tutte le sue versioni e varianti la tesi che in proposito viene avanzata: in sostanza, essa afferma che la presenza di un giudice dotato di poteri istruttori autonomi sarebbe uno tra gli indicatori sicuri del fatto che ci si trova in un sistema autoritario, mentre un sistema autenticamente liberale non dovrebbe attribuire al giudice alcun potere di iniziativa istruttoria. Non è chiaro, nei termini in cui solitamente questa tesi viene espressa, se si intende che sarebbe autoritario ed antiliberal il processo nel quale il giudice dispone di poteri istruttori autonomi, o se si deve considerare come autoritario, totalitario e antiliberal anche il sistema politico nel quale siffatti poteri vengono attribuiti al giudice civile. Nella prima ipotesi, tutto il discorso rischia di ridursi ad un gioco circolare di definizioni: si può invero stipulare convenzionalmente di chiamare "autoritario" il processo in cui il giudice ha poteri istruttori, e di chiamare "liberale" il processo in cui il giudice è privo di tali poteri. 8Questo secondo uso linguistico è abbastanza comune, benché possa suonare incongruo definire semplicisticamente come "liberale" un processo caratterizzato dal monopolio delle parti private sui mezzi di prova, dato che un processo siffatto potrebbe essere "illiberale" sotto altri punti di vista, ad esempio non assicurando l'indipendenza del giudice. 9Il primo uso linguistico è ancora più incongruo poiché un processo in cui il giudice dispone di poteri istruttori non implica alcun "autoritarismo" processuale, potendo tali poteri configurarsi come puramente suppletivi ed integrativi rispetto a quelli delle parti, e potendo il giudice svolgere un ruolo del tutto secondario, o marginale, nella raccolta delle prove. 10Inoltre, come spesso accade, il giudice può fare a meno di esercitare questi suoi poteri, sicché non si avrebbe in realtà alcuna gestione autoritaria dell'istruzione probatoria. Questo modo di usare il linguaggio non è comunque neutrale, in virtù della valutazione negativa che l'impiego retorico del termine "autoritario" convoglia verso il processo in cui il giudice è dotato di poteri istruttori, e della valutazione positiva che il termine "liberale" retoricamente convoglia verso il processo in cui il giudice è privo di tali poteri. 11Si tratterebbe dunque di un gioco di definizioni stipulative non particolarmente utile ma neppure innocuo: è comunque opportuno non servirsi di definizioni siffatte, poiché esse appaiono foriere di confusioni e fraintendimenti.”* (TARUFFO, 2006, p. 1-2), em tradução livre: *“Outro ponto preliminar particularmente importante diz respeito à questão de saber se os poderes de intrutórios do juiz podem ser considerados*

dos direitos subjetivos, a despeito de sua natureza privada e disponível. Trata-se a parte como incapaz de prover seus próprios interesses. (MONTELEONE, 2007, p. 866-868)

### 2.1.3. Inutilização de regras de distribuição de ônus da prova

Outro ponto levantado é o de que a atuação do magistrado poderia também tornar inócua a regra de distribuição do ônus da prova.

O processo civil, na maior parte das vezes, tem a função de tutelar direitos que pertencem ao indivíduo, e que deles pode dispor sem interferência estatal. Permitindo-se ao juiz a produção de provas, as regras de distribuição do ônus da prova seriam esvaziadas. Com a retirada do ônus da prova da parte, modificar-se-ia a natureza do direito, que deixa de ser individual e disponível, e seria absorvido por um interesse superior, que legitimaria o poder probatório pelo juiz. (MONTELEONE, 2007, p. 866-868)

---

um problema político, ou seja, se a atribuição ao juiz de poderes instrutórios implica a assunção de uma ideologia política antiliberal e essencialmente autoritária ou mesmo totalitária. A questão não é nova, e tem sido objeto de recorrentes discussões na doutrina do processo civil. No entanto, ressuscitou recentemente, notadamente na Itália e na Espanha, mas também noutros locais, pelo que é oportuno tecer algumas observações sobre este assunto. Não é possível aqui examinar em todas as suas versões e variantes o argumento apresentado a esse respeito: em essência, afirma que a presença de um juiz com poderes instrutórios de ofício é um dos indicadores seguros do fato de que estamos em um sistema autoritário, enquanto um sistema genuinamente liberal não deve conferir ao juiz qualquer poder instrutório. Não está claro, nos termos em que essa tese costuma ser expressa, se se entende que o processo em que o juiz tem poderes investigativos autônomos é autoritário e antiliberal, ou se o sistema político em que tais poderes são atribuídos ao juiz civil também deve ser considerado autoritário, totalitário e antiliberal. Na primeira hipótese, todo o discurso corre o risco de ser reduzido a um jogo circular de definições: pode-se, de fato, convencionalmente chamar de "autoritário" o processo em que o juiz tem poderes de investigação, e chamar de "liberal" o processo em que o juiz é privado de tais poderes. Esse segundo uso linguístico é bastante comum, embora possa soar incongruente definir de forma simplista como "liberal" um processo caracterizado pelo monopólio dos particulares sobre os meios de prova, uma vez que tal processo poderia ser "iliberal" em outros aspectos, por exemplo, por não garantir a independência do juiz. O primeiro uso da linguagem é ainda mais incongruente porque um julgamento em que o juiz tem poderes instrutórios não implica qualquer "autoritarismo" processual, uma vez que esses poderes podem ser puramente suplementares e complementares aos das partes, e o juiz pode desempenhar um papel completamente secundário, ou marginal, na coleta de provas. Além disso, como acontece frequentemente, o tribunal pode dispensar o exercício desses poderes, de modo que não haveria, de fato, uma gestão autoritária da obtenção de provas. Essa forma de usar a linguagem não é, no entanto, neutra, em virtude da avaliação negativa que o uso retórico do termo "autoritário" transmite para o julgamento em que o juiz é dotado de poderes instrutórios, e da avaliação positiva que o termo "liberal" transmite retoricamente para o julgamento em que o juiz é privado de tais poderes. Seria, portanto, um jogo de definições estipulativas que não é particularmente útil, mas também não é inofensivo: é, em qualquer caso, aconselhável não usar tais definições, uma vez que parecem ser prenúncios de confusão e mal-entendidos."

O poder instrutório do juiz desequilibraria a relação processual, pois as partes têm ônus processuais, entre esses o ônus da prova. A despeito de as regras sobre o ônus da prova serem regras de julgamento, ao determinar determinada prova o juiz estaria suprindo o ônus de uma das partes. Apesar de se reconhecer o caráter público do processo, entende-se que é instrumental e acessório ao direito material (SHIMURA, LUZ, 2020, p. 7-8)

#### *2.1.4. A negativa da verdade*

Há, ainda, o argumento que nega a possibilidade de obtenção de verdade, da correspondência com os fatos tal como aconteceram, e com isso, conclui pela desnecessidade da investida probatória estatal, eis que a busca da verdade real é um dos seus grandes justificadores.

No momento do julgamento, não haveria mais que se falar em oposição entre verdade material e formal (ou jurídica), pois, a primeira, sendo incorporada ao processo, deixa de existir. A verdade a ser postulada ante o magistrado, por meio de provas, seria sempre produto de uma avaliação subjetiva. A única verdade possível em juízo é a verdade formal, e os meios de prova têm a função de permitir que aquela verdade seja adquirida em contraditório entre as partes. (MONTELEONE, 2007, p. 865-866)

Portanto, dever-se-ia evitar dois equívocos, que geram a concessão de amplos poderes probatórios ao juiz. O primeiro, de atribuir ao processo a finalidade de apurar a verdade material, função que não tem, nunca teve, e que seria impossível. O segundo, consequência do primeiro, de atribuir à prova a função de conduzir à apuração da verdade absoluta, e não da aquisição de certeza subjetiva por parte do juiz sobre o que é a verdade (porque foi provado) e o que não é (porque não foi provado). (MONTELEONE, 2007, p. 866)

Pontes de Miranda, comentando o artigo 130, do CPC/73, coloca-se contrário ao deferimento de poderes instrutórios irrestritos ao magistrado, o que foi feito desde o CPC de 1939, art. 117<sup>14</sup>. Sustentou que povos mais civilizados não ousaram

---

<sup>14</sup> Art. 117. A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.

novamente entregar tais liberdades aos juízes, e o fazer seria “*quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal*”.<sup>15</sup>

#### 2.1.5. Acesso à justiça e processo justo

Porém, surge na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a realização de metas sociais pelo estado, o que refletiu na prestação jurisdicional estatal. A partir desta nova concepção, a jurisdição passa a ter a “*missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça*”. Não bastaria, mais, ao Estado, garantir aos cidadãos somente o acesso ao processo, ou ao devido processo legal, mas sim o acesso à justiça, ao processo justo. Deveria o estado-juiz, nesse contexto, garantir que se atinja resultados práticos que deem à vontade da lei o melhor sentido. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.2)

O juiz, neste novo contexto, passaria a ser o dirigente de um processo que deve cumprir objetivos sociais e políticos, e para tanto, não pode adotar postura neutra, pois “*não pode fazer (...) justiça quem não se interessa pela resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores (...)*”.(THEODORO JÚNIOR, 2004, p.2)

---

<sup>15</sup> “Na sua abrangência sem precedentes, o Código de Processo Civil de 1973, art. 130, como o de 1939, art. 117, deixou longe a Ordenação Processual Civil austríaca, §275. Na legislação brasileira anterior ao tempo da pluralidade do processo, que foi incidente histórico de quase meio século, o Código de Processo Civil do Distrito Federal, art. 238, chegara apenas a dar ao juiz a faculdade de determinar, de ofício, exames periciais, bem como a de negar a perícia, se o fato dependia do testemunho comum e não exigia o parecer de técnicos. Agora, como desde 1939, o juiz pode ordenar quaisquer diligências necessárias à instrução do processo. Quer dizer: pode provocar e movimentar todas as provas que entenda. O problema técnico, que se apresentava ao legislador, era: ou subordinar o juiz às provas dos autos, sem qualquer oportunidade de interrogação, ou de perícia, ou de inspeção ocular de documentos referidos, porém, não produzidos; ou permitir, apenas, a inspeção ocular de documentos, o exame pericial tão presente em certas emergências, a reinquirição de testemunhas, ou a inquirição daquelas que por qualquer motivo deixaram de ser inquiridas, se bem que indicadas pelas partes, e a interrogação das partes; ou entregar ao juiz todo o poder inquisitório. Se a primeira solução pecava pela insuficiência, a última pecaria pela entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos. Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum dato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal. A ordenação processual austríaca não foi além do poder de recusar provas oferecidas pelas partes.” (MIRANDA, 1997, p. 397-398)

Teresa Arruda Alvim, considerando a importância do acesso à justiça, sustenta que acontece frequentemente de as partes litigantes se apresentarem em condições desiguais, e, neste contexto, o juiz:

seria parcial se assistisse inerte, como um expectador a um duelo (...) se deixasse de interferir para tornar iguais, partes que são desiguais. A interferência do juiz (...) tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. (ALVIM, 1994, p. 2)

O Professor José Luis Vázquez Sotelo, da Universidade de Barcelona, sustenta que a grande maioria na Europa e na América, entende que em um processo civil moderno, o juiz não poderia ser mero expectador, como um árbitro de competição esportiva, que se limita a vigiar que o combate seja limpo e proclamar, ao final, o vencedor. Ao contrário, o espanhol defende que o juiz, para cumprir seu dever constitucional de pronunciar sentenças justas (o que todas as constituições recomendam) precisa conhecer a realidade dos fatos necessários para construir o pressuposto fático sobre o qual se argumenta a solução legal pretendida. (SOTELO, 2009, p. 9).

#### *2.1.6. Natureza pública do processo*

Trata-se, segundo esta visão, da superação do conceito privatístico de processo, que tem origens no direito romano, rumo à natureza pública do processo. Para além do interesse das partes, o processo envolve também interesse do Estado, e de toda a sociedade, em razão da assunção, por aquele, da função de pacificador social, interesse público e finalidade da jurisdição. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.2)

Como ramo autônomo, regido por princípios de direito público, os institutos processuais não poderiam ser regulados pelas normas que regem a relação de direito material levada a juízo. Sendo o direito processual autônomo, este tem fins que não coincidem com o seu conteúdo (o objeto litigioso), fins que se ligam diretamente aos próprios objetivos do estado, sendo a jurisdição um dos meios para a consecução destes fins. Diante disso, a instrumentalidade do processo não pode o colocar em função da parte e seus interesses, mas sim do Estado e de seus objetivos. Em outras palavras, *“a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, e cuja preservação encontra nele o maior interessado (...)”* (BEDAQUE, 1994, p. 10-11)

Para Paulo Osternack Amaral, com o novo CPC, os poderes instrutórios do juiz deveriam ser compreendidos sob a perspectiva do dever de colaboração, que impõe ao magistrado o dever de diálogo com as partes. Porém, o autor, em razão da concepção publicista do processo, afasta entendimentos que pretendam limitar o poder instrutório do juiz em razão da disponibilidade, ou não, do direito posto em discussão. Deve, assim, o magistrado atuar ativamente na produção da prova que reputar necessária, em caso de inércia das partes ou mesmo contra a sua vontade, ressalvando-se somente o caso de negócio entre as partes vedando determinada prova, o que vincularia o juiz. Nega, ainda, a tese da subsidiariedade da atuação judicial, ou a ofensa à isonomia pela iniciativa. O poder instrutório do juiz tem amparo na lei (art. 370, CPC/2015), extrapola os interesses das partes, e *“destina-se a proteger o interesse do Estado na correta solução do litígio (...) a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade”* (AMARAL, 2021, p. 40, 43-44).

#### 2.1.7. Igualdade material

Sendo um dos interesses do estado, Alexandre Freitas Câmara destaca o mandamento constitucional da busca de igualdade, enxergando no processo um instrumento para sua realização.

Segundo o autor, o estado “Democrático de Direito” destina-se à realização da igualdade e à melhoria da condição de vida das pessoas, tem por fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e objetivos a constituição de sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento, a redução das desigualdades, e a promoção do bem de todos. Estes elementos denotam o caráter ativo que se espera do Estado brasileiro, o que torna exigível um modelo processual que não sirva somente como método de resolução de conflitos, mas sim, instrumento para a realização dos fins constitucionais. (CÂMARA, 2007, p. 3 e 9)

A busca de elementos que evidenciem a ocorrência dos fatos necessários ao julgamento exauriente do mérito, passaria a ser posicionada como um dos aspectos da assistência jurídica aos hipossuficientes jurídicos, e não somente econômicos. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.6)

Vivemos em tempos de grandes tensões resultantes do aumento de diferenças sociais e culturais, e, assim, a atuação do juiz na busca de provas prestar-se-ia a diminuir a influência destes fatores pré-processuais, e tem como fundamento “*as próprias finalidades da função jurisdicional*”. (REICHELT, 2018, p. 2)

Em um Estado Constitucional, que prima por um processo justo, o juiz deveria dispor dos meios de prova, e poderia determinar as provas que entender necessárias ao deslinde da controvérsia, de ofício ou a requerimento da parte. Através do exercício de seu poder instrutório, o juiz concretizaria tanto a igualdade material quanto a efetividade do processo, não havendo que se falar em obstáculo a este exercício pela imparcialidade, que não se confunde com neutralidade. Tampouco haveria que se falar em limite ao magistrado na determinação de ofício de provas quando em discussão direitos disponíveis, o que “*equivaleria a dizer que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 503/504).

José Roberto dos Santos Bedaque ensina que a igualdade formal “*não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito*”. A plena disponibilidade das provas pelas partes não garante a real igualdade entre as partes, tratando-se de reflexo do superado entendimento liberal-individualista. Assim, a possibilidade de tomada de iniciativa probatória pelo juiz, com um comportamento ativo na instrução, é ferramenta que dá concretude à igualdade “*real*” entre os litigantes (BEDAQUE, 1994, p. 72.)

Ricardo Aprigliano, no mesmo sentido, entende que um sistema que deixasse somente às partes a iniciativa probatória resultaria em benefício da parte melhor representada, com melhor condições financeiras e preparo técnico. (APRIGLIANO, 2020, p. 111-112)

#### 2.1.8. A busca pela verdade

Neste cenário, toma grande importância a busca pelo fato verdadeiro, pressuposto fático da norma que se quer ver aplicada ao caso.

