

## Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias

Eduardo José da Fonseca Costa\*

1. Até meados dos anos 1980, no Brasil, o exercício dos poderes instrutórios pelos juízes era modestíssimo. À época, o princípio dispositivo ainda era levado a sério. Hoje, há o inverso: no dia a dia forense, assiste-se cada vez às iniciativas judiciais probatórias. Aliás, uma geração inteira de processualistas está formando-se sob a crença na concepção publicística do processo como traço indelével da própria “natureza das coisas”. Ou seja, tornou-se dogma a idéia de que o juiz deve ter amplas iniciativas probatórias a fim de que possa descobrir a verdade e, com ela, fazer justiça no caso. Não sem razão esse dogma se reforça quando se sabe que em nosso País o direito probatório é relegado a um segundo plano. Quando se percorrem países latino-americanos e anglo-saxões e neles se esmiúça o conteúdo programático dos cursos de processo civil, de plano já se nota a importância que conferem ao estudo das normas sobre prova. Não raro, leciona-se direito probatório como disciplina destacada. Trata-se de epistème que não se limita à prova nos processos das chamadas jurisdições “contenciosa” e “voluntária”; vai além, enfrentando problemas probatórios próprios aos processos penal e administrativo mediante reflexões fundadas em bases político-filosóficas e dogmático-constitucionais. No Brasil, em contraposição, a matéria da prova é quase sempre ministrada nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu em um único semestre (quando não num bimestre). Todavia, essa pouquidão não se justifica. Afinal, o direito probatório é decerto o sub-ramo da Processualística mais permeável a influxos ideológicos, razão pela qual é indefectivelmente termômetro para a aferição do grau de democraticidade de um país. Nem é preciso dizer que, nas Américas espanhola e portuguesa, é comum os juízes atuarem sob uma mescla bem intencionada de monarquia esclarecida com socialismo fabiano. Isso lhes dá um sem-número de poderes, que por vezes descambam para o summum malum da arbitrariedade.

No Brasil, porém, é ainda diminuto o grupo de juristas que se opõem a esse estado de coisas. Aqui, o juiz superpoderoso não só é tolerado como vangloriado. Contudo, essa exaltação deve-se mais a uma cultura inercial que a uma escolha refletida. Até agora, são poucos os processualistas que se debruçam sobre as perigosas implicações das iniciativas judiciais probatórias. Talvez isso explique a passividade com o qual se aceitam em nosso país excentricidades como as teorias das cargas probatórias dinâmicas, da parcialidade positiva do juiz e do cooperativismo processual. Afinal, não há por essas bandas alicerces dogmático mínimo para imprimir-se uma contraforça a essas doutrinas autoritárias. Tudo se passa como se pairasse sobre o ativismo judicial probatório o mais absoluto consenso. Não sem razão essas doutrinas são muitas vezes defendidas por autores que não dialogam criticamente com a nata do garantismo processual. Isso acaba gerando um conhecimento unilateral de baixa densidade científica. Daí a necessidade constante de realimentar-se o debate entre ativistas e garantistas.

2. O juiz toma iniciativa probatória somente quando uma dúvida o acomete. Imbuído de certeza, não teria motivo para dilações: preferiria imediatamente a sentença. Ela seria de procedência se o juiz tivesse certeza a respeito da existência da pretensão alegada pelo demandante; de improcedência seria se a certeza fosse da inexistência da pretensão. Em regra, a cognição exauriente produz certeza. Todavia, isso nem sempre acontece. Não por outra razão, o gênio prático romano criou a vedação do non liquet: se após apreciar todos os fundamentos e argumentos trazidos pelas partes o juiz estiver em estado de

incerteza, ainda assim terá de julgar, sob pena de indevida denegação de prestação jurisdicional. Por isso, o engenho processual forjou a salutar figura da sentença de improcedência por falta de provas [“actore non probante, reus absolvitur, etiam si nihil, ipse præstiterit”]. Trata-se, na realidade, de um “juízo de certeza por equiparação jurídica”. Afinal de contas, conquanto não seja clara para o juiz a inexistência do direito afirmado pelo autor, julga-se como se a inexistência fosse certa e a respectiva sentença faz coisa julgada material. É a faceta processual civil do adágio *in dubio pro reo*. Daí já se nota que a improcedência por falta de provas tem como fundamento constitucional a norma do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (cuja incidência é infelizmente circunscrita pela processualística tradicional ao âmbito processual penal).

Quando o juiz ordena oficiosamente uma prova para afastar seu estado de dúvida, pode ser que: a) já saiba que ela favorecerá o autor; b) já saiba que ela favorecerá o réu; c) não saiba quem ela favorecerá.

Em (a), verifica-se uma quebra de imparcialidade, porquanto o juiz trabalha para o autor, não se contentando com uma sentença de improcedência por falta de provas. Em (b), também há quebra, já que o juiz auxilia o réu, não se satisfazendo com uma sentença de procedência. Em ambas as situações, o juiz já escolheu seu favorecido, mas não pode beneficiá-lo, pois não encontra respaldo no quadro probatório oferecido pelas partes. Por isso, ele decide abandonar a equidistância e abraçar precipitadamente a causa de uma das partes, coadjuvando-a. Ele sente-se estimulado a complementar as provas para que outro resultado desponte no processo. Enfim, ele tenta forçar uma vitória que, embora esperada por ele, até então não vingou. Daí por que a assimetria de forças é manifesta. Afinal, uma parte conta consigo e com o juiz; a outra, tão apenas consigo. É indiscutível que todo juiz traz preferências em seu mundo intrapsíquico; no entanto, é inaceitável que a preferência por uma das partes invada o mundo extrapsíquico e se materialize em atos funcionais de privilegiamento. O desejável “juiz neutral” é o juiz funcionalmente neutro, que não ajuda nem prejudica. Por isso, não basta que ele seja imparcial [= imparcialidade psicológica = imparcialidade subjetiva = imparcialidade propriamente dita]; é preciso que também seja imparcial [= imparcialidade funcional = imparcialidade objetiva = “terceiridade”]. Ou seja, o juiz não deve ter atuação probatória, como se parte fosse. A correlação necessária entre imparcialidade e imparcialidade é indisfarçável, pois.