Para Sotelo, as soluções da lei são pensadas para serem aplicadas quando se verifica determinado pressuposto fático, concreto, de modo que se o pressuposto do qual parte o juiz não se conforma à realidade, a solução judicial será

necessariamente errônea. Nega ainda que esta iniciativa possa colocar em risco a imparcialidade, eis que deve atuar sempre com a necessária prudência e submetido ao contraditório. (SOTELO, 2009, p. 9-10)

Humberto Theodoro Júnior entende que a justiça da decisão se vincula à verdade real, de forma a se tornar necessária a atribuição, ao juiz, do “*comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar.*” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.4). Ainda:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. (...)  
(THEODORO JÚNIOR, 2004, p.4)

No mesmo sentido, Câmara entende ser a finalidade do processo a produção de decisões verdadeiras, o que significa coincidência com a verdade dos fatos. E, conferindo ainda mais ênfase, o autor sustenta somente ser possível a construção de uma sociedade justa, se o processo produzir decisões verdadeiras. Câmara tem como norte de seu entendimento o caráter ativo dado, pela Constituição, ao Estado brasileiro. Neste sentido de comportamento do Estado, somente será possível o atingimento de seus fins deferindo-se amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz.<sup>16</sup>

Em trabalho dedicado ao tema, Taruffo sustenta a necessidade de busca da verdade, não a verdade absoluta, mas a verdade processual. Porém, o sentido dado ao termo “verdade processual”, por este italiano, não se confunde com aquele dado pela corrente que o faz coincidir com “verdade formal”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> “É preciso, então, reconhecer que no direito processual civil brasileiro a regra do art. 130 do CPC (LGL\1973\5) tem legitimidade constitucional, e deve ser interpretada no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória. (...) o ativismo judicial é absolutamente essencial para que o processo seja capaz de produzir decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos (...) a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo-se que este agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.” (CÂMARA, 2007, p. 10)

<sup>17</sup> Sobre esta distinção, a fim de não induzir o leitor a erro pela coincidência terminológica, destaca-se o seguinte trecho da parte final do referido artigo: “*Prima di concludere il discorso, vale forse la pena di specificare che alcune altre idee diffuse intorno alla natura della verità nell’ambito del processo sono infondate e meritano di non essere prese in considerazione. Una di queste idee è abbastanza comune tra gli studiosi del processo, e consiste nel ritenere che nel processo si possa accertare soltanto una verità “processuale” o “formale”, mentre la verità “reale” si potrebbe accertare solo al di fuori del processo.<sup>42</sup> La ragione di questa differenza consisterebbe nel fatto che la disciplina del processo di solito contiene norme che regolano l’ammissione, l’acquisizione, e talvolta anche la valutazione delle prove, mentre norme di questo tipo non esistono al di fuori del processo. In proposito si può osservare che in effetti esistono norme di questo genere (molto diverse, peraltro, nei vari ordinamenti processuali), e che talvolta alcune di queste norme possono limitare (ma a volte favoriscono) la ricerca della verità,*

No processo, na maioria das vezes, o problema a ser resolvido pelos tribunais diz respeito aos fatos que envolvem o litígio. Se se considera que uma decisão não pode ser considerada justa ao basear-se em constatação falsa, ou errônea, dos fatos relevantes, então, inversamente, a justiça da decisão dependerá da constatação da verdade sobre os fatos. De outro lado, caso se entenda que a vocação do processo seja tão somente a resolução de conflitos, considerando que litígios também podem ser resolvidos com decisão baseada em estabelecimento errôneo dos fatos, a apuração da verdade deixa de ser uma das finalidades do processo. (TARUFFO, 2014, p. 1 - 3).

No mais das vezes, os fatos entram no processo não como eventos empíricos, ou historicamente ocorridos na realidade material, mas sim como produtos linguísticos que tratam destes eventos, por já terem ocorrido previamente ao julgamento. Falar em verdade fática, no contexto processual, é dizer sobre a verdade, ou falsidade, das narrativas que descrevem os fatos jurídicos. Como as narrativas não preexistem ao processo, os participantes do processo realmente constroem suas narrativas, sendo assim resultado de atividades, em alguma medida, criativas, por aqueles que as elaboram. Ao final, cabe ao juiz construir uma narrativa dos fatos considerando as circunstâncias que foram, ou não, comprovadas. (TARUFFO, 2014, p. 3 - 4)

Neste ponto surge o problema da definição da concepção de verdade que deve ser estabelecida em um julgamento.

Aqueles que aplicam teorias narrativas ao processo adotam concepção de que a verdade de uma narrativa é determinada exclusivamente por sua coerência. Porém, entende o autor que essa não pode ser a concepção de verdade a ser adotada no âmbito do processo, pois aqui interessa saber o que aconteceu na realidade do mundo exterior. Uma condenação só se justifica se o condenado, efetivamente,

---

*ma ciò non implica che ciò che si può conoscere all'interno del processo sia una verità ontologicamente diversa da quella che si conosce in qualunque ambito di esperienza extraprocessuale.*" (TARUFFO, 2014, P. 8 – 9). Em tradução livre: "Antes de concluir a discussão, talvez valha a pena ressaltar que algumas outras ideias difundidas sobre a natureza da verdade, no contexto do processo, são infundadas e merecem ser desconsideradas. Uma dessas ideias, bastante comum entre os estudiosos do julgamento, consiste na crença de que apenas uma verdade "processual" ou "formal" pode ser verificada no julgamento, enquanto a verdade "real" só pode ser verificada fora do julgamento. A razão para essa diferença seria que a disciplina do julgamento geralmente contém regras que regem a admissão, a coleta e, às vezes, até mesmo a avaliação de provas, enquanto regras desse tipo não existem fora do processo. A esse respeito, observa-se que, de fato, existem normas desse tipo (muito diferentes, aliás, nos diversos sistemas processuais), e que algumas dessas normas podem limitar (mas às vezes favorecer) a busca da verdade, mas isso não implica que o que pode ser conhecido dentro do julgamento seja uma verdade ontologicamente diferente daquela que é conhecida em qualquer campo da experiência extraprocessual."

cometeu o ato que lhe é imputado, e não se o acusador conseguiu construir uma boa narrativa sobre ele. A concepção da verdade como coerência narrativa, portanto, não tem lugar no contexto do processo. (TARUFFO, 2014, p. 6)

Deve o processo se basear em uma concepção realista da verdade, como a correspondência entre a descrição dos fatos e a realidade. Portanto, o juiz, ao decidir, deve construir uma narrativa de fatos que seja verdadeira, por corresponder à realidade dos acontecimentos, por meio de confirmação pelas provas disponíveis. Trata-se, assim, de uma complexa atividade epistêmica, direcionada a alcançar a veracidade das declarações relativas aos fatos relevantes, e as provas produzidas são as ferramentas para tanto. (TARUFFO, 2014, p. 6 - 7)

Porém, a verdade do processo não se confunde com verdade absoluta, mas é uma verdade relativa. Ela é relativa pois nunca coincide exatamente com a verdade categórica. Esta é o Norte, a referência, que deve orientar a atividade processual, que pode não ser atingido, mas indica a direção para a qual os procedimentos cognitivos devem se orientar. (TARUFFO, 2014, p. 7)

A verdade a ser alcançada no processo é, portanto, uma aproximação à correspondência perfeita aos fatos. Como trata-se de uma verdade relativa, o grau de aproximação aos fatos é maior ou menor a depender da qualidade e quantidade de informação em que se baseia a reconstrução dos fatos feita pelo juiz. (TARUFFO, 2014, p. 8).<sup>1819</sup>

---

<sup>18</sup> Aprofundando o tema do caráter relativo da verdade processual, e traçando um paralelo com a probabilidade, Taruffo continua dizendo a relatividade é frequentemente relacionada a um conceito de probabilidade quantitativa, e que seu cálculo é baseado, sobretudo, no "teorema de Bayes", a fim de se atribuir percentual numérico ao grau de confiabilidade a uma declaração de fato, com base nas evidências a seu respeito. Mas, observa, primeiramente, que, exceto em raras exceções nas quais é possível o uso de quantificações estatísticas, o cálculo de probabilidade quantitativa não é aplicável à avaliação da evidência e, portanto, o grau de aproximação que caracteriza a verdade processual não pode ser traduzido em números. Em segundo lugar, entende ser possível se falar em probabilidade da verdade processual, mas apenas de probabilidade lógica, ou seja, do resultado de inferências lógicas através das quais as informações fornecidas pela prova levam a conclusões sobre a confiabilidade das declarações relativas aos fatos do caso. Ou seja, a verdade processual é provável em função da quantidade e qualidade das provas que fundamentam a decisão, e de acordo com o raciocínio que justifica a conclusão sobre os fatos. (TARUFFO, 2014, p. 8)

<sup>19</sup> Neste mesmo sentido posiciona-se Hermes Zanetti Júnior: "*Viu-se, até aqui, a evolução do direito processual e sua passagem para o direito "processual moderno". Precisamos esclarecer agora o ponto referente às concepções de "verdade" adotadas por cada corrente. O problema dos modelos da prova liga-se fundamentalmente com esta questão. 29Isto porque o modelo adotado corresponde em maior ou menor grau à preocupação com a certeza, se absoluta ou provável, que o processo espera obter ao final com a decisão judicial. A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. 30O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica.*" (ZANETTI JÚNIOR, 2004, p. 4 – 5).

Indicados, nas linhas anteriores, os argumentos que sustentam a atuação mais, ou menos, ativa do juiz, destaca-se alguns autores (e os já citados podem estar entre estes) que trazem condicionantes ao poder instrutório do juiz.

Em respeito ao princípio da igualdade entre as partes, Vicente Greco Filho, (tal como Moacyr Amaral Santos), estudando o art. 130 do CPC de 1973, entende não poder o juiz substituir as partes no ônus probatório, que lhes pesa. Portanto, a fim de não inutilizar a distribuição de ônus da prova, a interpretação que deve ser dada é de existência de liberdade de determinação de prova, de ofício, nos procedimentos que envolvem interesse público, como é o caso dos processos de jurisdição voluntária. Em não se tratando de processo que verse sobre interesse público, o juiz poderia somente complementar alguma prova já requerida pela parte, quando produzida de forma insatisfatória para seu convencimento.<sup>20</sup>

Leonardo Greco ensina que somente para suprir deficiências probatórias das partes, ou o “*abismo de comunicação que separa as partes do juiz*”, seria possível a investida probatória estatal, revelando-se, assim, fator de equalização das desigualdades processuais (GRECO, 2008, p. 46). No mesmo sentido, Daniel Assumpção entende ser possível a tomada de providências probatórias pelo magistrado, mesmo diante da inércia das partes. Porém, esta postura deve ser

---

<sup>20</sup> “Os artigos 130 e 131 referem-se à atividade do juiz no que concerne à prova processual. Dispõe o art. 130 que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O artigo pode levar a uma interpretação inadequada se se entender que o processo civil o juiz tem poderes inquisitivos absolutos na investigação probatória; todavia, tal preceito deve ser interpretado em conciliação com o sistema do Código que é o sistema dispositivo, ou seja, o sistema de iniciativa da parte, inclusive no que concerne à produção de provas. É ônus do autor produzir a prova que lhe interessa, nos termos do art. 333, o mesmo ocorrendo em relação ao réu. Na petição inicial deverá o autor requerer a produção das provas relevantes ao processo, e ao réu competirá igual ônus por ocasião da contestação. Como, então, entender o art. 130 que autoriza o juiz a determinar de ofício as provas necessárias à instrução do processo? Como se disse, essa autorização deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isso ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz determinar de ofício nova perícia. Afora esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade.” (GRECO FILHO, 2002, p. 227-228)

tomada após o esgotamento das provas requeridas pelas partes, em caso de ainda haver questão obscura para o julgamento da demanda (NEVES, 2018, p. 743).

Marcelo José Magalhães Bonizzi (no mesmo sentido também de Moacyr Amaral Santos) sustenta que a produção de ofício de provas somente terá lugar quando se objetiva complementar as provas produzidas pelas partes. Porém, em caso de atuação desidiosa pelas partes, o magistrado não poderia atuar, sob pena de mácula à imparcialidade (BONIZZI, 2017, p. 43).

Trícia Navarro Xavier sustenta que a cabe ao juiz uma postura ativa na produção de provas, o que aproximaria o processo, neste particular, do sistema inquisitório. Porém, a intervenção probatória do magistrado deve ser subsidiária à das partes, e sempre cuidadosa para que não sirva de justificativa para o comodismo ou inércia dos litigantes (XAVIER, 2008, p. 19).

Pedro Gomes de Queiroz, considerando a modificação que o modelo cooperativo trouxe ao contraditório no CPC, ensina que o juiz deve, antes de determinar a realização de certa prova, advertir as partes sobre sua relevância, consultando-as sobre a conveniência na produção, atuando supletivamente à iniciativa das partes (QUEIROZ, 2020, p. 8).

## **2.2. Jurisprudência**

Na jurisprudência nacional, como visto acontecer na doutrina, encontramos posicionamentos pela atuação irrestrita, pela atuação subsidiária ou complementar à das partes, e pela atuação conforme a natureza do bem jurídico litigioso.

Pela atuação irrestrita, em 1999, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) entendeu possível a determinação de realização de perícia pelo magistrado (a despeito de ter precluído para a parte), com fundamento no artigo 130, do então vigente CPC/73. Tratava-se de agravo em que uma das partes se insurgia contra a determinação, de ofício, da realização de exame de DNA. No voto condutor do acórdão é dito que, apesar de ter havido preclusão para a parte requerer o exame, esta não se aplica ao juízo, que pode determiná-lo a qualquer momento. O limite ao

poder instrutório do juiz, que é sindicável em segunda instância, seria tão somente a impertinência ou inutilidade da prova.<sup>21</sup>

Apesar de o objeto em julgamento ser direito indisponível (paternidade), esta qualidade não foi levada em consideração no julgamento, e, portanto, não foi aqui categorizada.

O tribunal mineiro, em 2000, permitiu que o juiz requisitasse informações a órgãos acerca de bens e contas bancárias dos executados, *“por ser flagrante o interesse da Justiça, utilizando, assim, seus amplos poderes instrutórios previstos no art. 130 do CPC”*.<sup>22</sup>

Em julgado de 2001, também do TJMG, tem-se caso de consumidor em face de banco, em que este não se desincumbiu de comprovar a legitimidade de lançamentos em conta. Nesta situação, o tribunal permitiu que o juiz julgasse procedente o pedido relativamente aos lançamentos sem comprovação, ou que, *“até de ofício”*, determinasse *“a produção de provas, seja pela exibição, seja através de perícia, nos termos dos artigos 125, 130, 333, II, e 355 do CPC”*.<sup>23</sup>

A Terceira Seção do Tribunal Regional da 3ª Região (TRF3), em julgamento de ação rescisória na qual se discutia eventual utilização de prova falsa na concessão de benefício previdenciário, em 2010, destacou no voto da relatoria que a:

conversão do julgamento em diligência, tomada ex officio, é medida perfeitamente possível no âmbito da iniciativa probatória do juiz, a fim de permitir, sem qualquer tipo de limitação na formação de seu convencimento, o alcance da verdade e a otimização da prestação jurisdicional.<sup>24</sup>

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2016, julgou caso em que um município, que não requereu prova pericial na primeira instância (e

---

<sup>21</sup> (...) Se, para o Agravado, ocorreu preclusão do direito de requerer prova pericial, o mesmo não se pode dizer do Juiz que, de ofício, pode determinar a produção das provas que entender necessárias ao esclarecimento da verdade (art. 130 do CPC). O limite para o poder do Magistrado, que poderia ser revisto nesta sede, estaria na inutilidade ou impertinência da prova, o que não ocorre in casu, sabido que o exame de DNA permite concluir, com absoluta certeza, a existência da paternidade. (...) TJMG - Agravo de Instrumento 1.0000.00.137353-9/000, Relator(a): Des.(a) Jose Fernandes Filho, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/05/1999, publicação da súmula em 26/05/1999

<sup>22</sup> TJMG - Agravo de Instrumento 2.0000.00.295534-2/000, Relator(a): Des.(a) Alvimar de Ávila, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 02/02/2000, publicação da súmula em 15/02/2000

<sup>23</sup> TJMG - Agravo de Instrumento 2.0000.00.332402-7/000, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 08/05/2001, publicação da súmula em 26/05/2001

<sup>24</sup> TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 4405 - 0009221-12.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 10/06/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/08/2010 PÁGINA: 94

requereu julgamento antecipado da lide), acabou por se sagrar vencedor pois, em segundo grau, entendeu-se e determinou-se a realização de perícia, que beneficiou a municipalidade. A parte contrária argumentava a ocorrência de preclusão temporal e lógica. O Tribunal da Cidadania afastou a tese, e afirmou que os juízos ordinários, no primeiro ou segundo grau, são livres para determinar quaisquer providências probatórias para a formação de seu convencimento, na busca da verdade real, com base no permissivo do art. 130, CPC/1973.<sup>25</sup>

A possibilidade de atuação do magistrado foi destacada mais recentemente pelo STJ, cita-se, como exemplo, o REsp n. 1.818.766/AM, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/8/2019, e o AgInt no AgInt no AREsp n. 1.533.146/GO, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/11/2020.

Em novembro de 2023, o TJMG reafirmou que no caso de insuficiência das provas produzidas pelas partes, cabe ao magistrado, com vistas ao atingimento da verdade real, determinar a produção de outras que entender necessárias para a elucidação dos fatos. O caso era de recurso de agravo contra decisão que, em ação anulatória de título e protesto judicial, determinou a intimação do perito para esclarecer alguns pontos, mas fora do prazo legal. Afirmou-se, no voto condutor, que a atual ordem processual o juiz não se apresenta somente como destinatário das provas

---

<sup>25</sup> “(...) Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC/1973. Desse modo, a iniciativa probatória do julgador de segunda instância, em busca da verdade real, não está sujeita a preclusão, pois “em questões probatórias não há preclusão para o magistrado. (...)” AgInt no AREsp n. 871.003/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe de 23/6/2016. Nesse mesmo sentido, no STJ: “*PROCESSUAL CIVIL – PROVA PERICIAL – DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ – POSSIBILIDADE, NÃO DEVER – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA*. 1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC (LGL2015\1656), mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC (LGL2015\1656), art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito. 3. Recurso improvido.” (REsp 471.857/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 207, g.n.)” e “*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INTEMPESTIVIDADE DA ESPECIFICAÇÃO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO*. 1. A moderna sistemática do processo civil privilegia a autonomia do Magistrado e a maior amplitude dos seus poderes instrutórios, cabendo a ele, como destinatário final das provas, verificar a necessidade (ou não) das provas requeridas e determinar a sua produção, inclusive de ofício, quando imprescindível para a formação de seu convencimento. Precedentes. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 740.150/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015, g.n.)”

produzidas pelas partes, mas deve se portar ativamente no sentido de, se entender necessário, determinar de ofício a produção de provas.<sup>26</sup>

Porém, tal como se vê na doutrina, igualmente é possível encontrar julgados sustentando atuação mais contida do magistrado na busca de provas, seja por subsidiariedade (ou complementaridade) às provas já produzidas pelas partes, ou a depender da qualidade do bem em julgamento.

Na primeira categoria tem-se o AgInt no AREsp n. 753.810/SP, em que o agravante sustentava que não se poderia admitir a possibilidade de complementação da instrução probatória pelo juiz, sob pena de violação aos artigos 125, 130 e 333, todos do CPC/73. A Quarta Turma do STJ destacou a impossibilidade de se suprir a má atuação probatória da parte pela atuação do juízo, sob pena de violação da imparcialidade. Porém, permitiu-se a atuação em caso de dúvida no cotejo das provas produzidas pelas partes, no objetivo de aclarar pontos obscuros, para a correta formação do convencimento, assegurado o contraditório.<sup>27</sup>

Ainda pela subsidiariedade da atuação, a Sexta Turma do TRF3, na Apelação 0001609-13.2019.4.03.6182, decidiu que:

14. O Juiz não tem qualquer dever de produzir provas a favor do autor ou o réu; pode determinar a prova para suprir o estado de perplexidade, quando, após a instrução probatória promovida pelos litigantes, sobra dúvida que o impede de formar convencimento; é essa dúvida (perplexidade) que sobeja após a tarefa probatória das partes, que pode legitimar a conduta do Magistrado em ordenar a produção de certa prova específica - e não a "abertura" de um inteiro capítulo probatório - na tentativa de espancar a perplexidade obstativa da livre convicção. Destarte, a iniciativa probatória do Juiz, no que diz respeito à prova, só pode ocorrer no Processo Civil quando as partes já tiverem adequadamente se desincumbido do ônus de provar os fatos alegados por elas.<sup>28</sup>

Por fim, há posicionamentos que consideram a qualidade do direito litigioso a fim de ampliar, ou não, a atividade instrutória por parte do Estado-Juiz.

Este foi o caso do AgRg no REsp n. 1.105.509, julgado em dezembro de 2012, da Quarta Turma do STJ. Tratava-se de ação reivindicatória, julgada improcedente

---

<sup>26</sup> TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.551240-3/005, Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/11/2023, publicação da súmula em 23/11/2023

<sup>27</sup> AgInt no AREsp n. 753.810/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe de 23/8/2016.

<sup>28</sup> TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001609-13.2019.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/11/2022, Intimação via sistema DATA: 04/12/2022

por falta de prova (ausência de individualização da coisa pretendida pelos autores), em que os juízos ordinários não ordenaram a realização de ofício de perícia, que resolveria a razão pelo julgamento de improcedência. Porém, dada a oportunidade aos autores, nem em saneamento nem em alegações finais foi requerida a prova pericial, o que somente foi feito em sede de apelação, depois da improcedência em primeira instância. Em segunda instância o tribunal entendeu por reconhecer a preclusão na realização da prova. A produção de provas, mormente em se tratando de direitos disponíveis, compete essencialmente às partes, e ao juiz somente papel residual, “*apenas em caso de grave dúvida sobre o estado das coisas, com repercussão em interesses maiores, de ordem pública*”.<sup>29</sup>

Em agosto de 2022, a Quarta Turma do STJ reafirmou a distinção, mas, nesta oportunidade, tendo em julgamento interesses indisponíveis. Cuidou-se de ação civil pública, ajuizada por associação, em que se discutia a abusividade de cláusula em contrato de adesão. A associação autora não trouxe aos autos contrato, extrato, recibo ou documento que indicasse a cumulação de cobrança de comissão de permanência com outros encargos (razão da alegada abusividade), e tampouco o magistrado que sentenciou ordenou a juntada de provas da abusividade.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> AgRg no REsp n. 1.105.509/RN, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 18/12/2012.

<sup>30</sup> “(...) 6. Malgrado o art. 370, caput, do CPC estabeleça poder instrutório amplo, em linha de princípio, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbirem de seus ônus da forma que melhor lhes aprouver. Contudo, no âmbito do processo coletivo, em razão do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, haverá um poder instrutório amplo para o juiz, uma vez que: a) deve fiscalizar a produção probatória, bem como atuar ativamente na sua produção, inclusive com a possibilidade de averiguar a deficiência do substituto processual em produzi-la; b) por serem os representantes escolhidos por um rol legal, ganha ainda mais destaque a função do juiz na instrução probatória, atuando ativamente, ainda que de forma complementar, suprimindo eventual deficiência dos substitutos processuais; c) sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois, sob esse aspecto, elas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos; mas, sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a se provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais; d) não há nenhum impedimento para a aplicação dessa redistribuição do ônus da prova nas ações civis públicas que veiculem relações de consumo, desde que para beneficiar o consumidor (ou, no caso, o substituto processual dos consumidores). (...) 8. Por um lado, em linha de princípio, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem sustenta um fato negativo, não sendo conveniente o ajuizamento de ação civil pública apontando abusividade contratual sem que seja colacionado aos autos um único contrato, extrato, recibo de pagamento ou documento equivalente que indique a cumulação da cobrança de comissão de permanência com outros encargos. Por outro lado, deveria o Juízo de primeira instância ter determinado ao menos que a parte demandada colacionasse aos autos seus contratos de adesão, de modo a aferir a efetiva existência de cláusula abusiva, prevendo a cumulação de comissão de permanência com encargos narrada na exordial; por sua vez, a própria recorrente, exercitando o seu lícito direito de defesa, poderia ter colacionado aos autos esses contratos e demais documentos que fossem úteis para a formação do convencimento do Juízo, não se

Portanto, não é possível afirmar a existência de posicionamento dominante sobre o assunto nos julgados dos tribunais pesquisados, e tampouco há orientação vinculante sobre o tema.

## 2.3. Direito Estrangeiro

### 2.3.1. América do Norte

Os países que adotam o sistema *common law*, usualmente, tendem a conferir poucos poderes instrutórios ao magistrado.

Em decorrência da adoção do modelo adversarial, em que prepondera o princípio dispositivo, o processo, um duelo entre as partes, é por elas protagonizado, e ao juiz cabe o papel de árbitro. Conseqüentemente, a proposição e produção de provas a elas cabe, como um dos instrumentos deste embate. (QUEIROZ, 2020, p. 2-3)

O direito norte-americano conta com o procedimento do *discovery*, regulado pelas *Federal Rules of Civil Proceedings*<sup>31</sup>, em suas regras 26 a 37, e 45. Naquele país, a parte autora ajuíza sua reclamação, e a parte contrária protocoliza sua resposta. Após, o magistrado marca uma audiência de gerenciamento do caso (*Pretrial Conference*, audiência preliminar), descrita na Regra 16, na qual as partes e o juiz estabelecerão o calendário e as questões que serão objeto de prova, neste momento se inicia o procedimento do *discovery*.

Seu objetivo é que as partes obtenham informações relevantes para seu pedido ou defesa, não acobertadas por sigilo, e proporcionais ao caso, considerando sua importância, valor controverso e pertinência da providência à resolução da controvérsia (Regra 26, b).

O procedimento é modelado para ser conduzido pelas partes, com o mínimo envolvimento do magistrado, assim, quaisquer questões nele surgidas devem ser levadas ao Judiciário somente se as partes não conseguirem a composição por si.<sup>32</sup>

---

estando a falar de prova diabólica (verdadeiramente impossível)." REsp n. 1.583.430/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 23/9/2022.

<sup>31</sup> Disponível em

<[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_civil\\_procedure\\_december\\_1\\_2022\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf)>, acesso em 09/11/2023

<sup>32</sup> Informação disponível em <<https://www.nysd.uscourts.gov/sites/default/files/2018-06/discoveryguide.pdf>>, acesso em 09/11/2023.

Nesse sentido, após a audiência preliminar, as partes, em até 21 dias, devem realizar uma reunião, que poderá ser realizada por telefone, para a elaboração de um plano para o procedimento de *discovery* (Regra 26, f), cujo resumo deve ser submetido ao juiz.

A Regra 5, das *Federal Rules of Civil Proceedings*, dispõe que requerimentos escritos, ou suas respostas, no *discovery*, podem ser endereçadas por quaisquer métodos descritos no item (b), quais sejam, por carta, em mãos, enviando para o escritório dos patronos (entregue a pessoal autorizado), *e-mail*, deixando-o na Corte, ou qualquer outro meio com o qual a outra parte tenha consentido. Além disso, estes pedidos não devem ser protocolizados nos tribunais, a menos que haja determinação do magistrado neste sentido (Regra 5, a, 1, C).

Dentre outros meios de prova, no *discovery* toma-se interrogatórios (*interrogatories*), pede-se a exibição de documentos e depoimentos (*depositions*).

Os interrogatórios são realizados por escrito e dirigidos somente à parte contrária, através da formulação de perguntas (Regra 33). A parte que recebe tem o prazo de 30 dias para responder por escrito. Em caso de a parte não concordar com a realização por razões legais (por exemplo, por sigilo profissional), ou não compreender as perguntas, aquele que responde pode oferecer objeção por escrito ao magistrado.

O pedido de exibição de documentos pode ser dirigido à parte contrária (Regra 34) ou a quem não for parte no processo (Regra 45), e possibilita a obtenção e inspeção de documentos, informações arquivadas eletronicamente, ou objetos físicos. Tal como ocorre no depoimento pessoal, o prazo para a produção do documento, ou resposta escrita, é de 30 dias, e o documento deve ser disponibilizado na sua forma natural, como ordinariamente é mantido.

Os depoimentos (*depositions*) (Regras 27-32) são utilizados para obter testemunhos tanto das partes quanto de não-partes antes da sessão de julgamento (*trial*), são conduzidos em formato de perguntas e respostas e gravados, e o depoente, parte ou não, o faz sob o compromisso de dizer a verdade. Eles são produzidos fora da presidência do juiz, podendo inclusive acontecer de forma remota (por telefone ou videoconferência). As próprias partes e seus advogados escolhem um lugar e data conveniente para sua tomada, providenciam a gravação, contratam um profissional autorizado pelo tribunal para tomar compromisso, e eventualmente um intérprete, se

necessário. Caso se pretenda utilizar a gravação como prova no processo, há ainda a necessidade de contratação de profissional para a transcrição da gravação e, neste caso, após a transcrição da gravação, o depoente tem 30 dias para revisão do que foi escrito.

Percebe-se, neste breve estudo sobre a produção de prova civil no direito norte-americano, que o magistrado exerce a função de gestor processual, de fiscalizador e de resolução de eventuais controvérsias surgidas. Mas, em momento algum, permite-se ao magistrado, de ofício, a busca de elementos probatórios.

A atividade de gestão fica bastante evidente na participação do juiz na audiência preliminar (*Pretrial Conference*), em que é fixado calendário para as providências probatórias, e no recebimento do resumo do plano de *discovery* pelas partes.

O juiz, como agente fiscalizador do procedimento (Regra 26(b)), pode impor limites à atuação das partes, indeferindo providências quando as informações pretendidas já estão disponíveis ou caso exista meio menos oneroso de obtê-las, se parte já teve oportunidade de obter a providência pretendida e não o fez, ou se a informação é sigilosa. Deve, ainda, a parte obter autorização judicial caso queira dirigir à parte contrária mais de 25 perguntas no depoimento pessoal escrito, caso queira realizar mais de 10 colheitas de testemunhos.

Além disso, todas as controvérsias surgidas no *discovery*, em caso de as partes não chegarem a um consenso, acabarão sendo resolvidas pelo juiz. Para tanto, as partes devem endereçar uma carta ao magistrado. Exemplos de controvérsias são: extensão do prazo para resposta a depoimento pessoal escrito ou exibição de documentos; decisão sobre objeções a perguntas nos interrogatórios, depoimentos ou exibição de documentos.

Barbosa Moreira traz, ainda, um fator extraprocessual para a conduta contida dos juízes norte-americanos. Os juízes, lá, são eleitos (ressalvado o caso dos juízes federais), e apoio do *bar* local tem influência no resultado das eleições, e não interessa aos advogados juízes ativos, que tendem a interferir na produção probatória, sob pena de deixarem de serem protagonistas. Não obtendo apoio da advocacia, juízes mais ativos dificilmente sairão vencedores nas eleições. (MOREIRA, 2003, p. 4)

### 2.3.2. Inglaterra e País de Gales

O direito inglês seguiu, por bastante tempo, linha ainda mais restrita daquela vista nos Estados Unidos da América, e recentemente dele se distanciou.

Barbosa Moreira narra caso curioso acontecido na Inglaterra, que ilustra a postura que era esperada do magistrado:

Certo juiz, durante o julgamento, formulou muitas perguntas às testemunhas. Ambos os litigantes, recorrendo, queixaram-se de que ele com isso ferira a garantia do fair trial. O tribunal deu-lhes razão e anulou o julgamento. Mas a consequência não parou aí: o magistrado foi - nada menos! - convencido a demitir-se. O autor que faz a narrativa arremata-a com o seguinte comentário: "*It was a poignant case; for he was able and intelligent - but he asked too many questions...*". (MOREIRA, 2003, p. 4)

Historicamente, no processo inglês, o juiz não poderia sequer ter conhecimento prévio do que seria julgado antes da sessão de julgamento (*trial*), de modo a evitar que se formasse opinião prévia sobre o objeto do litígio. Este rigor veio sendo abrandado por modificações legislativas que permitiram o contato do magistrado com o teor do processo. (MOREIRA, 2003, p. 5)

Em 1994, o então Ministro da Justiça (*Lord Chancellor*<sup>33</sup>) encomendou ao Presidente da Divisão Civil da Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales (*Master of the Rolls*<sup>34</sup>, cargo então ocupado por Lord Woolf) um relatório para a consolidação das normas sobre processo civil nos dois estados.

Alguns aspectos fundamentais para a mudança pretendida foram destacados no relatório preliminar [*Access to Justice (Interim Report)*], por Woolf, em 1995. Identificou-se que não havia tratamento equânime entre o litigante abastado e aquele carente de recursos financeiros, alto custo e incerteza do custo de se litigar, demora na conclusão dos casos, inexistência de clara responsabilidade pela administração da jurisdição civil, e um modelo exacerbadamente adversarial (os casos eram geridos pelas partes, e não pelos magistrados). Tratava-se de uma abordagem em que tempo e dinheiro não eram uma questão. (WOOLF, 1995)

---

<sup>33</sup>Informações em <<https://www.gov.uk/government/ministers/secretary-of-state-for-justice#:~:text=The%20Rt%20Hon%20Alex%20Chalk%20KC%20MP,-Alex%20Chalk%20KC>>, acesso em 14/11/2023.

<sup>34</sup> Informações em <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judges/profile-mor/>>, acesso em 14/11/2023.

A solução para os problemas identificados seria um sistema que em as Cortes (juízes) são responsáveis por gerenciar os casos, inclusive questões probatórias, decidindo qual o procedimento a ser seguido, fixando calendários e fazendo-os cumpridos. (WOOLF, 1995)

Em 1996 Woolf apresentou o relatório final [*Access to Justice (Final Report)*], em que, dentre outras coisas, destacou a necessidade de o sistema ser menos adversarial, mais cooperativo, e que as cortes sejam capazes de punir a falta de cooperação entre as partes. Apontou-se que a produção de provas (*discovery*) será, a partir de então, na maioria dos casos, limitada. Os juízes fixarão e monitorarão o cumprimento de calendários, e poderão aplicar penas à parte que não o cumprir, ou descumprir o procedimento fixado. (WOOLF, 1996)

Ainda, na Introdução da Seção 3, que trata de Procedimentos e Provas, itens 7 e 8, é dito que a revelação de documentos é uma área que deveria ser limitada, devendo ser, na primeira instância, limitada aos documentos de que a parte tem conhecimento. Do mesmo modo, a prova pericial (*expert witness*) também deve ser limitada, de modo a evitar que as partes a utilizem como uma arma, e não como uma fonte de assistência objetiva à Corte. Em suma, o que se buscava era desenvolver um mais proporcional e viável, e não mais um que é teoricamente impecável, mas inacessível. (WOOLF, 1996)

A codificação veio em 1999, chamada de *Civil Procedure Rules* (adiante CPR), uma codificação aplicável à Alta Corte (*High Court*) e às Cortes de Condado (*County Courts*) da Inglaterra e do País de Gales. Deferiu-se poderes ao Magistrado de definir se determinada medida probatória é proporcional ao caso, fixando critérios na Regra 44.4(1), de forma a serem indeferidas caso desproporcionais.