Os ativistas soem afirmar que o exercício dos poderes instrutórios só implicaria quebra de parcialidade se o juiz os exercesse “de maneira parcial”, ou seja, “com o intuito de favorecer uma parte ou outra, o que não aconteceria, contudo, quando ele os exercita “de modo imparcial”, ou seja, com o escopo objetivo de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade. Nada é mais ingênuo. Afinal de contas, é impossível devassar o mundo intrapsíquico do juiz para perquirir as suas intenções e verificar se ele objetiva favorecer uma das partes ou descobrir a verdade. A parte que foi prejudicada por uma prova *ex officio* nunca terá como demonstrar com qual intenção o juiz agiu. Além do mais, ele dificilmente declarará o seu intento de favorecimento. Por isso, o controle dos poderes instrutórios do juiz não pode ser realizado a partir de elementos anímicos. Com isso se vê a pura retórica que há nos excertos doutrinários e nos julgados que admitem a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício, “desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”. Daí o enorme proveito operacional da categoria da imparcialidade: mesmo que subjetivamente o

juiz não queira favorecer uma das partes [= imparcialidade], a prova por ele determinada será nula, pois objetivamente favorecerá uma delas [= parcialidade].

Na verdade, a maioria dos ativistas processuais se apega à situação (c): a prova de ofício seria lúdima quando o juiz não antevê quem dela se pode aproveitar. Em primeiro relance, o argumento impressiona. Todavia, sua fragilidade torna-se visível após um crivo mais cuidadoso. Quando o juiz ordena uma prova à míngua de requerimento da parte, só pode haver cinco resultados possíveis: 1) prova de fato constitutivo do direito do autor; 2) prova de fato impeditivo do direito do autor; 3) prova de fato extintivo do direito do autor; 4) prova de fato modificativo do direito do autor; 5) prova de nada. De pronto, percebe-se que os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam uma dilação probatória absolutamente inútil (o que atenta contra o princípio da economia processual). Posto que favoreçam o réu, há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. Isso revela que o magistrado sempre visou ao resultado (1). Por conseguinte, aqui, existe apenas um único beneficiário real: o autor.

Normalmente, quando o juiz exerce seus poderes instrutórios, ele trabalha para o proponente da demanda. Existe predisposição a isso. Quando busca a verdade, decerto o juiz não sabe quem será o beneficiário, mas sabe perfeitamente a quem quer beneficiar. Portanto, as iniciativas judiciais probatórias não passam de “técnica (mal disfarçada) de provisão judicial de interesses do demandante”. Longe de prestigiar a “máxima igualdade efetiva entre as partes” (Daniel Mitidiero), a iniciativa do juiz no terreno probatório - a pretexto de superar a “visão individualista e privatista do processo” - é a consagração da própria desigualdade efetiva. Em verdade, onde vige o *iudex potest in facto supplere*, geralmente ali o autor é “mais igual” que o réu. O ativismo judicial implica - de regra - um desequilíbrio *ex professo* em favor do autor. Logo, não existe exercício de poderes instrutórios bacteriologicamente assépticos.

Frise-se que essa constatação é lógico-processual e, portanto, universal. Trata-se de um raciocínio abstrato, que diz respeito a todo e qualquer sistema de direito processual civil moderno. Ele não pressupõe que o processo civil seja um negócio particular, voltado a um fim privado. Tampouco parte de postulados liberais para lutar contra o aumento dos poderes do juiz. Talvez por isso os ativistas, por falta de melhor razão, não o enfrentem.

3. O garantismo não é filho ideológico do liberalismo, assim como o ativismo não é filho ideológico do autoritarismo. Todavia, observa-se fenômeno interessante: nem todo sistema processual que admite poderes instrutórios oficiais pertence a um país autoritário, mas todo país autoritário tem um sistema processual que incentiva os poderes instrutórios oficiais. Por sua vez, todo sistema que veda a seus juízes iniciativas probatórias pertence a um país liberal, nunca a um país autoritário. Daí já se nota que, embora não exista uma relação determinística entre liberalismo e garantismo e entre autoritarismo e ativismo, há indisfarçáveis afinidades eletivas [*Wahlverwandtschaften*]. Liberalismo e garantismo têm como credo comum a fé nas garantias individuais e a descrença no papel soteriológico do Estado (o que sobreleva a categoria do processo). Em contrapartida, socialismo, fascismo e ativismo sustentam a insuficiência das garantias individuais e a confiança no Estado (o que destaca a categoria da jurisdição). Por isso o garantismo é processual e o ativismo é judicial. De qualquer maneira, embora a raiz do debate não seja ideológica, na superfície algumas polarizações desse tipo são inevitáveis.