A Regra 1.4(2), impõe que o Judiciário deve gerenciar ativamente as demandas: identificando as questões cedo na tramitação do processo; decidir, no início do procedimento, quais questões necessitam de investigação completa, e quais devem ser objeto de investigação sumária; a ordem que precisam ser investigadas; fixação de calendário para a resolução do caso, de forma a controlar seu desenvolvimento; decidir se a tomada de determinado passo se justifica, relativamente aos eventuais benefícios.

A Regra 32.1(1) dispõe que a Corte deve controlar as provas dando direcionamento quanto a: questões que demandam provas, e a natureza dessa; o

modo como essa prova deve ser levada à Corte; a Corte pode usar seu poder para excluir prova que seria de outra forma admitida. E a Regra 18.1 dispõe que a Corte, a qualquer tempo, poderá ordenar à parte que clarifique qualquer questão em disputa, ou, forneça informação adicional relativamente a qualquer matéria.

Portanto, a despeito de os juízes ingleses e galeses não terem a liberdade de, de ofício, determinar a produção de certa prova, é certo que a partir da edição das CPR eles passaram a ter um controle considerável sobre a produção da prova, influenciando assim o resultado do processo, o que torna o modelo distante do modelo adversarial clássico, ainda adotado nos Estados Unidos, em que a instrução é gerenciada primariamente pelos advogados.

### 2.3.3. Espanha

Passando aos países de tradição romano-germânica, na Espanha, até o ano 2000, era possível aos juízes produzirem provas de ofício.

José Luis Vázquez Sotelo, em trabalho de 2009, sustenta que atualmente os códigos e reformas de outros países têm reforçado as iniciativas do juiz de ordenar a realização de provas, citando o artigo 10 do código de processo civil francês e as regras para procedimento civil, editadas na Inglaterra, formuladas por Lord Woolf, tendo reforçado os poderes probatórios do juiz. Na América do Sul cita como exemplos o art. 36, 2º, do Código Nacional da Argentina, ratificado em 1981, o art. 179 do código de processo civil colombiano, e o art. 130 do CPC de 1973, do Brasil, legislações que igualmente reforçam os poderes ou faculdades instrutórias do juiz a fim de poderem prolatar sentenças que se ajustam ao intento da lei, o que exige ajustamento à realidade dos fatos.

Considerando este cenário, o espanhol entende que a *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* foi um retrocesso, pois restringe tais poderes, permitindo que o juiz intervenha na prova proposta pelas partes, solicitando esclarecimentos, que o juiz se manifeste seu entendimento de que a prova proposta será insuficiente ou indique a necessidade de certa prova.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> "(...) Y en cuanto a la actualidad legislativa, los códigos y las reformas más recientes, en general, se han orientado en el sentido de reforzar las iniciativas del juez en orden a la prueba de los hechos. En Europa podemos recordar el art. 10 del Código de procedimiento civil de Francia, de 1975 y, más recientemente, en Inglaterra, el llamado "Código para el procedimiento civil" preparado por Lord Woolf, que ha reforzado los poderes probatorios del juez, configurando al perito como un auxiliar técnico del

Durante o momento da instrução, a *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (LEC)*<sup>36</sup> permite ao juiz tão somente advertir as partes sobre a necessidade de produção de determinada prova.<sup>37</sup>

Posteriormente na marcha processual, no momento da sentença, até o ano de 2000 previa a norma processual espanhola as “*diligencias para mejor proveer*”. É a situação em que, concluída a instrução, quando o juiz vai estudar o processo e reflete sobre a sentença a ser proferida, é o momento em que se pode verificar a falta de prova de um fato que poderia ser conhecida, ou um aspecto sobre um fato, e, ao invés de permanecer no mundo da dúvida, o juiz ou tribunal ordena, de ofício, uma nova prova, que lhe pode retirar da dúvida, de modo a proferir uma sentença com a maior acerto possível. Estas diligências tinham limites, tais quais não alterar os fatos jurídicos, não introduzis fatos jurídicos não alegados pelas partes, e não utilizar fontes de prova que não constassem dos autos. (SOTELO, 2009, p. 12-13)

Em 2000, com a LEC, as “*diligencias para mejor proveer*” foram substituídas pelas “*diligencias finales*”.

---

juiz más que como perito de parte. En Iberoamérica, tenemos los ejemplos legislativos del citado art. 36, 2.º, del Código Nacional de Argentina de 1967, ratificado mediante la Ley 22.434 de 1981; el art. 179 del Código de procedimiento civil de Colombia de 1970; el art. 130 del Código de Brasil de 1973 (el "Código Buzaid" con clara inspiración de la enseñanza liberal de Liebman). En todas estas legislaciones se refuerzan las potestades o facultades probatorias del juez en el proceso civil, para que pueda pronunciar sentencias ajustadas a la ley, lo que exige que previamente la sentencia esté ajustada a la realidad de los hechos. Frente a esa tendencia legislativa, en España la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 ha supuesto un lamentable retroceso histórico. Permite, como es lógico, la intervención del juez en la práctica de la prueba propuesta por las partes (solicitando aclaraciones o precisiones sobre los hechos objeto del debate). Autoriza al Juez para que, en la audiencia previa, tras examinar la prueba propuesta por las partes pueda "manifestar" (es decir, realizar la advertencia) de la "insuficiencia de la prueba propuesta" para el esclarecimiento de algún hecho e incluso puede "señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente" (¡cuando en ese momento nadie puede saber cual será el resultado de las pruebas propuestas en tanto no se practiquen!); art. 429, 1, segundo párrafo. Una facultad que los jueces, comprensiblemente, no suelen utilizar y que sí que podría comprometer su imparcialidad ante las partes mucho más que acordar de oficio una prueba complementaria o suplementaria sobre algún hecho (y nada digamos si al final resulta que la demanda, o la oposición, se desestima precisamente por no haberse practicado aquella prueba aconsejada o sugerida por el Juez al final de la audiencia previa). (...)" (SOTELO, 2009, p. 2)

<sup>36</sup> Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>, acesso em 17/11/2023.

<sup>37</sup> Artículo 429. 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.

A substituição se deu tendo como argumentos: em primeiro lugar, que a prova é dever e encargo das partes na defesa de seus próprios direitos e interesses, e; em segundo lugar, para privilegiar a instrução como o momento adequado para a produção de toda a prova. (SOTELO, 2009, p. 15)<sup>38</sup>

Assim, não viabiliza a que o juiz tome conhecimento de algum fato relevante com a mesma eficácia das anteriores “*diligencias para mejor proveer*”. Além da limitação destacada acima, a lei prevê que as diligências finais somente podem ser exercidas pelo juiz de primeiro grau, mas não ao Tribunal de Apelação. (SOTELO, 2009, p. 15)<sup>39</sup>

Portanto, geralmente, as diligências finais somente podem ser praticadas a pedido de uma das partes, desde que: não se trate de diligência que poderia ser proposta no tempo próprio para sua produção; por causas alheias à parte não se propôs a prova; ou quando se tratar de prova sobre fato novo.

Excepcionalmente é admitida diligências finais de ofício se as diligências anteriores não tiverem sido satisfatórias por circunstâncias alheias à vontade das partes, e, se houver motivo que façam crer que novas diligências permitirão adquirir certeza sobre o fato probando.

Assim, de fato o juiz espanhol tem pouca liberdade de atuação probatória de ofício, podendo, somente, no desenrolar do processo alertar as partes sobre a

---

<sup>38</sup> Na exposição de motivos da LEC 2000 é dada a seguinte justificativa: La Ley suprime las denominadas "diligencias para mejor proveer", sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.

<sup>39</sup> Os termos da LEC 2000, sobre as diligências finais, são os seguintes: “Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.”

importância de determinada prova, e, ao final, nas diligências finais, nos estreitos termos do que dispõe o artigo 435, item 2, da LEC 2000.

#### 2.3.4. Itália

Passando à Itália, o *Codice di Procedura Civile* de 1940<sup>40</sup>, título V, que trata dos poderes do juiz, em seu artigo 115, inicialmente prevê que, ressalvados os casos em que a lei dispõe o contrário, o juiz deve decidir com base nas provas produzidas pelas partes ou pelo Ministério Público, ou com base nos fatos não contestados especificamente. Na segunda parte do dispositivo, permite-se ao juiz basear sua decisão na experiência comum.

Porém, o próprio código traz algumas exceções. O juiz pode, de ofício, ordenar o comparecimento das partes para interrogá-las, bem como acareá-las (art. 117), assim como proceder à acareação de testemunhas (art. 254). Poderá ordenar a inspeção pessoal das partes, de terceiros e de coisas em seu poder, desde que não haja prejuízo grave, e não viole segredo protegido legalmente, e em caso de recusa poderá aplicar multa às partes e ao terceiro (art. 118). Poderá, ainda, ordenar a oitiva de testemunhas que inicialmente tenham sido consideradas desnecessárias, ou nova oitiva de testemunhas já ouvidas para esclarecimento de depoimento ou correção de irregularidades na oitiva anterior (art. 257).

Mais, recentemente, em 1998, foi acrescentado o art. 281-ter, que permitiu que o juiz pudesse ordenar, de ofício, prova testemunhal, desde que a pessoa a ser ouvida tenha sido referida pelas partes nas alegações de fato, e pareçam conhecer a verdade.

O código ainda atribui poderes de gestão, e permite que o juiz instrutor reduza o rol de testemunhas, e indefira aquelas que não possam ser ouvidas (art. 245).

Portanto, ainda que o código, inicialmente, dê a entender que o juiz italiano não possa produzir prova de ofício, acaba por permitir hipóteses de prova de ofício bastante alargadas, com interrogatório de partes e acareações, inspeção em pessoas e coisas, oitivas de testemunhas referidas e acareação daquelas arroladas, afora as permissões em leis esparsas.

---

<sup>40</sup> Disponível em <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>, acesso em 18/11/2023.

### 2.3.5. França

O *Code de Procédure Civile* francês possui quatro dispositivos que regulam a produção de prova, os artigos 9º, 10, 143 e 146.

O artigo 10 prevê que pode juiz ordenar, de ofício, quaisquer medidas de instruções legalmente admissíveis. Reafirmando tal prerrogativa, o artigo 143 dispõe que os fatos de que depende a resolução do litígio podem, a pedido ou de ofício, ser objeto de qualquer medida de instrução legalmente admitidas.

Porém, estes artigos devem ser lidos conjuntamente com os artigos 9º, e 146. O primeiro estatui que incumbe a cada parte provar os fatos necessários ao sucesso de suas pretensões. Já o artigo 146 proíbe que seja ordenada medida investigativa com o objetivo de compensar a falta de produção de provas pelas partes.

Diante destes dois direcionamentos, Monteleone entende que a leitura conjunta dos dispositivos leva ao entendimento de que o poder probatório do juiz, no direito francês, é subsidiário (MONTELEONE, 2007, p. 871-872). Porém, para Câmara, o direito francês concede poderes de iniciativa probatória “muito amplos” ao juiz (CÂMARA, 2007, p. 4).

### 2.3.6. Portugal

Portugal ganhou um novo código de processo civil em 2013. A intenção das modificações introduzidas são a racionalização, simplificação e agilização da justa composição do litígio, fim essencial do processo. Para tanto reforça-se os poderes inquisitórios do juiz e de direção do processo, lhe permitindo por fim ao uso de meios e faculdades protelatórias pelas partes, a adequação do rito à especificidade do direito material, e flexibilizar formas processuais previstas em abstrato na lei.<sup>41</sup>

Neste sentido, o Código de Processo Civil Português, Lei n. 41/2013<sup>42</sup>, inicia a tratar do poder instrutório do juiz no artigo 367º, 1, sobre a audiência final,

<sup>41</sup> Exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Civil português. Revista de Processo. São Paulo. v.37. n.204. p.211-228. fev. 2012. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908311/mod\\_resource/content/1/exoposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20motivos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908311/mod_resource/content/1/exoposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20motivos.pdf)>, acesso em 20/11/2023, acesso em 21/11/2023.

<sup>42</sup> Disponível em <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>>, acesso em 21/11/2023.

oportunidade em que se procede à “*produção das provas requeridas, ou oficiosamente determinadas pelo juiz*”, ressalvada a apresentação de documentos, regulada pelo art. 423º, e que devem ser apresentados com “*o articulado em que se aleguem os factos correspondentes*”. Confirmando a opção, o artigo 411º prevê que incumbe “*ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*”.

Especificando cada meio de prova, o CPC Português confirma a liberdade de iniciativa probatória.

Documentos, informações, pareceres, plantas e fotografias necessários ao esclarecimento da verdade podem ser requisitados por iniciativa dos juízes, a organismos oficiais, partes ou terceiros, podendo ser multados em caso de não cumprimento, e sem prejuízo de utilização de meios coercitivos para o cumprimento (art. 436º e 437º). Depoimentos pessoais das partes podem ser determinados pelo juiz em qualquer estado do processo (art. 452º, número 1). Os artigos 477º e 490º permitem que perícias e inspeções de pessoas e coisas sejam determinadas de ofício. Por fim, o art. 526º permite que quando “*no decurso da ação, haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa, deve o juiz ordenar que seja notificada para depor*”.

Portanto, o CPC Português permite a atividade instrutória de ofício tanto em dispositivos mais genéricos, quanto em dispositivos que regulam especificamente cada meio de prova.

### 2.3.7. Modelo Europeu de Regras sobre Processo Civil (ELI/UNIDROIT)

Por fim, é interessante destacar as *Model European Rules of Civil Procedure*, elaboradas e aprovadas pela UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) e pela ELI (*European Law Institute*), em 2020. Apesar de não ter aplicação obrigatória em nenhum Estado, a intenção foi a modernizar, harmonizar e aproximar os usuários das normas de processo na Europa. (ELI/UNIDROIT, 2020, iii-iv)

Neste modelo transnacional, a produção de prova de ofício pelo juiz é restrita. Se necessário a Corte poderá convidar as partes a complementarem as provas produzidas, e somente excepcionalmente, poderá produzir provas de ofício. O tema é tratado pela Regra 25:

Rule 25. Evidence

(...)

(3) In so far as appropriate the court may invite the parties to supplement their offers of evidence. Exceptionally, it may take evidence on its own motion. (ELI/UNIDROIT, 2020, p. 93)

No documento, cada regra é acompanhada de comentários feitos pelas instituições para aclarar e facilitar sua aplicação. Nos comentários é dito que a segunda frase da Regra 25 (3) permite à Corte investigar fatos implícitos nas alegações das partes ou em fatos já presentes nos autos. Mas, apesar de tais poderes, este tipo de intervenção tende a não acontecer pois as Cortes não têm recursos suficientes para conduzir investigações. Assim, usualmente ficarão limitadas ao material probatório trazido pelas partes, atuando somente com sugestões às partes sobre quais evidências complementares são pertinentes. (ELI/UNIDROIT, 2020, p. 94-95)

### 2.3.8. Breve resumo

Neste estudo sobre o direito estrangeiro foi possível entender que, ainda em países de tradição *common law* não se vê um total alheamento dos juízes relativamente à produção de provas. Tanto na América do Norte, quanto na Inglaterra e no País de Gales.

Ainda que não seja possível, nestes países, a tomada de iniciativa probatória, o gerenciamento do procedimento probatório é das Cortes, com a possibilidade de fixação de calendários, competência para resolução de controvérsias entre as partes e imposição de limites (por exemplo, nos casos de inutilidade, excessiva onerosidade ou ilegalidade).

Na Inglaterra e no País de Gales passou-se a permitir, inclusive, a identificação dos pontos controversos que demandam investigação (e seu grau), assim como a ordenação de que clarifiquem questões ou forneçam informações adicionais.

Esta mesma realidade é encontrada na *Ley de Enjuyciamento Civil* espanhola, a despeito de não permitir a tomada de iniciativa probatória estatal, permite a manifestação sobre a suficiência da prova pleiteada pelas partes assim como o esclarecimento sobre fatos nas diligências finais. Portanto, nestes estados há uma maior liberdade gerencial, assim como a possibilidade de, em casos de obscuridade, atuar no sentido de esclarecê-las.

Esta nos parece ser, igualmente, o sentido que se quis dar na regulamentação instituída pela ELI/UNIDROIT, ao se permitir convidar as partes ao esclarecimento das provas que produziram.

A Itália, já entre aqueles que permitem que o juiz investigue fatos, faz seleção fechada entre os atos permitidos. Apesar disso, muitas são as situações permitidas para a atuação do juiz: mandar que compareçam as partes, acareá-las, assim como as testemunhas; proceder à inspeção de partes, terceiros e coisas. Disso conclui-se estar entre aqueles ordenamentos que abrem ao juiz a possibilidade de interferir diretamente na colheita de provas.

França e Portugal se colocam entre os que deferem maiores poderes instrutórios ao juiz, permitindo-os de forma geral, tal como acontece no Brasil quando se considera a dicção isolada do art. 370, CPC.

Contudo, com base e nos limites do estudo feito neste trabalho, a tendência que se nota é de se robustecer as funções probatórias gerenciais do magistrado, e restringir seu envolvimento com a colheita de provas propriamente dita.

### 3. RELEITURA SOBRE A PRODUÇÃO DE PROVA PELO JUIZ

Realizado o exame sobre a doutrina, cenário de direito estrangeiro e jurisprudência nacional sobre a produção de provas pelo juiz, inicia-se então o estudo sobre alguns aspectos relevantes e ainda não abordados neste trabalho, que influenciam o modo como se deve pensar a liberdade instrutória dos juízes brasileiros.

Para este estudo, que propõe releitura sobre a produção de provas pelo juiz, são relevantes a análise da maior abertura à autonomia privada proporcionada com a entrada em vigor do CPC/2015, a investigação sobre a utilização, ou não, pelo sistema processual, do critério da qualidade (in)disponível do direito litigioso a fim de determinar o modo de atuação do estado-juiz, o estudo do sentido do princípio da cooperação, e a relação entre o saneamento, a preclusão e as regras de distribuição do ônus da prova.

#### 3.1. Autonomia privada, consensualidade e processo civil

Historicamente, os ramos do Direito Privado são, por vocação, o campo mais aberto à autonomia privada e à negociabilidade. Nas obrigações e nos contratos, o princípio da autonomia privada permite que os contratantes escolham se querem estabelecer o vínculo, com quem estabelecê-lo, e o modo como disporão sobre o objeto contratado.

O ápice do princípio da autonomia privada se deu posteriormente à Revolução Francesa, época em que predominava o pensamento individualista e a valorização da liberdade nos mais diversos campos. Neste sentido, o combinado era considerado lei entre as partes. (GONÇALVES, 2020, p. 1194)

Esta ideia foi expressamente estabelecida no Código Civil de 2002 (CC/02), art. 421, ao dispor que a *“liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”*, mas que nas *“relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”*.

A Lei 13.874/2019 deu ainda mais força à lógica da liberdade ao incluir o art. 421-A, no CC/02, que garante, nos contratos civis e empresariais, que as partes *“poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”*, que *“a alocação de*

*riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, e, que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.*

Já os campos do direito público, até há algum tempo, eram bastante fechados à negociabilidade à autonomia privada, e pouquíssima margem legal de atuação flexível era deferida ao administrador público, sob o fundamento de que, em quase a totalidade dos casos, o melhor meio de proteger o interesse público era torná-lo inegociável.<sup>43</sup>

Aos poucos algumas mudanças foram sendo incorporadas, e o administrador público, por meio de mudanças legislativas, passou a ter maior margem de negociabilidade para melhor prover o interesse público. Cita-se neste trabalho dois exemplos, dentre muitos outros que poderiam ser lembrados.

Em 2009, a Lei 12.153, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, permitiu, no art. 8º, que os *“representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”*. Destaca-se que a referida norma permitiu a autocomposição tendo por parâmetro, limite financeiro, a lei do ente federativo.

Porém, a Lei 13.140/2015, que introduziu normas de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, passou a permitir que estes parâmetros sejam fixados por ato infralegal, aumentando sobremaneira o espaço de consensualidade. O art. 35 da referida norma permite que as *“controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação”*, tendo por fundamento autorização do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>43</sup> Um exemplo dessa realidade é o seguinte ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “58. A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser o *intentio legis*. (...) Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: (...) f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; (...) 74. (f) O princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos consiste em que, sendo a administração atividade serviente, desenvolvida em nível sublegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público.” (MELLO, 2006, p. 70, 71 e 81)

(STF) ou tribunais superiores, ou, parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Além disso, prevê o §1º, do mesmo artigo, que os requisitos e condições da transação sejam definidos em resolução administrativa.

A mesma abertura se fez sentir no Direito Processual Civil, tanto em âmbito internacional quando nacional.

O movimento já há algum tempo vinha se descortinando na Alemanha e na Itália. Ensina o professor Remo Caponi que a “marcha é no sentido de uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo” (CAPONI, 2014, p. 2). O professor italiano, ao se referir a doutrinador alemão, aponta que neste país pretende-se inspirar a atividade das partes no processo civil conforme o critério “*in dubio pro libertate*”

Em artigo sobre o Modelo Europeu de Regras sobre Processo Civil o professor assevera que as referidas normas têm fundamento na centralidade da liberdade e da autonomia do indivíduo na cultura e civilização europeias. Isto, no plano da justiça cível, se revela na forte promoção da iniciativa e do papel permanentemente ativo das partes na resolução consensual da disputa ou de aspectos individuais dela. (CAPONI, 2022, p. 726)<sup>44</sup>

Em várias jurisdições europeias parece haver aumento na prática de as partes acordarem sobre a distribuição do ônus da prova, ou sobre a admissão ou exclusão de determinados meios de prova. A validade destes acordos depende da regra de direito material. Em direito civil e processo civil a liberdade da parte permanece como um princípio basilar. Porém, tais acordos não devem ser considerados vinculativos quando contrário, por exemplo, a interesses públicos. (ELI/UNIDROIT, 2020, p. 94-95)

No direito processual nacional, novas oportunidades para que as partes influenciem o resultado da demanda foram proporcionadas, e a consensualidade, que tem ocupado espaço cada vez maior no direito público, atingiu também a jurisdição (ANDRADE, 2016, p. 48).

---

<sup>44</sup> No original: “*Le regole Eli-Unidroit ruotano su due pilastri normativi che si equilibrano l'uno con l'altro. Il primo è piantato fuori dal processo ed è costituito dal fondamento stesso della cultura e della civiltà europee nell'evo moderno, cioè l'acquisita centralità della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei vari ambiti della vita. Sul piano della giustizia civile, ciò si traduce nella promozione rigogliosa dell'iniziativa e del ruolo permanentemente attivo delle parti nel comporre consensualmente la controversia o singoli aspetti di essa.*”

Abriu-se o processo civil à realização de negócios processuais atípicos pelas partes, podendo elas dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190, CPC/2015<sup>45</sup>). Especificamente no que tange à matéria probatória, o CPC/2015 permite que as partes realizem negócios processuais para delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória (art. 357, §2º, c/c inciso II<sup>46</sup>), distribuição diferenciada do ônus da prova (art. 373, §3º<sup>47</sup>) e escolha do perito (art. 471<sup>48</sup>).

Tornou-se possível que a vontade das partes (ainda que não propriamente em um negócio processual) delimitem, em algumas situações, a profundidade da cognição a ser exercida pelo juiz: na tutela de urgência antecipada antecedente, deferida a liminar sem a interposição de agravo, a decisão (jurisdição), de cognição superficial, se estabiliza.

Porém, é necessário investigar se esta abertura à consensualidade, à autonomia privada, chega a conformar, ou condicionar, a liberdade de atuação instrutória atribuída pelo art. 370 do CPC/2015 aos magistrados.

### **3.2. Direitos disponíveis ou que admitam autocomposição**

#### *3.2.1. Utilização do critério no CPC de 2015*

Como se viu da análise feita no item 2 deste trabalho, uma das correntes doutrinárias e jurisprudenciais sustenta a atuação do magistrado na busca de provas somente no caso de o direito litigioso ser indisponível.

A imparcialidade é um dos fundamentos para a diferenciação. Sob este raciocínio, no caso de controvérsia sobre direito disponível, caso o juiz tomasse

---

<sup>45</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>46</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

<sup>47</sup> Art. 373. (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: (...)

<sup>48</sup> Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: (...)

providência probatória, estaria suprindo a inatividade da parte a quem a prova beneficiará.<sup>49</sup> Ainda, ocorreria a subversão da natureza do direito controvertido (pois este se publicizaria), e a inutilização das regras sobre distribuição de ônus da prova, no caso de busca de provas, pelo estado-juiz, em processos em que há litígio sobre direito disponível.<sup>50</sup> Soma-se a ideia de que o processo é instrumental e acessório ao direito material.<sup>51</sup>

Considerando a referida diferenciação, é de se indagar se o CPC de 2015 utiliza a qualidade disponível, ou passível de autocomposição, como critério de modificação da postura do estado no processamento. E diversos são os dispositivos que o fazem.

O artigo 176 do CPC<sup>52</sup>, repetindo o mandamento constitucional do art. 127<sup>53</sup>, impõe que o Ministério Público atue em processos cuja controvérsia seja direitos individuais indisponíveis, a evidenciar o interesse público sobre o bem litigioso, de modo a não o deixar à curadoria somente das partes.

A audiência de conciliação ou mediação, agora obrigatória previamente à contestação, não o é no caso de o processo versar sobre direitos que não admitam autocomposição.<sup>54</sup>

Estas são disposições que, a despeito de o legislador se utilizar do critério da qualidade do direito disponível, não se relacionam diretamente à atividade probatória no processo.

Porém, o critério é igualmente utilizado na organização da investigação probatória no processo.

Repetindo dispositivo que já era previsto no Código de Processo Civil de 1973, o CPC de 2015 prevê que não se admite o efeito material da revelia (presunção de veracidade dos fatos), caso se trate de litígio sobre direitos indisponíveis.<sup>55</sup> Em sentido

---

<sup>49</sup> Neste sentido, Moacyr Amaral Santos (SANTOS, 1970, p. 336).

<sup>50</sup> Neste sentido, Monteleone (MONTELEONE, 2007, p. 866-868).

<sup>51</sup> Neste sentido, Shimura e Luz (SHIMURA, LUZ, 2020, p. 7-8 e 11).

<sup>52</sup> Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

<sup>53</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>54</sup> Art. 334 (...) § 4º A audiência não será realizada: (...) II - quando não se admitir a autocomposição.

<sup>55</sup> Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor. Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

contrário, caso se trate de direitos disponíveis, se o fato jurídico (causa de pedir) não for contestado, ou seja, controvertido, e independará de prova.<sup>56</sup>

Previu-se, na fase do saneamento, a possibilidade de as partes apresentarem ao juiz, para homologação, delimitação consensual dos fatos que serão objeto de prova no processo.<sup>57</sup>

Permitiu-se a distribuição diferenciada do ônus da prova, de forma que as partes possam convencionar de forma diversa daquela estipulada como regra, no art. 373, I e II. Porém, somente o permite no caso de demanda que verse sobre direito disponível.<sup>58</sup>

Em norma que já era prevista no CPC de 1973, o art. 392, desconsidera como confissão a admissão de fatos que fundamentem direitos indisponíveis.<sup>59</sup>

O artigo 471 defere a possibilidade de as partes escolherem o perito, com a condição de que a causa possa ser resolvida por autocomposição.<sup>60</sup>

Por fim, tem-se o artigo 190, considerado cláusula geral permissiva de acordos processuais pelas partes, desde que em processos sobre direitos que admitam a autocomposição.<sup>61</sup>

Portanto, analisando-se sistematicamente o CPC de 2015, o critério da (in)disponibilidade do direito, ou da (im)possibilidade de autocomposição sobre ele, é acolhido pelo legislador, e em nosso direito processual, como definidor do modo como atuará o estado-juiz nos processos.

E, nestes, a autonomia das partes ganha espaço para definir os rumos do processo, e inclusive conformar a atividade instrutória do magistrado.

---

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

<sup>57</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

<sup>58</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte

<sup>59</sup> Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

<sup>60</sup> Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: (...) II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

<sup>61</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ao se utilizarem da prerrogativa do art. 471 as partes retiram a possibilidade de nomeação de perito do juízo pelo magistrado.

A presunção de veracidade dos fatos não contestados também se inclui na situação estudada. Quando isto acontece, estes fatos são considerados incontrovertidos, e o art. 374, III, CPC/2015, os retira do foco da atividade probatória, possibilitando, inclusive, caso sejam o único fundamento de um pedido, que haja o julgamento antecipado, nos termos dos arts. 355, I, c/c 356, I, todos do CPC/2015. Nesta situação a própria lei afirma a desnecessidade da prova, o que tem como causa a não atuação da parte a quem competia contestar.

O art. 190 autoriza que as partes plenamente capazes convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o procedimento, para melhor atender ao tema objeto do litígio.

Interessa destacar, inicialmente, que o dispositivo não regula somente a atividade no bojo de um processo, ou ainda que fora deste, durante sua tramitação, mas permite estes acordos antes mesmo da instauração do processo. Portanto, torna-se possível que as partes convençionem, por exemplo no instrumento contratual que regule determinada relação, que determinado fato (delimitação fática, tal qual se verá possível em razão do art. 357, §2º, CPC/2015), ou determinado meio de prova, não serão admitidos em eventual processo judicial.

E a lei não permite ao juiz que interfira no mérito do que foi acordado (no exemplo, a limitação fática ou de meio de prova), pois parágrafo único somente permite a ele o controle da validade da convenção, nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão, ou manifesta situação de vulnerabilidade.<sup>62 63</sup>

---

<sup>62</sup> Art. 190. (...) Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>63</sup> Em sentido contrário a esta interpretação, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou, no seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, o Enunciado 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.”, disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Igual é o entendimento de Daniel Assumpção Amorim Neves: “Com relação a esse objeto do negócio jurídico processual ora analisado, o próprio art. 190, caput, do Novo CPC estabelece uma limitação – bastante razoável – para a vontade das partes. Segundo o dispositivo legal, elas podem negociar as suas posições jurídicas, de forma que o acordo não pode ter

O Professor Humberto Theodoro Júnior, neste mesmo sentido, entende tocar ao magistrado “*o poder de fiscalização e controle, de modo a impedir convenções nulas ou abusivas*” (THEODORO JÚNIOR, 2021, posição 19571).

Neste sentido foi o julgamento, pelo STJ no REsp n. 1.738.656/RJ, que não permitiu o exame do mérito do acordo processual atípico pelo Judiciário. Em sentido contrário, não se pode “*subtrair do Poder Judiciário o exame de questões relacionadas ao direito material ou processual que obviamente desbordem do objeto convencionado entre os litigantes*”.

A convenção processual dispunha que determinado herdeiro receberia, mensalmente, adiantamento em dinheiro que seria descontado do que teria direito na partilha. Este herdeiro pleiteava majoração do valor, sob o fundamento da possibilidade econômica do espólio e por residir no exterior, pois com a variação do dólar, teria perdido poder aquisitivo. Porém, como no acordo não havia a quantia exata a ser recebida (mas tão somente a existência de adiantamento de herança), o STJ entendeu pela possibilidade de revisão do referido valor em juízo.<sup>64</sup>

O art. 357, §2º, ao dispor sobre o saneamento, permite que as partes apresentem ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória no processo, caso em que, se homologado, vinculará o juiz.

Na fase do saneamento, de que trata o art. 357, o autor já apresentou quais são os fatos que constituem a causa de pedir, assim como o réu já teve oportunidade de apresentar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Vale dizer, então, que a moldura fática, que delimitará a possibilidade de produção de

---

como objeto as posições processuais do juiz (Enunciado 36 da ENFAM). Os poderes-deveres do juiz, portanto, não podem ser objeto do acordo entre as partes, porque na realidade as partes não podem dispor de uma posição processual da qual não sejam titulares.” (NEVES, 2016, p. 305).

<sup>64</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO. (...) NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO QUE APENAS PODE SER BILATERAL, LIMITADOS AOS SUJEITOS PROCESSUAIS PARCIAIS. JUIZ QUE NÃO PODE SER SUJEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO ESTRITIVA DO OBJETO E DA ABRANGÊNCIA DO NEGÓCIO. NÃO SUBSTRAÇÃO DO EXAME DO PODER JUDICIÁRIO DE QUESTÕES QUE DESBORDEM O OBJETO CONVENCIONADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. (...)9- A interpretação acerca do objeto e da abrangência do negócio deve ser restritiva, de modo a não subtrair do Poder Judiciário o exame de questões relacionadas ao direito material ou processual que obviamente desbordem do objeto convencionado entre os litigantes, sob pena de ferir de morte o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e do art. 3º, caput, do novo CPC. (...) (REsp n. 1.738.656/RJ, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 5/12/2019.)

provas, tanto pelo juiz quanto pelas partes, já está, neste momento processual, definida.