A ala enragée do ativismo procede da seguinte maneira: (1) associa o garantismo ao “privado” e ao “liberal”; (2) demoniza os dois termos, associando-os a inferioridade, desumanização, desequilíbrio, conturbação social, antiguidade ultrapassada, mesquinhez, desigualdade, competição, mentira, injustiça, egoísmo e individualismo; (3) associa o ativismo ao “público” e ao “social”; (4) diviniza os dois termos, associando-os a altivez, superioridade, humanização, equilíbrio, pacificação social, modernidade pujante, igualdade, cooperação, verdade, injustiça, altruísmo e coletivismo; (5) infunde a crença neo-hegeliana de que o processo caminha evolutivamente do “privado” para o “público”, do “liberal” para o “social”. Num passe de mágica, a “concepção privatista do processo” (que combate os poderes instrutórios do juiz) se torna má e a “concepção publicista do processo” (que defende os poderes instrutórios do juiz) se torna boa.

4. Isso explica porque juízes soem ser tão ativos em ações ajuizadas por vulneráveis (e.g., trabalhadores assalariados, contratantes rurais, inquilinos residenciais, mutuários de instituições financeiras, consumidores em geral, beneficiários de previdência e assistência sociais, promitentes compradores de imóveis loteados). No campo analítico, a teoria dos poderes instrutórios do juiz é construída assepticamente para o atingimento da decantada “verdade material”; entretanto, no campo pragmático, ele se embebe ideologicamente em visões altruístas de tipo social. Daí a enorme afinidade eletiva entre a mencionada teoria e o chamado “socialismo processual”. Grosso modo, essa corrente abandona a preocupação liberal de “compor litígios com aplicação do direito” e assume a missão equalizadora de “resolver o conflito subjacente com promoção de justiça social”. Daí a necessidade do juiz com amplos poderes, que permitam a ele reequilibrar as forças entre as partes e fazer prevalecer uma igualdade substancial entre elas (o que invariavelmente se faz mediante o suprimento pro misero de lacunas probatórias). Com isso se vê que o “processualismo social” é ideologicamente parcial, visto que atua em favor do “elo mais fraco” da relação.

Segundo o socialismo processual, a juiz deve atuar com “parcialidade positiva”. Não é fácil precisar o conteúdo semântico dessa insólita noção. Ela geralmente se cerca de topoi como igualdade material, preocupação com os pobres, colaboração, prevalência do social sobre o individual, justiça social, solidariedade e planificação (o que denota um modelo teórico-processual de indisfarçável inspiração marxista ou, ao menos, marxiana). De qualquer modo, não se pode olvidar que a imparcialidade está para o juiz assim como a publicidade está para a lei. Não sem motivo, juízes parciais e leis secretas são monstros ético-jurídicos. Imparcialidade é atributo essencial de um juiz, não accidental. Trata-se de elemento integrado ao conceito mesmo de jurisdição. Grosso modo, o legislador cria o direito; o juiz aplica o direito como um terceiro revestido de garantias de imparcialidade; o administrador aplica-o como parte ou como um terceiro não revestido dessas garantias. Daí por que o juiz deliberadamente parcial é um não juiz. É administrador travestido em juiz. É assistente social fantasiado com toga. É insurgente, que aprisiona o processo civil nos cárceres do direito administrativo. Como se não bastasse, “parcialidade positiva em favor do autor” equivale logicamente a “parcialidade negativa em desfavor do réu”. No entanto, inúmeros textos normativos nacionais e internacionais garantem ao réu um juiz imparcial: Constituição Federal de 1988(art. 5º, LIV);Código de Ética da Magistratura Nacional (arts. 1º e 8º); Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969(artigo8º, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo X);Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14); Princípios de Bangalore de Conduta Judicial

(Valor 2). Se assim é, o “juiz positivamente parcial” não passa de fonte inexaurível de nulidades.

5. Frequentemente, essa relativização da imparcialidade judicial se louva em um dos subprodutos do neoconstitucionalismo à brasileira: o panprincipiologismo. O raciocínio é bastante simples: α) todo jurisdicionado tem o direito fundamental a um juiz imparcial; β) todo direito fundamental é um princípio, razão pela qual pode eventualmente colidir com outro princípio e, por isso, ser relativizado mediante juízo de ponderação; γ) o princípio da imparcialidade pode deixar de ser satisfeito em determinado caso se as consequências jurídicas do princípio colidente forem racionalmente mais importantes. Isso permite que juízes arbitrários, a pretexto de satisfazerem direitos sociais, se libertem das amarras da imparcialidade e se ponham a serviço de pautas ideológicas não referendadas pela ordem constitucional vigente (o que - dentre outras coisas - enfraquece a autonomia do direito e a força normativa da Constituição).

No entanto, se bem que a imparcialidade judicial seja um direito fundamental, ela não se comporta como um princípio. Afinal de contas, não se trata de um estado ideal de coisas a ser gradualmente alcançado. Enfim, não se trata de um fim constitucionalmente estabelecido, que, em confronto com outros fins igualmente caros, tem de ser relativizado por razões de concordância prática. A imparcialidade dos juízes é um ponto inflexível do sistema. Obedece a uma lógica de “tudo ou nada”. Aplica-se mediante simples avaliação de correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Se ela está presente, há conformidade com o direito; se está ausente, há contrariedade. No plano constitucional, a imparcialidade do juiz é uma “regra força”, robustecida pelas regras alicerçais do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) e da vedação de juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII). A “regra do juiz natural imparcial” é uma prerrogativa derivada do princípio do devido processo legal procedimental. Já no plano infraconstitucional, a imparcialidade judicial é cuidada como pressuposto subjetivo de validade do processo, que dá ensejo às exceções formais de suspeição e impedimento (CPC, artigos 134 a 138).

6. Aliás, essa é a razão pela qual a parte que se sentiu prejudicada pode opor exceção de suspeição ao juiz que ordena prova ex officio. Se a prova favorecer o autor, o interesse na arguição será do réu; se favorecer o réu, o interesse será do autor; se o juiz alegar que não se pode prever o favorecido, o interesse será do réu, pois aqui - como visto acima - o único beneficiário possível será o autor. Como cediço, a jurisprudência uníssona do STJ entende que as causas de suspeição descritas no art. 135 do CPC formam um rol taxativo (cf., e.g., 4ª Turma, AGA 520.160, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/11/2004, p. 285; 3ª Turma, REsp599.264, Min. Nancy Andriighi, DJ 18/04/2005, p. 314; 3ª Turma, AGA 444.085, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 22/08/2005, p. 259; 4ª Turma, AGA 1.422.408, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJE 21/02/2013; 2ª Turma, REsp 1.425.791, rel. Min. Herman Benjamin, DJE 19/03/2014). Nesse sentido, a prova ex officio não seria fundamento para a exceptio suspiscionis.

Porém, doutrina e jurisprudência mais hodiernas vêm acertadamente relativizando o entendimento. Desde que em 1974 os israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman publicaram famoso artigo sobre algumas propensões inconscientes da mente à tomada de decisões enviesadas (“Judgement under uncertainty: heuristics and biases”), os grandes centros de pesquisa de psicologia comportamental cognitiva passaram a identificar mais de quarenta dessas propensões [cognitive biases]. No campo especificamente judicial, descobriu-se, por exemplo, que: o juiz

da liminar tende a confirmá-la em sua sentença [confirmation bias]; o juiz da instrução tende a sentenciar contaminado pela prova oral que diante dele foi produzida [representativeness bias]; o juiz tende a crer que os danos presentes eram previsíveis no passado [hind-sight bias]; o juiz tem dificuldade de ignorar as provas ilícitas [anchoring-and-adjustment bias]; o juiz tende a supervalorizar laudos produzidos por peritos oficiais [ingroup bias]. Embora não haja ainda estudo específico sobre isso, suspeita-se que na iniciativa probatória oficial o juiz tende a supervalorizar a prova por ele angariada, invalidando inconscientemente as contraprovas [egocentric or self-serving bias]. Aliás, há décadas autores como Francesco Carnelutti e Córdon Moreno apontam o juiz - em prejuízo à sua imparcialidade - tende a dar mais crédito a provas por ele determinadas do que às provas trazidas pelas partes, como se a prova ex officio fosse “sua” (o que em termos psicanalíticos equivaleria a uma espécie de “projeção egóica” do juiz sobre a prova cuja produção determinou). Tudo isso já seria suficiente - por força de prudência e precaução- para que as iniciativas probatórias oficiais sejam evitadas, não temerariamente estimuladas. Afinal, de nada valeria submeter a atividade probatória do juiz aos princípios da motivação e contraditório: ele desprezaria as contraprovas e forjaria - o que não é difícil - a fundamentação analítica que mais lhe aprouvesse. Nem mesmo a recorribilidade é capaz de erradicar esses influxos de irracionalidade: as partes teriam de resignar-se a um juiz de primeiro grau parcial e de contar somente com a imparcialidade das instâncias superiores (o que é absolutamente inconstitucional).

Daí já se percebe a suspeição não é um problema técnico-legislativo ou puramente dogmático-processual, mas psicológico-cognitivo e filosófico. Não cabe à ciência jurídica explicar, por meio de simples cálculo de princípio e regras, o grau de comprometimento da imparcialidade judicial pelas iniciativas probatórias oficiais. A dogmática, porque lida com textos de direito positivo, não detém o aporte metodológico adequado para abordar a questão. A psique dos juízes não é a “região ôntica” própria da dogmática jurídica; enfim, não é a CF, o CPC e as leis processuais extravagantes que responderão se a capacidade de discernimento decisório dos juízes fica total ou parcialmente afetada quando ele ordena provas sem requerimento das partes. Em meio aos ativistas, talvez Michelle Taruffo seja o único que se debruça sobre esses problemas, embora sob enfoque mais epistemológico e menos psíquico-cognitivo.

De qualquer maneira, mesmo que se entenda que o artigo 135 do CPC traz um rol taxativo, é possível enquadrar a prova ex officio na hipótese descrita no inciso V (“reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”) (d. n.). Tradicionalmente, entende-se que interesse no julgamento é o da vantagem, material ou moral, que possa tirar o juiz, com a decisão da causa em certo sentido. Todavia, o entendimento é, por demais, restrito. O interesse não tem de significar somente a inclinação do juiz para o que lhe traz alguma utilidade ou proveito pessoal. O juiz tem interesse no julgamento quando, conquanto não possa extrair qualquer vantagem para si, está imbuído de sentimento de cuidado em relação a uma das partes e se empenha funcionalmente para favorecê-la in casu. O juiz não quer o resultado para si, mas só para a parte que decidiu ajudar. Aqui, o sentimento do juiz não é egoísta, mas altruísta. Quer auxiliar uma das partes por motivos humanitários ou ideológicos.

Não se pode esquecer que a iniciativa judicial probatória gera duas conseqüências jurídicas negativas: 1) o afastamento do juiz por suspeição; 2) a nulificação da prova, que há de ser desconsiderada. Poder-se-ia argumentar que o juiz que

ordena a prova ex officio deve também afastar-se ex officio da causa para que a sentença seja ditada por outro juiz funcionalmente imparcial. Contudo, a prova ex officio é nula e o nulo não produz efeitos [quod nullum est nullum producit effectum]. Não é possível, a pretexto de remover o juiz, convalidar a prova. Mesmo que se declare suspeito, o juiz não verá referendada a prova que ordenou. Ela será irremediavelmente ineficaz. Portanto, não basta que o juiz da prova de ofício não seja o mesmo da resolução do mérito. Outrossim, é preciso que a prova de ofício seja desprezada.