Tendo isto em mente, o que, em verdade, permite o §2º, do art. 357, é que as partes apresentem ao juiz, para homologação, acordo em que a referida moldura fática seja restringida, diminuída. O resultado será a retirada de algum(ns) fato(s) da possibilidade da atividade probatória das partes e do juiz. Em outras palavras, ainda que não se limite diretamente o poder instrutório do juiz, há uma limitação da base fática probanda, com exclusão de algum(ns) fato(s), sobre o(s) qual(is) não poderá recair qualquer atividade instrutória, inclusive a do juiz.

É certo que, para que a referida restrição tenha efeitos, o CPC exige homologação. Porém, o referido ato homologatório, por sua própria natureza, tem a função de ser o crivo da legalidade e legitimidade do acordo (tal como acontece em qualquer oportunidade em que a lei exija homologação), não podendo o magistrado se imiscuir no mérito do acordo, sob pena de tornar letra morta a própria possibilidade que regula.

O que se percebe, na análise dos dispositivos, é uma (re)aproximação dos direitos material e processual. O processo, ao abrir a possibilidade de as partes determinem em certa medida o caminhar probatório, volta a afirmar que pretende servir ao direito material, da forma que seus titulares entendem mais conveniente, dentro do perímetro de liberdade desenhado pela lei.

Em espírito aparentemente contrário às normas estudadas, o artigo 370 do CPC de 2015 dispõe que cabe ao juiz, inclusive de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, sem fazer qualquer distinção, como a que se propõe neste trabalho, entre direitos disponíveis ou indisponíveis, ou que admitam, ou não, a autocomposição.

Cabe ao intérprete buscar meios, no sistema, de compatibilização do previsto no art. 370 e nos demais dispositivos.

O entrelaçamento entre direito substancial e processual, nos processos sobre direitos disponíveis ou que admitem autocomposição, se dá seguindo a lógica de que o que pode ser atingido pelas partes diretamente, fora do processo, também é permitido indiretamente, no processo. Assim, a atividade instrutória do magistrado, nestes casos, será limitada, não havendo espaço para que o magistrado investigue para além do que pretenderam as partes.

Inversamente, o que não é possível fazer na via direta, ou seja, fora do processo, igualmente não poderá ser obtido por meio de omissão na atuação processual, o que permite a atuação do juiz para coibir tal cenário. Nestes casos pesa sobre o estado-juiz o dever de bem curar o direito litigioso indisponível, ou insuscetível de autocomposição, de forma que, independentemente da vontade das partes, deverá investigar a base fática do processo com ampla liberdade.

### 3.2.2. Definições

Considerando o uso, pelo CPC de 2015, da disponibilidade do direito e da suscetibilidade de autocomposição, como critérios norteadores da maior abertura à autonomia das partes, passa-se a fazer uma breve investigação sobre estas categorias.

Hélio Sodré ensina que direitos indisponíveis são aqueles essenciais da personalidade, inerentes à pessoa humana. Portanto, nesta categoria encontra-se o direito à vida, à liberdade, à honra, à integridade física e psíquica. Também nesta classificação são colocados o direito ao estado civil, ao nome, à intimidade, aos alimentos. (SODRÉ, 1980, p. 217).

A jurisprudência tem igualmente dado exemplos dos direitos que considera indisponíveis, como são o direito à honra, imagem, integridade física, nome e liberdade de pensamento<sup>65</sup>, separação litigiosa<sup>66</sup>, guarda<sup>67</sup>, alimentos<sup>68</sup>, entre outros.

Estes direitos têm como característica não possuírem conteúdo econômico em si mesmos e não serem sujeitos à renúncia. (SODRÉ, 1980, p. 217)

A indisponibilidade, portanto, se refere ao próprio direito.

Diferentemente, autocomposição é meio de resolução de conflitos, não é atributo do direito objeto do processo, e assim, é categoria mais ampla, que pode abarcar os primeiros.

---

<sup>65</sup> STJ, REsp n. 669.914/DF, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/3/2014, DJe de 4/4/2014.

<sup>66</sup> REsp n. 686.978/RS, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 29/11/2005, DJ de 13/2/2006, p. 797.

<sup>67</sup> REsp n. 1.773.290/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 24/5/2019.

<sup>68</sup> STJ, AgInt no REsp n. 1.969.658/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.

Teresa Arruda ensina que direitos “que admitem autocomposição, portanto, não podem ser rotulados como direitos sempre e necessariamente disponíveis, dado poder existir autocomposição também acerca de direitos indisponíveis.” (WAMBIER, 2016, p. 353).

Ainda que direitos indisponíveis sejam, de forma abstrata, irrenunciáveis, seu exercício, concretamente, pode ser negociado e até omitido. Nesses casos o direito é indisponível, “mas não o seu exercício, razão pela qual admitem negociação ou autocomposição” (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 965)

É o caso da autocomposição sobre as formas de exercício do direito indisponível, que se darão sempre em concreto. Este ficará intocado, mas o modo e o momento do cumprimento da obrigação a ele referentes poderão ser objeto de autocomposição. (NEVES, 2016, p. 308)

No mesmo sentido, a autocomposição sobre a repercussão econômica dos direitos indisponíveis é possível. Veja-se, por exemplo, os casos de autocomposição sobre o valor a ser pago a título de danos morais.

Neste sentido é o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”, acerca da possibilidade da aplicação do art. 190 do CPC/2015 em causas sobre direitos indisponíveis.

### **3.3. Cooperação, Colaboração e Proporcionalidade**

A inserção em lei do princípio da cooperação foi uma das inovações trazidas pelo CPC de 2015. E a previsão é de que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si para que se tenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa (art. 6º).<sup>69</sup>

A cooperação é descrita como meio para que se atinja dois objetivos caros à ordem jurídica: resolução em tempo razoável, e decisão de mérito justa.

Tem-se, no dispositivo, um sopesamento interessante entre dois valores que em certa medida se contrapõem, pois a realização da justiça completa, fosse ela alcançável, por certo demandaria um tempo considerável e talvez irrazoável, a por a

---

<sup>69</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

perder o próprio direito. Os atores do processo devem, antes de tudo, cooperar entre si para que se tenha decisão de mérito justa, finalidade da própria função jurisdicional. Porém, atento ao perigo da demora, que por si já torna as decisões injustas, exige o legislador que o objetivo seja atingido em tempo razoável.

### *3.3.1. Decisão de mérito justa, e as cláusulas gerais e princípios constitucionais*

Parcela da doutrina vai buscar o sentido da expressão em valores constitucionais.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos, são objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/88), e isto teria o condão de qualificar o estado brasileiro como ativo. (CÂMARA, 2007, p. 9)

Na tarefa resolução de lides concretas, o Judiciário obriga-se a se atentar àqueles objetivos, e a promovê-los na realização de suas funções. No desenrolar de uma demanda judicial, as partes e o estado-juiz se utilizam do arcabouço legal que entendem aplicáveis à espécie, mas, para dar fundamento à aplicação pretendida, na grande maioria dos casos, é essencial a investigação de fatos pretéritos, que se torna possível através da produção de provas.

E neste raciocínio, o conceito de justiça da decisão estaria intimamente ligado ao conhecimento da verdade sobre os fatos relevantes para a resolução da demanda.

Somente com o conhecimento sobre os fatos relevantes para o caso poderia o juiz proferir sentenças justas, pois as soluções legais (abstratas) seriam cogitadas sobre determinados pressupostos fáticos. Caso a sentença fosse proferida considerando pressuposto fático inexistente, ou tomando algum fato falso por existente, ter-se-ia uma decisão injusta (TARUFFO, 2014, p. 1 - 3). Em outros termos, a vontade da lei somente seria corretamente aplicada sobre bases fáticas idôneas (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.2).

E, ainda que não fosse possível a reconstrução da verdade absoluta, tal como rigorosamente ocorrida, este não poderia deixar de ser um objetivo no processo. A correspondência dos fatos provados no processo com aqueles efetivamente ocorridos, tal como ensina Taruffo, deveria ser a maior aproximação possível, e tanto

maior seria quanto melhor a qualidade e quantidade de informações em que se basearia a decisão. (TARUFFO, 2014, p. 8)

Neste caminhar, o princípio da cooperação, aproximando o magistrado das partes, segundo esta doutrina, orientaria no sentido de que o juiz atuasse ativamente na obtenção de elementos probatórios que pudessem servir à aproximação, melhor possível, da reconstrução fática processual ao que efetivamente ocorreu.

Além disso, não poderia ser considerada justa a decisão proferida em processo no qual se deu às partes tratamento não isonômico. Deveria o Judiciário, no processamento, se atentar para os objetivos elencados no artigo 3º, da CF/88, que não se contentam com o tratamento formalmente igual, traço percebido em toda a extensão da Constituição. E a prerrogativa de iniciativa probatória pelo juiz é um instrumento de realização da igualdade entre litigantes.

José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que um comportamento ativo do juiz é instrumento para o respeito à igualdade real entre os litigantes, neutralizador de desigualdades econômicas entre estes, de forma que o resultado do processo não esteja nas mãos daquele dotado de melhores condições financeiras<sup>70</sup>.

Sobre o primeiro ponto - de se vincular a noção de decisão de mérito justa, ou processo justo, à realização dos objetivos e valores constitucionais - entendemos correta, e aplicável ao caso, a visão crítica de Massimo Luciani.

A justificação sobre cláusulas gerais e princípios retira a necessária certeza e segurança, que é da substância do direito como instrumento de regulação social. Além disso, trata-se de um legado da modernidade política, eis que o Estado moderno nasceu como provedor de serviços de segurança (então física) para os súditos, e a segurança jurídica nada mais é do que a projeção da segurança no domínio do direito. Portanto, estado, segurança e certeza são uma tríade inseparável. A esta visão se contrapõe a de Zagrebelsky, um dos defensores da utilização de cláusulas gerais, e

---

<sup>70</sup> "(...) somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade real entre as partes. Trata-se de um poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual. O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo. (...) A real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito." (BEDAQUE, 1994, p. 72-74)

entende que a justiça deve ser orientada para o caso, e no conflito entre a lei e as necessidades do caso, o ordenamento escolhe esta última. (LUCIANI, 2020, p. 68).

Demonstrando preocupação com a referida abertura legal, Luciani entende questionável se falar em necessidades do caso. A tarefa do juiz, não é encontrar a solução "*justa*", porque tal pretensão implica "*a presunção de estar na posse monopolista da verdade em questões valorativas*", mas apenas encontrar a solução "*exata*" (que obviamente não significa "*a única possível*"). (LUCIANI, 2020, p. 71)

A questão das cláusulas gerais, em última análise, não pode ser separada da questão geral da interpretação. O entendimento sobre a concordância ou discordância em seu uso passa pela posição que se toma em relação ao triângulo caso/norma/juiz. Deixar a interpretação à influência dos paradigmas morais do juiz desperta, naqueles que têm resistência ao seu uso, as mais fortes perplexidades, quando há um recurso excessivo às cláusulas gerais e princípios. (LUCIANI, 2020, p. 72)

Portanto, os valores constitucionais que autorizariam as investidas probatórias do juiz são prospectados de forma subjetiva e variam muito de intérprete para intérprete.

Como um repositório de valores e princípios que perpassam a sociedade brasileira, a Constituição Federal igualmente dá relevo a outros valores, cuja proteção, inclusive, foi a razão do surgimento do estado. Cite-se, por exemplo, o valor propriedade (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III), que envolve tanto a manutenção quanto a livre disposição (dentro do limite da sua função social), o valor da livre iniciativa, exercício de atividade econômica e concorrência (art. 170, *caput*, IV e parágrafo único).

Considerando estes princípios, é de se dizer, igualmente, que o processo não seria justo, e tampouco justa a decisão de mérito que os desrespeitasse, retirando-os da gestão privada, e passando à gestão pública, ainda que indiretamente, em razão do atuar do estado-juiz no processo. E a análise sistemática dos dispositivos do CPC feita anteriormente demonstra que o legislador ordinário priorizou, em 2015, a autonomia privada, deixando os titulares livres para dispor sobre seus bens e direitos.

O segundo ponto que merece reflexão é a ideia de que o judiciário, atuando ativamente na produção de prova, tenha a função de funcionar como neutralizador de desigualdades.

As desigualdades entre as partes, e ao fundo na sociedade, são de um incontável número de aspectos. É necessário ser específico sobre quais tipos de desigualdades a doutrina entende ser necessária neutralizar, e sobre elas refletir.

Ricardo Aprigliano expõe mais especificamente as desigualdades que o preocupam no cenário processual, que em sua visão podem ser amenizadas com a atuação probatória do juiz: *“Um modelo que privilegiasse o interesse das partes seria palco para a prevalência de interesses mais bem representados, por partes com maior poderio econômico e com melhor preparo técnico”* (APRIGLIANO, 2020, p. 111-112)

Teresa Arruda Alvim também expõe a desigualdade que deve ser neutralizada, em sua visão: *“A interferência do juiz (...) tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que asseverar, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra.”* (ALVIM, 1994, p. 2)

Portanto, as desigualdades a serem combatidas são duas: a de qualidade na representação e a econômica.

Ao se falar em igualização das partes em razão de uma estar mais bem representada que outra, está-se a dizer que um dos representantes trabalha pior, ou melhor, que o da outra parte.<sup>71</sup> Entra-se, com esta ideia, em um ponto muito sensível e problemático, que, a nosso ver, trata-se, ao fundo, de o Judiciário se imiscuir em área reservada, pelo sistema normativo, à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), à União (através do Ministério da Educação) e às instituições de ensino superior.

Ora, a formação dos profissionais do direito é muito estritamente regulada por normas editadas pela União, e seguidas pelas instituições de ensino superior que oferecem o curso de bacharelado em Direito. Além disso, para o bacharel se qualificar como representante judicial, deve ser aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Este exame impõe critério, objetivo, para que determinado bacharel possa, a partir da aprovação, oferecer seus serviços de representante, com certa garantia ao contratante de que o profissional é qualificado.

Portanto, previamente à efetiva atuação em algum processo, o sistema já impôs condicionantes para que, aqueles que recorrem a estes serviços, tenham seus interesses bem representados.

---

<sup>71</sup> Neste trabalho limita-se a analisar a situação da parte representada por advogado, sem entrar na questão da possibilidade, ou não, de o juiz ter postura probatória ativa nas causas em que o ordenamento jurídico permite que a parte atue sem representação por advogado, tal como ocorre, por exemplo, nos juizados especiais.

A partir do momento em que os representantes atuam em determinado processo, estes e o juiz passam a interagir. E é a partir daí que a referida parte da doutrina propugna a neutralização das diferenças da qualidade de representação das partes pelo juiz.

Mas, o sistema normativo, também nesta fase, coloca à disposição das partes, e do magistrado, meios de coibir má-atuação (objetiva) dos representantes. A definição da má atuação de representantes tem critérios objetivos definidos no Estatuto da OAB, art. 34 a 44 (Lei 8.906/1994). Caso o magistrado entenda haver falta funcional do representante de qualquer das partes, deve levar o fato ao conhecimento da OAB, que irá, objetivamente, verificar se houve, ou não, descumprimento, e eventualmente tomar as providências que entender adequadas.

Em outros termos, a atuação para equalização da representação das partes transforma o Judiciário, por via indireta, em instância de avaliação profissional, o que fere a vocação legal da OAB.

Além disso, tomada de providência probatória, pelo magistrado, a fim de “neutralizar” a desigualdade de representação entre as partes, partirá de critério subjetivo do juiz. Este critério será insindicável, não passível de controle por qualquer das partes ou tribunais, o que fere diversas normas constitucionais, como o princípio republicano e a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais.

A tentativa de neutralização poderá ferir, também, as prerrogativas profissionais do advogado que se entende estar desenvolvendo uma representação de pior qualidade, pois, muitas vezes, existem estratégias processuais lícitas, utilizadas pelos representantes, que ao juiz não se mostram claras.

A neutralização de diferenças econômicas, com a tomada de providências probatórias pelo juiz, igualmente, carece de critérios objetivos a fim de não se cair no subjetivismo do juiz da causa. A menos que se busque fundamento em princípios constitucionais, não há, em nosso sistema normativo, qualquer disposição que eleja o critério econômico, e o torne objetivo (quantifique), para direcionar a atuação probatória do juiz.

E o sistema tem meios de equalizar partes que se encontram em posições financeiras desfavorecidas. A Constituição impõe que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/88). Institui a Defensoria Pública, incumbindo-lhe a “*a promoção dos*

*direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”* (art. 134). No plano infraconstitucional estes mandamentos são concretizados pela Lei 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, e pela Lei Complementar 80/94, no âmbito federal, que organiza a Defensoria Pública da União.

Outras iniciativas, a fim de minimizar o espaço entre o Judiciário e os jurisdicionados de menor poder aquisitivo, normativamente previstas, merecem também destaque. A primeira delas é a instalação de justiça itinerante pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça dos Estados. (arts. 107, §2º, 115, §1º, 125, §7º, todos da CF/88).