7. Não há razão para que a proteção ao vulnerável enseje a quebra da imparcialidade judicial. A inferioridade de armas que o assola pode ser remediada com outros institutos. Não raro, o juiz sente-se tentado a imprimir tons mais inquisitivo ao processo quando a parte postula sem advogado. No Brasil, o ius postulandi da parte é previsto para âmbitos processuais como a reclamação trabalhista (CLT, arts. 791 e 839), o habeas corpus (CPP, art. 654), o Juizado Especial Estadual (Lei 9.099/99, art. 9º), o Juizado Especial Federal (Lei 10.259/2001, art. 10), a ação de alimentos (Lei 5.478/68, art. 2º), a arbitragem (Lei 9.307/96, art. 21, § 3º) e a revisão criminal (CPP, art. 623). Todos esses dispositivos são de duvidosa constitucionalidade em face do que se prescreve o art. 133 da Constituição Federal de 1988 (“O advogado é indispensável à administração da justiça”). De todo modo, a atribuição de capacidade postulatória à parte garante-lhe acesso formal à justiça [= obtenção da atenção judiciária], mas não necessariamente acesso material [= obtenção de efetiva tutela jurisdicional]. Afinal, muitas vezes, o êxito na causa depende de um bom desempenho probatório.

Lembre-se que a produção da prova é, ao mesmo tempo, ciência e arte. É preciso apreender dogmaticamente os princípios e as regras do direito probatório (o que somente é viável nos bancos das escolas de direito). Além disso, é indispensável que se dominem a técnica probatória e as estratégias de atuação forense (o que somente é possível com os anos de prática profissional). Ora, quase sempre, a parte sem advogado não domina uma coisa nem outra; portanto, sua atuação probatória costuma ser desastrosa. Com isso se vê que o ius postulandi da parte é autoflagelo legalmente induzido. Mais: os dispositivos de lei que o prevêm são meros textos a serviço de um democratismo judiciário demagógico.

Daí a indispensabilidade do advogado (CF, art. 133), infelizmente tratada pelos tribunais e pelo legislador ordinário federal como flatus vocis, como dicção retórica sem consequência prática. Por essas e outras, muitos juízes condoem-se da parte desassistida e se arvoram na condição de justiceiros, socorrendo-a. Todavia, é possível explorar melhor as potencialidades do sistema processual civil brasileiro vigente e minimizar o problema sem que o juiz abandone a sua equidistância. Enfim, é plenamente viável um garantismo probatório sem dar as costas à realidade social. É bem verdade a desigualdade social não pode ser erradicada pelo processo. Entretanto, atenta contra os valores do republicanismo democrático a possibilidade de a sentença ser um prêmio a quem não tenha razão, embora conte com melhor capacidade econômica e com a maior habilidade do seu advogado. Talvez falte ao direito brasileiro dispositivo semelhante ao Artigo VI do Código Procesal Civil peruano, segundo o qual “el juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”. De qualquer forma, a igualação material de armas entre as partes: a)

não pode ficar ao alvedrio de avaliações subjetivas e vinculações político-ideológicas; b) não pode ensejar a quebra da imparcialidade judicial.

No que diz respeito a (a), não há no CPC brasileiro o estabelecimento de critérios objetivos de aferição de vulnerabilidade processual. Sem isso, não é dado ao juiz inventar critérios unilateralmente, sob pena de atentar contra a legalidade. Insuficiência econômica, debilidade na saúde, desinformação jurídica, falta de advogado, deficiência na atuação probatória e ausência de discernimento podem ser critérios de lege ferenda. Contudo, sem que estejam previstos em lei, não se podem guiar a atuação judicial. Hoje, no Brasil, só há previsão de igualação processual se a parte é consumidora (Lei 8.078/90 - Código do Consumidor) ou idosa em situação de risco (Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso).

No que diz respeito a (b), a solução de lege lata pode estar em uma interpretação extensiva das normas que, no processo civil, regulam as atuações do advogado dativo e do Ministério Público.

No que concerne ao Ministério Público, deverá ele intervir nas causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III). Ora, nas causas em que se discute interesse de vulnerável que exercita sofrivelmente *ius postulandi*, pode-se divisar a presença do Ministério Público, visto que estão em risco instituições constitucionais de garantia processual: o contraditório e a ampla defesa, se o vulnerável litiga inabilmente sem advogado; a imparcialidade, se o juiz decide socorrer a aludida parte. Nesse caso, o Ministério Público trabalhará como *custos legis*, defendendo, de uma forma imparcial, o sistema constitucional das garantias do processo. Ou seja, ele funcionará como o guardião do *due process of law*. Intervindo como fiscal da lei, o MP: terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo (CPC, art. 83, I); poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, II). Como se vê, o MP - que não julga - poderá atuar probatoriamente em lugar do juiz.