Recentemente o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, sensível à realidade de que as subseções judiciárias do interior, geralmente, são de grande extensão, o que dificulta o acesso daqueles que residem longe da sede da subseção, regulamentou a criação, instalação e o funcionamento das Unidades Avançadas de Atendimento (UAA), em que é possível realizar atermação, atendimento às partes e advogados, perícias e audiências.<sup>72</sup>

Portanto, a menos que haja critérios normativos claros que determinem atuação probatória diferenciada do magistrado quando se está diante de certas diferenças econômicas ou de representação, entende-se não ser possível sustentar, sem se cair em subjetivismos, que seja dado ao Judiciário sua neutralização através daquele meio.

### *3.3.2. O tempo razoável e a proporcionalidade*

#### *3.3.2.1. Perspectiva individual*

A cooperação é, também, instrumento para produção de decisões de mérito em tempo razoável.

Em artigo intitulado “Direito e Tempo”, o Professor Gláucio Maciel Gonçalves, estudando a teoria dos sistemas, traça a diferença como o tempo é compreendido nas diversas áreas do conhecimento.

---

<sup>72</sup> Resolução PRESI 2/2024, do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

A teoria deixa de tratar o tempo de modo objetivo, e o afirma como uma “*dimensão da comunicação social e, portanto, socialmente produzida.*” Os diversos sistemas sociais se utilizam e produzem, à sua maneira, o tempo. Exemplificando, o sistema econômico pode tomar medidas de controle de gastos que somente produzirão efeitos nos anos vindouros, e, em contrapartida, para o sistema sanitário “*o longo prazo pode significar a irrelevância de suas decisões, já que a doença não espera e o atraso na campanha de vacinação*” pode significar milhares de infecções. E continua, “*Sendo plural o tempo – ou seja, cada sistema marcha de acordo com a sua toada -, é normal que uma determinada sociedade avance em diferentes velocidades.*” (GONÇALVES, 2011, p. 281-282)

O direito, portanto, é um sistema lento em comparação com outros sistemas, como o da política e da economia, veja-se a modificação da jurisprudência, que leva tempo consideravelmente maior relativamente aos outros dois sistemas. Esta sensação de lentidão é fruto da interação do sistema jurídico com os demais sistemas com os quais se relaciona, e de uma auto-observação do próprio sistema. E a referida qualificação é, então, repensada dentro dos parâmetros e critérios irrenunciáveis do direito, por exemplo, a exigência de fundamentação e as garantias do contraditório, ampla defesa, e devido processo legal. (GONÇALVES, 2011, p. 285-286)<sup>73</sup>

Referenciando Carlos Henrique Borlido Haddad, o professor Glaucio Maciel ensina que a maior preocupação do juiz não é a rápida solução da controvérsia, mas sim a aplicação útil do direito. Porém, se o tempo se torna fator que retira utilidade da aplicação do direito, violando princípios processuais elementares, passa a ter grande relevância na atividade jurisdicional, e isto está acontecendo na atualidade. (GONÇALVES, 2011, p. 285-286)

---

<sup>73</sup> Sobre a lentidão na conclusão de processos, tende-se a acreditar que é problema exclusivo do Brasil. Porém, Barbosa Moreira faz interessante colocação: “O subitem nº 1 é a crença, bastante difundida, de que se cuida de fenômeno exclusivamente brasileiro, ou quando nada de que a posição de nosso país, na escala planetária, é aí tão escandalosamente ruim como a que lhe cabe em tema de distribuição de renda. Sem de longe insinuar que isso nos sirva de consolo, ou nos permita dormir o sono da boa consciência, ousou assinalar que o problema é praticamente universal e alarma não poucos países do chamado primeiro mundo. Há décadas frequento congressos internacionais de direito processual, e a nenhum assisti em que não ouvisse ao propósito gemidos e lamentações, vindos dos mais diversos quadrantes.” Artigo publicado na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, edição 17, disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf>, acesso em 27 de outubro de 2023.

Neste sentido, o tempo razoável não prescinde da realização do fim útil do processo. O legislador teve ao empregar o vocábulo “razoável”, que não se confunde, necessariamente, com “rápido”. Neste sentido, Gláucio Maciel:

O direito à razoável duração do processo pode ser interpretado como uma decorrência do devido processo legal material – ou seja, a noção de que a adequação da prestação jurisdicional dá-se, também, no tempo, isto é, na forma como esta dimensão é utilizada, pelo sistema do direito, para a tomada de decisões justas, e, portanto, se distancia tanto da decisão prolatada de forma açodada, quando daquela cujo tempo de produção tenha colocado a perder a própria utilidade. (GONÇALVES, 2011, p. 289)

Em consideração individual, a razoável duração deve significar a resolução do litígio em tempo que possibilite um trâmite ordenado, não demasiadamente apressado, açodado, mas que também não inviabilize a utilidade do bem ou direito litigioso em razão do alongamento da marcha processual. E a atuação do juiz para além do que pretendem as partes é causa de alongamento não razoável da tramitação do processo.

### 3.3.2.2. Perspectiva ampliada

O princípio da cooperação, ainda no enfoque da razoável duração do processo, pode ser aplicado, também, de uma perspectiva ampliada, sobre o acervo probatório da unidade jurisdicional, e não somente em um único processo, interpretação comumente dada.

Trata-se da distribuição proporcional dos recursos da unidade jurisdicional ao seu acervo processual.

As *Civil Procedure Rules* da Inglaterra e do País de Gales, de 1999, a que já fizemos menção no início deste trabalho, foram expressas ao adotar esta visão ao dispor, na Regra 1.1, item (2), alínea “e”, que tratar os casos de forma justa e proporcional envolve, tanto quanto possível, a alocação, a cada caso, uma fatia apropriada dos recursos do tribunal, levando-se em consideração a necessidade de alocação dos mesmos recursos aos demais casos.<sup>74</sup>

Remo Caponi, em artigo sobre as Regras Modelo Europeias sobre Processo Civil, argumenta que o objetivo do princípio da cooperação (decisão em prazo

---

<sup>74</sup> “1.1. The overriding objective (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable” (...) “(e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (...)”

razoável) não pode ser alcançado sem distribuição equilibrada dos recursos ao tratamento de todos os processos. (CAPONI, 2022, p. 728)

O italiano assevera que o princípio da cooperação indica que se busque solução consensual, mas isto deve ser equilibrado com a proteção, pelo princípio da proporcionalidade, dos interesses dos demais usuários do serviço judiciário, que pode recomendar que se limite o uso de métodos de solução consensual do litígio. Isto aconteceria especialmente em duas situações: quando o litígio envolver a resolução de questões jurídicas de interesse coletivo, ou geral, que em razão disso devem ser dirimidas pela jurisprudência; ou quando a relação entre as partes é significativamente desequilibrada, por exemplo, por razões sociais ou econômicas, e, assim, o risco de injustiça da solução negociada ultrapassa o limite tolerável. Ainda que por razões distintas, as duas situações apresentariam barreiras à cooperação negocial entre as partes, protegidas pelo princípio da proporcionalidade, evitando-se a multiplicação de litígios no futuro e o surgimento de indesejada fragmentação se soluções negociadas. (CAPONI, 2022, p. 733-734)

Um dos objetivos do princípio da cooperação, a resolução justa, eficiente e rápida, não pode ser encontrada sem a repartição equilibrada dos recursos destinados ao tratamento de todos os processos considerados conjuntamente, o que exige atitude cooperativa das pessoas diretamente envolvidas no processo individual, e a adequada distribuição de recursos judiciais relativamente a todo o acervo. (CAPONI, 2022, p. 728-730)

Considerando que, no novo cenário teórico, e com o princípio da cooperação, o foco do processo deixa de ser a atuação-poder do Estado consubstanciada na jurisdição, e passa a ser o usuário do serviço público jurisdicional (ANDRADE; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 322), é de se perguntar se a atuação probatória do magistrado, para além do que requerido pelas partes, em processos sobre direitos disponíveis e que admitam autocomposição, estaria em conformidade com a faceta ampliada do princípio da cooperação.

Importa considerar, ainda, que segundo o relatório Justiça em Números 2023, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no primeiro grau de jurisdição, em que

na imensa maioria dos casos é feita a instrução probatória, a média do número de processos por magistrado era de 6.476, quando de sua elaboração.<sup>75</sup>

E a resposta é negativa. A lógica deve ser a mesma apresentada pelos professores Érico Andrade e Dierle Nunes no seguinte excerto sobre a profundidade da cognição na estabilização da tutela antecipada antecedente:

Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter decisão de cognição mais profunda no plano vertical.

(NUNES; ANDRADE, 2015, p. 78)

A determinação da realização de prova, a despeito de qualquer manifestação de interesse das partes, contraria os arts. 4º, 6º e 8º, do CPC/2015, e resulta em atuação estatal não cooperativa – pois ultrapassa o limite da cognição escolhido pelos próprios titulares dos direitos –, ineficiente do ponto de vista da gestão de acervo processual – pois implica utilização dos limitados recursos públicos (humanos, financeiros e de tempo) para atuação que os destinatários do serviço jurisdicional entendem desnecessária -, e responsável por diminuir, irrazoavelmente, os recursos disponíveis para os demais processos do acervo.

### **3.4. Segurança jurídica na produção de prova: o saneamento, preclusão e as regras de distribuição do ônus da prova**

O saneamento, no CPC de 1973, recebia regulamentação no §2º, do art. 331<sup>76</sup>, e bastava ao juiz fixar quais os pontos controvertidos e determinar as provas que seriam produzidas.

O CPC de 2015, no artigo 357, conferindo maior detalhamento ao ato do saneamento, que ocorre caso não haja extinção do feito sem julgamento de mérito ou julgamento antecipado, impôs ao magistrado que delimite as questões de fato sobre

---

<sup>75</sup> Justiça em números 2023, disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>>, p. 41.

<sup>76</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

as quais recairá a atividade probatória (inciso II) e defina a distribuição do ônus da prova (inciso III).<sup>77</sup>

As referidas disposições, no mesmo espírito do art. 10, CPC/2015, pretendem imprimir mais transparência e segurança ao desenrolar da marcha processual, de forma a que as partes não sejam surpreendidas, quando da sentença, pela distribuição de ônus da prova que não siga a regra geral do art. 373, incisos I e II, e eventualmente por algum fato que o juiz reputasse importante a ser provado, mas que as partes assim não entenderam e não diligenciaram neste sentido.

Este é o momento processual adequado para que o juiz, colaborativamente com as partes, defina os fatos devem ser provados, e sugira os meios de prova que entende adequados para o caso.

Caso ambas, ou uma das partes, concordem com a realização dos meios de prova sugeridos pelo magistrado, a prova deve ser realizada. Porém, caso as partes demonstrem desinteresse na sua produção, como já se sustentou em item precedente, em pelas razões já expostas, não há que se insistir na sua realização. O que importa é que, neste momento, todos já têm conhecimento acerca da visão do juiz sobre o que interessa ser provado, não havendo que se falar em surpresa caso não se desincumbam do ônus de fazê-lo.

Contudo, pergunta-se se a decisão que define as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e sugira os meios de prova, ou a superação do seu momento (saneamento), implica preclusão para o juiz, fulminando a possibilidade de investidas probatórias sobre fatos que já se encontravam, desde o momento do saneamento, dentro do conjunto fático existente.

Neste ponto, interessa destacar os ensinamentos de Carlotta Conti sobre o instituto.

A preclusão tem natureza de efeito que é utilizado para indicar uma causa, por esta razão, deve ser encarada como uma metonímia. (CONTI, 2013, p. 6). A acepção de preclusão como efeito da inércia da atuação da parte tem origem em Oskar von Bülow. O autor foi crítico da afirmação, então tradicional, de que haveria um dever das partes de se posicionarem relativamente às alegações da parte adversa.

---

<sup>77</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (...)

As partes estariam livres para sopesarem a estratégia processual que iriam seguir, e consequentemente deveriam sofrer as consequências de suas escolhas. Contudo, esta liberdade de atuação deve ser considerada frente à possibilidade deferida pelo estado, por meio de normas processuais, de que as partes possam se defender, e, diante dessa possibilidade, a parte inerte se submete às consequências de sua inação, e não poderá reclamar que o estado-juiz tenha feito prevalecer os argumentos da parte contrária. Na visão de Bülow, a parte que não responde às afirmações da contraparte perde o direito à prova, e a inação tem o efeito de reforçar o argumento do adversário. Assim, com este autor, a preclusão perde o sentido de pena, e passa a ser a perda de uma faculdade legal pela inação daquele que detinha a prerrogativa. (CONTI, 2013, p. 7-8)

A preclusão se situaria, portanto, entre o princípio dispositivo e a qualidade pública do processo. De um lado, as partes são livres para a busca de seus direitos, e de outro, existe interesse público de que o processo siga um caminho ordenado, célere, e na direção de um fim. (CONTI, 2013, p. 8-9)

A função jurisdicional, tal como acontece com as partes, é igualmente desenvolvida sobre prerrogativas legais deferidas pela lei.

Posteriormente Chiovenda também se debruçou sobre o tema. Ao passo em que Bülow somente considerou a preclusão do ponto de vista subjetivo, como uma consequência da inação de um dos sujeitos processuais, Chiovenda inovou ao descrevê-la como um fenômeno eminentemente processual, em especial no contexto da coisa julgada, com seu alcance para fora do processo. As considerações de Chiovenda podem ser consideradas uma continuação do que foi formulado por Bülow, que ligou o conceito essencialmente à autorresponsabilidade das partes (portanto, um enfoque subjetivo). (CONTI, 2013, p. 11)

Estendendo-se o conceito de preclusão à realidade da coisa julgada, o instituto torna-se ainda mais aplicável à atividade jurisdicional, a impedir a reanálise da demanda por qualquer juiz, até mesmo por aqueles que não oficiaram na demanda.

Continuando o trabalho de Chiovenda, Virgilio Andrioli coloca a preclusão como elemento estrutural do processo. Como o processo tem por vocação a prolação de uma decisão final definitiva, a preclusão torna esta ordem e o objetivo possível. Segundo Andrioli a preclusão deve ser reconhecida como a prevalência da aspiração à certeza sobre a justiça. (CONTI, 2013, p. 12)

Desta forma, um conflito passa a existir, pois a preclusão atrita com a necessidade de justiça substancial. É o dilema entre o tempo, o processo e a verdade. Citando Guarnieri, Conti afirma que o legislador tem de levar em conta duas necessidades que se contrapõem, por um lado o interesse em se chegar à verdade material, que aconselha que qualquer requerimento possa ser realizado a qualquer momento, em contrapartida, há o interesse pela celeridade, boa-fé, eficiência e economia processuais. (CONTI, 2013, p. 15)

Em sistemas inquisitórios, as atividades dos sujeitos públicos tendem a ser imunes à preclusão, pois são informados pela apuração oficiosa da verdade. Por outro lado, no sistema acusatório, pode-se falar em preclusão destinada a regular o exercício dos poderes com base em um princípio de autorresponsabilidade. (CONTI, 2013, p. 16)

Contra os magistrados, vale considerar o efeito preclusivo da coisa julgada. O caráter definitivo da decisão significa que os juízes que atuaram no feito perdem o poder de tomar decisões no mesmo processo e, para as partes, a oportunidade de agir. E mais, a sentença passada em julgado impede a instauração de novos processos e a reanálise da causa por outros juízes que não aqueles que exerceram as suas funções no processo em que prolatada a decisão final. (CONTI, 2013, p. 28)

Conforme Monteleone, o juiz que utiliza seu poder instrutório sem limite de tempo pode alongar sensivelmente a marcha processual, deixando-se de atentar para a razoável duração do processo, esvaziando-se o sistema de preclusões (MONTELEONE, 2007, p. 868 e 869).

Portanto, tomando-se por premissa as considerações expostas, deve ser reconhecida a preclusão, contra o magistrado, caso não defina os fatos que deverão ser objeto de prova e sugira as provas que entender pertinentes no momento do saneamento. Entendimento contrário resultaria em regresso da marcha processual, sem que os usuários do serviço jurisdicional tenham considerado relevante a providência (determinada fora do tempo), atuação que pode ser qualificada como não colaborativa, ineficiente e que não preza pela duração razoável do processo.

A existência de preclusão também contribui para que o órgão jurisdicional se debruce previa e detidamente o processo, a fim de definir fatos controversos e meios de prova pertinentes, evitando a conversão em diligência (probatória) daqueles processos que já estavam conclusos para julgamento, mas que, somente neste

momento, o magistrado entendeu importante a realização de determinada prova. Trata-se da vantagem referida pelo professor Érico Andrade, em comentário à reforma do CPC italiano (reforma que versou sobre a proibição de decisões “*a sorpresa*”), indicando que uma das razões da introdução (feita pela reforma) foi “provocar o maior “engajamento” do órgão judicial no exame da causa (...) a reforma atacou o que ocorria na prática: comumente o juiz só examinava o processo ao final” (ANDRADE, 2018, p.70).

Ressalva-se, porém, da preclusão, para todos os agentes do processo, não somente o juiz, a descoberta de fatos relevantes durante a própria instrução, situação em que o fato descoberto não se encontrava entre aqueles que, no momento do saneamento, poderia ser considerado objeto de prova.