Já no que concerne ao advogado dativo, trata-se de advogado não pertencente às Defensorias Públicas, nomeado *ad hoc* pelo juiz, a requerimento da parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, para patrocinar os interesses dela numa determinada causa, esteja ela na posição de autora ou de ré. Com isso, busca-se conferir dignidade processual ao vulnerável socioeconômico, que, conquanto não tenha condições de assumir as custas ou os honorários advocatícios, tem o direito de litigar sob amparo profissional e, assim, ver em seu favor efetivadas todas as garantias constitucionais do processo. Tanto o credor pobre de R\$ 100,00 quanto o credor rico de R\$ 1.000.000,00 têm o direito de conservar-se dignamente em juízo mediante representação técnico-advocatícia. Assim sendo, diante do exercício insatisfatório do *ius postulandi* pela parte, pode o magistrado esclarecer-lhe as vantagens de um patrocínio profissionalizado e, mediante consentimento, nomear-lhe advogado dativo. Pode ainda encaminhar a parte desassistida aos serviços de assistência judiciária gratuita ou de baixo custo (serviços esses que, se forem eficientes, se mostrarão como o meio mais apropriado para erradicar, ou ao menos atenuar, as desigualdades das partes no processo). Agindo-se assim, preserva-se, a um só tempo, a dignidade processual da parte e a imparcialidade funcional do juiz. Nada impede que dessa maneira se faça. De qualquer forma, se mesmo após aconselhamentos a parte preferir litigar sem assistência letrada, nada se poderá mais fazer: ela terá de arcar com as

conseqüências de sua escolha. Por ora, o processo civil ainda é um dos palcos do livre-arbítrio.

Poder-se-ia cogitar da possibilidade de o juiz nomear dativo ou defensor público - de forma cumulativa ou substitutiva - em favor da parte vulnerável já “patrocinada” por advogado inábil.

Se a nomeação for cumulativa, todo cuidado será pouco. Ainda que haja flagrante falência técnica no patrocínio dos interesses do vulnerável, pode o advogado contratado melindrar-se caso seja coadjuvado a fórceps por outro profissional, o que poderá gerar tumulto processual. Ademais, o advogado constituído pela parte e o advogado nomeado pelo juiz podem divergir quanto à melhor forma de patrocinarem-se os interesses da parte representada.

Se a nomeação for substitutiva, haverá grave desnaturação da representação por advogado no processo civil. A substituição do advogado por latente falência técnica é tão apenas possível no processo penal. Aqui, o título da atuação advocatícia não é a outorga procuracional de poderes representacionais, mas a assunção voluntária de um múnus público. Eventual existência de procuração ad judicium entra no suporte fático da assunção não como elemento nuclear, mas periférico. O defensor é um órgão autônomo da etapa judicial da persecução penal, embora órgão obrigatoriamente parcial, uma vez que no processo penal o direito de defesa é indisponível. O advogado recebe atribuição legal de poder-dever público-funcional para que trabalhe exclusivamente em favor do acusado. Logo, mais do que um representante da parte, o defensor é sujeito do processo penal. Ora, quem exerce um dever-poder funcional ou função de maneira insuficiente, deficiente ou inexistente, tende a perder a titularidade. Assim ensina a teoria geral do direito. É o que se passa, p. ex., com o poder familiar, a tutela, a curatela, o poder de gerência, as funções públicas. Situação similar ocorre no processo penal com o defensor que opera com latente falência técnica. No Brasil, se já houver defensor dativo, é possível a nomeação de outro, podendo o acusado, porém, a todo tempo, nomear um advogado de sua confiança (CPP, artigos 263, 422 e 449, parágrafo único); se já houver defensor constituído, é possível a nomeação ad hoc de dativo para a prática de ato específico e determinado, sem que o advogado escolhido pela parte seja destituído (CPP, art. 497, V). Todavia, nada disso é previsto para o processo civil brasileiro.

8. Não se pode esquecer que o advogado tem interesse moral e econômico na vitória dos seus clientes. Antes de distribuir a petição inicial, ele já tece um juízo prévio sobre os pontos de fato que se controverterão e que, por isso, serão objetos de prova. Por isso, já sai à cata, por exemplo, de nomes de testemunhas e meios de probatórios pré-constituídos que haverão de corroborar as alegações contidas na exordial. Quase sempre, documentos indispensáveis faltantes já foram procurados em vão. Mesmo assim, muitas vezes, o juiz desconfia das pesquisas preliminares promovidas pelo advogado e determina ex officio a juntada do que antes já não se conseguiu juntar. Situação semelhante se dá com perícias determinadas oficiosamente pelo magistrado, embora não requeridas pelos litigantes: não raro, porque prescindíveis, elas sequer chegam a ser valoradas na motivação da sentença. Isso explica por que essas complementações probatórias costumam cair no vazio. Trata-se de dilações absolutamente inúteis, que insultam os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

De qualquer maneira, aqui há algo mais grave que a mera dilação. Geralmente, a prova de ofício é precedida de um juízo negativo de valor sobre o trabalho do

advogado. Para os ativistas, não se pode confiar plenamente no confronto de lutadores, como se as partes soubessem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses, já que isso permite que erros profissionais do advogado repercutam na sorte do pleito e na vida do litigante; ademais, sustentam que não se pode desconfiar dos juízes. Entretanto, conquanto cheia de intenção humanitária, a visão ativista pode perigosamente difundir a presunção de que toda improcedência por falta de provas é provocada pela improficiência do advogado do autor. O garantismo processual que desmerece do trabalho do juiz é tão indesejado como o ativismo judicial que desmerece do trabalho do advogado. Afinal, não existe hierarquia entre juiz e advogado: ambos são co-protagonistas no processo democrático de produção da decisão final. Por isso, slogans como “confio no juiz” ou “confio no advogado” soam como pieguice desprovida de cientificidade. Um processo civil racionalmente estruturado não pode pressupor agentes com elevadas condições moral espiritual. Ao contrário: é preciso sempre tomar em consideração os erros, as fraquezas e as deficiências. De todo modo, parte louvável dos ativistas é franca em assumir a episódica inaptidão advocatícia [si aduocati male dicunt] como um dos leitmotive das iniciativas judiciais probatórias.