Por fim, formando a tríade de institutos a assegurar segurança jurídica na atividade de produção probatória, tem-se as regras de distribuição de ônus da prova. E duas funções relevantes devem ser destacadas.

Primeiramente, as regras de distribuição de ônus da prova trazem previsibilidade aos litigantes. Antes do início da instrução, os representantes das partes, analisando a petição inicial e a contestação, já têm condição de analisar o que deve ser objeto de esforço probatório, e o que não carece de ser, em razão de o ônus pesar sobre um dos polos da contenda. A atuação do magistrado na busca de provas prejudica a referida previsibilidade em desfavor da parte contra a qual não pesa o ônus probatório. E pior, a previsibilidade é fulminada no caso de providência probatória determinada de ofício após o final da instrução, quando a análise sobre o cumprimento, ou não, do ônus da prova pelas partes já pode ser feita em concreto, em face das provas produzidas.

A sensibilidade do CPC com relação a esta função das regras de distribuição de ônus da prova é perceptível, pois no art. 357, III, exige que o juiz defina a distribuição do ônus da prova.

E, em segundo lugar, são regras que garantem ao juízo a viabilidade do julgamento, o cumprimento do *non liquet*, independentemente de as partes terem adotado a postura de pedir uma atividade probatória mais exauriente, ou não tão profunda, realizando o interesse maior da Jurisdição, que é a resolução da controvérsia.

Em conclusão, sustenta-se que o CPC de 2015 trouxe uma conformação temporal relativamente à atividade instrutória pelo juiz, tanto na definição dos fatos que serão objeto de prova, quanto na sugestão às partes das provas que entende pertinentes: o momento do saneamento. A sua decisão a tempo, ou ultrapassado o momento do saneamento, tem a consequência de tornar preclusa (de forma consumativa ou temporal), para o juiz, o poder de fazê-lo. Esta solução privilegia a importância das normas sobre a distribuição do ônus da prova, que trazem previsibilidade às partes, e constituem o instrumento de que se valerá o magistrado para sentenciar com o conjunto probatório existente nos autos.

#### 4. CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se, inicialmente, estudar aspectos tradicionais, trazidos pela doutrina, relativamente à atividade probatória do juiz, assim como fazer uma breve análise de como a jurisprudência e o direito estrangeiro tratam do tema.

A doutrina se divide entre os que defendem a atuação probatória livre do magistrado, sob os fundamentos do processo justo, que se liga à necessidade de busca da verdade material, da natureza pública da atividade jurisdicional (consequentemente do processo) e da realização da igualdade material. Do outro lado, aqueles que se mostram contrários à atuação do magistrado, ao menos em casos sobre direitos disponíveis, pois a atuação colocaria em risco a imparcialidade, haveria a publicização de direitos e bens que são essencialmente privados, e a inutilização das regras de distribuição de ônus da prova. E, por fim, a corrente intermediária, a propugnar a atuação judicial probatória subsidiária, em casos de insuficiência ou situação de perplexidade relativamente às provas produzidas pelas partes.

Neste mesmo sentido segue a jurisprudência, sem que tenha sido possível distinguir uma orientação dominante.

No direito estrangeiro estudou-se os ordenamentos processuais probatórios da América do Norte, Inglaterra e País de Gales, Espanha, Itália, França, Portugal e o Modelo Europeu de Regras sobre Processo Civil.

Neste também é possível verificar espaços de maior ou menor autonomia probatória pelos juízes.

Na América do Norte e na Inglaterra, de tradição *common law*, juízes não podem tomar iniciativa probatória, porém, percebe-se o traço comum de se permitir, e ampliar (no caso inglês), os poderes de gestão processual, o que incide também sobre a atividade instrutória.

Segue a mesma linha o direito probatório civil espanhol, que não permite tomada de providências pelo juiz, mas somente que ele sugira a realização de determinadas provas e peça esclarecimentos às partes (tal como também se permite na Inglaterra). E esta também foi a solução adotada pela ELI/UNIDROIT na elaboração do Modelo Europeu de Regras sobre Processo Civil.

Por fim, entre os países que permitem efetivamente a tomada de providências probatórias pelo juiz, estão Itália, França e Portugal. O primeiro, selecionando especificamente algumas providências permitidas, já os dois últimos liberando de forma geral o magistrado a fazê-lo.

Adentrando-se na reanálise dos poderes instrutórios do juiz à luz do novo CPC, na segunda parte iniciou-se a pesquisa pelo estudo da abertura à autonomia privada que sofreram os diversos ramos do direito público. E com o processo civil brasileiro não foi diferente. Foi inaugurada a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais genericamente, além das hipóteses específicas, assim como as partes ganharam mais uma situação em que podem estabelecer profundidade cognitiva superficial e ainda assim terem uma decisão estável, que é o caso da estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente.

Em análise sistemática do CPC/2015, tomando-se por parâmetro o que dispôs o legislador nos arts. 334, e 345, II, acerca da revelia, no art. 357, II e §2º, sobre o saneamento, no art. 373, I e II, que cuida da distribuição diferenciada do ônus da prova, no art. 392, da confissão, no art. 471, que permite a escolha do perito do processo pelas partes, e no art. 190, o permissivo geral das convenções processuais, chegou-se a duas conclusões.

Em primeiro lugar, que o critério da (in)disponibilidade ou da (im)possibilidade de autocomposição do direito em litígio é adotado pelo legislador para conformar a liberdade instrutória do magistrado.

Assim, distanciando o processo da rígida separação entre direito substancial e processual, tornou-se clara a existência de entrelaçamento, ou influência, do direito material no processo.

O raciocínio é no sentido de que, o que é permitido às partes fazerem diretamente fora do contexto jurisdicional, também é possível fazer indiretamente no processo.

Em sentido inverso, o que é impossível fazer diretamente, fora do processo, tampouco será possível às partes fazê-lo no processo, indiretamente. Portanto, havendo interesse público sobre o bem ou direito, que o torne indisponível ou insuscetível de autocomposição, o próprio direito material indica que o estado deve tomar todas as providências para protegê-lo, não havendo que se falar em conformação diferenciada da atividade instrutória oficial, nestes casos.

Em segundo lugar, a autonomia privada pode, inclusive, nos casos em que se controverte sobre direitos disponíveis ou aptos à autocomposição, conformar a atividade probatória pelo juiz, é o que acontece nos artigos citados.

Outra novidade legislativa do CPC/2015 foi a positivação da cooperação, no art. 6º, que busca promover a justiça nas decisões de mérito e a solução em tempo razoável. Investigou-se se este princípio tem influência na liberdade instrutória do magistrado.

A justiça da decisão tem sido tradicionalmente ligada à realização dos valores constitucionais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da redução das desigualdades sociais. Uma decisão também não é justa se aplica a norma sobre arcabouço fático que não coincide com o que efetivamente ocorreu, portanto, a busca da verdade real é condição para a justiça das decisões.

Porém, a Constituição é um conjunto de diversos valores presentes na sociedade, e é problemática a fundamentação da atuação probatória nestas cláusulas gerais e princípios, pois ocorrerá sob uma prospecção subjetiva de cada juiz.

Além disso, a justificação da investida probatória oficial sob a égide da realização da igualdade material, já que as partes se apresentam desigualmente do ponto de vista econômico e de representação, também leva a subjetivismos pelo julgador. Inexiste critério objetivo a indicar ou autorizar que o juiz, a partir de determinada desigualdade econômica ou de representação, possa tratar as partes desigualmente na produção de provas.

E o sistema possui meios de equalização destas desigualdades.

Quanto à qualidade da representação, existe controle, pela União, das instituições de ensino superior que formam bacharéis em direito. Após a obtenção do grau, os pretendentes a representantes devem ser aprovados em exame da OAB. E após a aprovação e início da efetiva representação em um processo, a instância competente para a sindicância, objetiva, da qualidade dos serviços prestados continua sendo a OAB, ou órgãos correicionais, por exemplo, no caso da Defensoria Pública ou do Ministério Público. A tentativa de equalização da qualidade da representação pelos juízes, portanto, além de carecer de critérios objetivos, fere as competências dos órgãos vocacionados a este controle.

Relativamente à realização da igualdade econômica, o mesmo raciocínio é aplicável. Além de faltar ao juiz permissivo normativo para o tratamento desigual das

partes na produção de provas, o que desagua em subjetivismos, o sistema possui meios de cumprir o desiderato: a instituição das Defensorias Pública, a assistência judiciária gratuita, a instituição de justiça itinerante, a criação das UAA, dentre outros exemplos.

Caso se entenda que a proteção do sistema seja insuficiente, deve-se buscar meios de torná-lo mais eficiente, o que não se atingirá com a ampla liberdade probatória a juízes.

O princípio da cooperação também trabalha para a obtenção de decisão em tempo razoável.

Em uma perspectiva individual significa o atingimento de decisão em tempo possibilite um trâmite ordenado e cuidadoso, não demasiadamente apressado, mas que também não inviabilize a utilidade do bem ou direito litigioso em razão do alongamento da marcha processual. Portanto, nesta perspectiva, a atuação probatória do juiz, para além do que requerido pelas partes, torna a marcha processual individualmente considerada irrazoavelmente mais demorada.

Sob uma perspectiva ampla, o princípio da cooperação liga-se à noção de proporcionalidade, e indica que os limitados recursos financeiros, humanos e de tempo devem ser racionalmente distribuídos a todos os processos do acervo da unidade jurisdicional. Portanto, providência probatória oficial para além do que requerido pelas partes, em um processo individual, resulta em atuação não cooperativa, ineficiente e antieconômica, a reduzir os recursos disponíveis a outros feitos.

E o CPC de 2015 fixa o momento oportuno para que as partes e juiz, colaborativamente, estabeleçam de forma segura e transparente os aspectos mais importantes da instrução: o saneamento. É neste momento que deve o juiz fixar os fatos sobre os quais a atividade probatória recairá. Com isto, dá-se às partes a previsibilidade da amplitude do esforço que devem despender para verem suas pretensões acolhidas. Poderá o magistrado, cumprindo o dever de transparência, sugerir, neste momento, os meios de prova que entende adequados para a prova dos fatos sobre os quais a instrução irá se desenvolver. Mas o esforço probatório somente será justificado caso ao menos uma das partes aquiesça com a sugestão.

Ultrapassado o momento do saneamento, com ou sem decisão, há preclusão consumativa ou temporal, respectivamente, contra o juiz. Não poderá o magistrado

inovar no cenário probatório, seja indicando a importância de determinado fato, seja determinando meios de prova, sob pena de tornar inútil a previsibilidade que trazem as normas sobre distribuição de ônus da prova.

E, também por conta das regras de ônus da prova, o interesse público que existe sobre a função jurisdicional, que é a resolução da lide, estará resguardado, devendo o magistrado julgar conforme aquelas regras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões sobre o ônus da prova**. Revista de Processo. Vol. 76, p. 141-145, out.-dez. 1994. Disponível em <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023

AMARAL, Paulo Ostenack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ANDRADE, Érico. **A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação**. Revista de Processo, vol. 283, set/2018, pp. 55-106.

ANDRADE, Érico. **A contratualização do processo**. In: Fernando Gonzaga Jayme, Gláucio Maciel Gonçalves, Juliana Cordeiro de Faria, Marcelo Veiga Franco, Mayara de Carvalho Araújo, Suzana Santi Cremasco. (Org.). Processo Civil Brasileiro - Novos Rumos a partir do CPC/2015. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, v. 01, p. 47-65.

ANDRADE; Érico; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil in 30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018, p. 303-355.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao código de processo civil – artigos 369 a 404: das provas: disposições gerais. Vol. 8, tomo I. Coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. D.O.U de 17/03/2015, pág. nº 1.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. D.O.U de 23/12/2009.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. D.O.U de 29/05/2015.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. **Código de Processo Civil de 1939**. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Colleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1939. V.7, P. 311-438.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. D.O.U de 17/01/1973, pág. nº 1.

\_\_\_\_\_. **Ordenações afonsinas**. Livro Terceiro, Título Sessenta e Nove, disponível em <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>>, acesso em 27/09/2023.

\_\_\_\_\_. **Ordenações manuelinas**. Livro Terceiro, Título Cinquenta, disponível em <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>>, acesso em 27/10/2023.

\_\_\_\_\_. **Ordenações filipinas**. Livro Terceiro, Título Sessenta e Seis, disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>, acesso em 27/10/2023.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973**. Brasília, 1972.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Petronio Calmon. Vol. 1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Revista de Processo, vol. 153, p. 33 – 46, Nov. 2007. Disponível em <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> >, acesso em 22 de agosto de 2023.

CAPONI, Remo. **Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais**. Revista de Processo, vol. 228/2014, p. 359 – 376. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

CAPONI, Remo. **Le regole modello europea Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile**. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, v. 76, n. 3, 2022, p. 717–753.

CONTI, Carlotta. **Preclusione**. 2013.

ELI/UNIDROIT. **Model european rules of civil procedure**. Disponível em <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf) >, acesso em 12/01/2023

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000**. disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>, acesso em 17/11/2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal rules of civil proceedings**. Disponível em <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_civil\\_procedure\\_december\\_1\\_2022\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf)>, acesso em 09/11/2023.

FRANÇA. **Code de procédure civile**. Disponível em <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>, acesso em 18/11/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: obrigações – contratos – parte geral**. V. 1. Coord. Pedro Lenza. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. **Direito e tempo**. In: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauer, Maira Terra. (Org.). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. 1, p. 281-293.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. Revista de Processo. Vol. 33. P. 29 – 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. **Civil produces rules**. 1999. Disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>, acesso em 15/11/2023.

ITÁLIA. **Codice di procedura civile. 1940**. Disponível em <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>, acesso em 18/11/2023.

LUCIANI, Massimo. **Certeza del diritto e clausole generali**. *Questione Giustizia*, p. 67-72. 2020.

MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. **Negócio jurídico processual, direitos que admitem autocomposição e o pactum de non petendo**. Revista de Processo. Vol. 272, p. 419-439. Out. 2017. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> >, acesso em 22 de agosto de 2023.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil do modelo ao princípio [livro eletrônico]**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MONTELEONE, G. **Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)**. Rivista di diritto processuale, v. 62, n. 4, p. 863–874, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Uma novidade: o código de processo civil inglês**. Revista de Processo. Vol. 99, p. 74-83. Jul-set 2000. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> >, acesso em 22 de agosto de 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Duelo e processo**. Revista de Processo. Vol. 112, p. 177-185. Out-Dez 2003. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> >, acesso em 22 de agosto de 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 17, p. 153 – 164. Disponível em < <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf>>, acesso em 27 de outubro de 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. In: Didier Jr, Fredie; Macêdo, Lucas Buril;

Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 1ed.Salvador: Jus Podium, 2015, v. 4.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil Português**. Lei n. 41/2013. Disponível em <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>>, acesso em 21/11/2023.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Civil português**. Revista de Processo. São Paulo. v.37. n.204. p.211-228. fev. 2012. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908311/mod\\_resource/content/1/exoposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20motivos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908311/mod_resource/content/1/exoposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20motivos.pdf)>, acesso em 20/11/2023, acesso em 21/11/2023.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. **O poder do juiz de produzir prova de ofício**. Revista de Processo. Vol. 304, p. 179 – 200, jun. 2020. Disponível em <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023.

REICHEL, Luiz Alberto. **O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz**. Revista de Processo, v. 281, p. 171 – 185, jul. 2018. Disponível em <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 4 ed. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SHIMURA, Sérgio Seiji; LUZ, Tatiana Tiberio. **Os limites aos poderes instrutórios do juiz**. Revista de Processo, v. 310, p. 89 – 111, dez. 2020. Disponível em <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023.

SODRÉ, Hélio. **Manual compacto do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SOTELO, José Luis Vázquez. **Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil**. Revista de Processo, v. 177, p. 93 – 152, nov. 2009. Disponível em <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023.

TARUFFO, Michelle. **Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa**. Revista de Processo, vol. 133, p. 239 – 266, mar. 2006. Disponível em

<<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 17 de novembro de 2023.

TARUFFO, Michelle. **Verità e processo**. Revista de Processo, vol. 228, p. 63 - 78, fev. 2014. Disponível em

<<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>, acesso em 22 de agosto de 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)**. Revista de Direito Privado, v. 17, p. 9-28, mar. 2004. Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Colaboração: Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 24 ed (edição do Kindle). Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil - vol. 1**. 62 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]: artigo por artigo. 2 ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em < <https://next-proview.thomsonreuters.com/title> >

WOOLF, Lord. **Access to justice (interim report)**. 1995. Disponível em < <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060213222829/http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>>, acesso em 14/11/2023.

WOOLF, Lord. **Access to justice (final report)**. 1996. < <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> >, acesso em 15/11/2023.

XAVIER, Trícia Navarro. **O “ativismo” do juiz em tema de prova**. Revista de Processo, vol. 159, mai/2008, pp. 172/197.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**. Revista de Processo, vol. 116, p. 171 – 212, jul. – ago. 2004. Disponível em: <

<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023.