Em contraposição, é raríssimo observar essa mesma franqueza nos magistrados que exercem oficiosamente os seus poderes instrutórios. Nos casos em que desmerecem da atuação do advogado, de maneira nenhuma eles explicitam essa avaliação negativa em suas decisões. Ou seja, exercitam seus poderes, mas não indicam o motivo determinante. São intrépidos na iniciativa, mas acanhados na motivação. Para evadirem-se à incômoda tarefa de desqualificar o labor dos advogados, os juízes se limitam a invocar expressões encantatórias como “princípio da verdade real” e “concepção publicística do processo”, sem apontarem a circunstância, a situação ou o acontecimento que anima a sua iniciativa probatória. As razões expressas dissimulam retoricamente as razões ocultas. Ora, em um Estado republicano e democrático, é necessário que todos os motivos decisórios sejam expostos pelo julgador. Se assim não é, inviabilize-se qualquer controle racional sobre as suas resoluções. Não se pode aceitar que o juiz desacredite o desempenho do advogado e o substitua no patrocínio dos interesses da parte, mas não revele por que desacredita. Isso mostra que as iniciativas judiciais probatórias, de maneira freqüente, têm sido marcadas pelo selo da insinceridade (algo inconcebível no exercício hodierno da jurisdição).

É possível remediar-se o error in iudicando, desde que a parte indisfarçadamente aponte a falha cometida pelo juiz; porém, o juiz não está autorizado a remediar o error in postulando. Ainda que assim não fosse, deveria desincumbir-se do ônus de declinar, sem sofisma, os deslizos profissionais do advogado. De qualquer maneira, no processo civil, a remediação de erros in postulando jamais foi institucionalizada (ao contrário do que se passa no âmbito do processo penal, em que - ante uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável - o juiz pode declarar o acusado indefeso). Quando muito, se for o caso, o juiz poderá comunicar à OAB que o advogado cometeu infração disciplinar (Lei 8.906/94, art. 34), ou noticiar à autoridade policial ou ao Ministério Público a prática de crime contra a Administração da Justiça (CP, artigos 338 a 359). Nada mais.

Em verdade, a tentação pela prova ex officio só tem uma utilidade prática: sempre que estiver inclinado a tomar iniciativas probatórias, o juiz estará provavelmente ante um caso de improcedência por falta de provas. Enfim, sempre que estiver disposto a ordenar oficiosamente uma prova, o juiz deverá respirar fundo, examinar com minudência a causa de pedir e detectar qual fato relevante controverso não notório deixou de ser demonstrado pelo demandante. Após esse

exercício analítico - infelizmente, cada vez menos realizado pelos julgadores -, caberá uma só atitude: a rejeição do pedido do autor por insuficiência ou inexistência de provas (CPC, art. 269, I).

9. No Brasil, os poderes instrutórios do juiz estão previstos no artigo 130 do Código (“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”). A atribuição desses poderes ao juiz - como não poderia deixar de ser - não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O art. 332 do CPC traz a norma geral de inclusão do nosso sistema probatório (“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”). Já o inciso LVI do art. 5º da CF traz a norma geral de exclusão (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Como cediço, é inadmissível a prova obtida por meio que desrespeita norma constitucional. Por essa razão, a produção probatória ex officio iudicis é “meio ilícito”, uma vez que malfeire o corolário da imparcialidade judicial (inferido a partir da cláusula do devido processo legal procedimental- CF, art. 5º, inc. LIV). É importante ressaltar, porém, que só deixou de ser recepcionada a expressão “de ofício”, não o texto in toto. No entanto, abstraindo-se a não recepção, não se consegue saber se a iniciativa judicial probatória é obrigatória ou facultativa. Enfim, o dispositivo não deixa claro se os poderes instrutórios são um poder-dever ou um poder-faculdade. Tampouco esclarece se a iniciativa probatória ex officio iudicis há de ser supletiva ou concomitante à iniciativa das partes.

Alguns processualistas civis, levando a necessidade de “verdade real” às últimas conseqüências, entendem que os poderes instrutórios do juiz são um “poder-dever”. No entanto, quando se entende que o exercício desses poderes é obrigatório, criam-se duas situações indesejadas: i) faz-se tábua rasa do sistema de auto-responsabilidade probatória das partes (o que fere o art. 333 do CPC); ii) faz-se regra da parcialidade judicial (o que fere o art. 5º, LIV, da CF). É importante registrar que um dos sonhos da Processualística “vanguardista” tem sido exatamente casar esse hiperativismo de juizes com um cooperativismo de partes. Somente a chamada “pós-modernidade” é capaz de engendrar uma excentricidade como esta: um processo de “juiz parcial” e “partes imparciais”. Uma verdadeira triade de fous.

Em contrapartida, para conferir uma aparência menos despótica à prova ex officio, a maioria dos ativistas sustenta que o exercício dos poderes instrutórios é facultativo. Em idêntico sentido a jurisprudência dos nossos tribunais (cf., p. ex., STJ, 1ª Turma, REsp nº 471.857/ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 207: “1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, 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, 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”). Entretanto, o entendimento não é imune a graves problemas.

Quando se diz que o juiz é titular de uma faculdade, diz-se que as partes não têm qualquer pretensão contra ele. Como bem demonstrou o jurista norte-americano Wesley Newcomb Hohfeld: i) faculdade [“privilege”] e ausência de pretensão [“no

claim”] são situações correlatas; ii) pretensão [“claim”] e dever [“duty”] são situações correlatas; iii) faculdade [“privilege”] e dever [“duty”] são situações opostas; iv) pretensão [“claim”] e ausência de pretensão [“no claim”] são situações opostas. Como se nota, a faculdade é a negação do dever. Por conseguinte, quando se diz que a iniciativa judicial probatória é facultativa, diz-se que o juiz não está obrigado a tomá-la. Toma-a ao seu talante. Se assim é, então se abrem portas para toda sorte de arbitrariedades. Afinal, um mesmo juiz tem a faculdade de favorecer o autor da ação A e de não favorecer o autor da ação B, posto que as circunstâncias objetivas e subjetivas sejam semelhantes. Ou seja, conquanto se trate de pretensões idênticas, no primeiro processo o juiz pode ordenar de ofício prova que leve à procedência do pedido e no segundo julgar o pedido improcedente afirmando que o autor não provou o fato constitutivo do seu direito. Enfim, o juiz pode imotivadamente escolher o beneficiário da prova ex officio. Ora, nada mais anti-isonômico. Entretanto, aqui, não há como exercer-se sobre o juiz qualquer tipo de controle racional.

**10.** Para os apólogos das iniciativas judiciais probatórias, age com parcialidade o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato a provar-se por ela não tivesse sido provado. Todavia, aqui se confunde parcialidade com convicção.

Quando o juiz julga o pedido improcedente por falta de provas, não procede com parcialidade, mas com a convicção ficta de que a pretensão alegada pelo autor não existe. Ou seja, sob o império da causalidade normativa, aplicam-se conseqüências negativas ao autor que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Por outro lado, quando o juiz deixa de julgar improcedente por falta de provas e as ordena ex officio, atua com parcialidade, pois se recusa a prontamente reconhecer a inexistência ficta da *res in iudicium deducta*. Ou seja, sob o império do voluntarismo judicial, deixam-se caprichosamente de aplicar as conseqüências decorrentes da omissão autoral. No primeiro caso, o juiz está autorizado a tomar partido, razão por que a indesejada parcialidade dá lugar à convicção plasmada em forma de sentença. Já no segundo caso, o juiz não está autorizado a tomar partido, razão pela qual a indesejada parcialidade deixa de ser transformada em convicção sentencial e ganha ares de reprovável favoritismo ao autor. No primeiro caso, há regular desempenho funcional de julgamento. Já no segundo caso, há indevida externalização funcional de pré-julgamento. Aqui existe quebra de imparcialidade; ali, não. Na convicção, exterioriza-se oportunamente uma preferência por meio de uma sentença; na parcialidade, exterioriza-se inoportunamente uma preferência por meio de uma diligência probatória complementar.

Por conseguinte, não existe a “parcialidade por omissão”. Trata-se de um monstro lógico-processual. Em verdade, só há quatro possibilidades: 1) juiz que age, uma vez que deferiu pedido [= imparcialidade por atuação positiva] [I (+)]; 2) juiz que age, posto que não haja pedido [= parcialidade por atuação positiva] [P (+)]; 3) juiz que não age porque indeferiu pedido [= imparcialidade por atuação negativa] [I (-)]; 4) juiz que não age por não haver pedido [= imparcialidade por omissão ou não atuação] [I (0)]. *Nec plus ultra*. Com isso se vê que os fundamentos do ativismo judicial probatório ferem a estrutura da realidade. Afinal, ser juiz é ser equidistante, sereno, sábio e ponderado. Juiz que escapa a essas características deixa de ser juiz para tornar-se justiceiro. Ativismo probatório é não jurisdição, pois. Trata-se, em verdade, de irracionalismo.

11. A glorificação dos poderes instrutórios do juiz tem como sacramentos eucarísticos a “justiça” e a “verdade real”. Segundo os apólogos do ativismo judicial, não se realiza a primeira sem a segunda. Enfim, um juiz não pode ser justo se não conhece a verdade dos fatos. Daí a necessidade dos poderes instrutórios do juiz, que são o meio para o alcance desses fins. Porém, “justiça” e “verdade” não são elementos essenciais da jurisdição. Há exercício de jurisdição onde há juiz (imparcial) compondo litígios mediante aplicação do direito, não onde há juiz (parcial) conhecendo a verdade para fazer justiça. Em um Estado pautado pelos valores do republicanismo e da democracia, é viável o resguardo técnico da imparcialidade funcional do juiz e da aplicação correta do direito; porém, é impossível controlar racionalmente os entendimentos do juiz sobre “verdade” e “justiça”. Eis a razão por que a condução do processo pelo juiz não deve objetivar metas político-teleológicas, mas garantir - às partes, que se auto-regulam - um debate sob a regência da lei. O juiz só há de trabalhar com a lex, não com o ius e a veritas. Há de reconhecer, com humildade e prudência, que não é um “guardião iluminado” e que as suas avaliações sobre o “justo” e o “verdadeiro” não passam de opiniões subjetivas.

É importante frisar que, no processo civil, a busca da “verdade real” é um mito. Como dizia Michael Oakeshott, do passado só nos chegam evidências circunstanciais que sobreviveram. Algo sempre se perde. Por essa razão, quando se investiga o pretérito de uma relação jurídica de direito material controvertida, debruça-se sobre um “conjunto de sobreviventes”, ou seja, sobre um amálgama poroso de fragmentos vestigiais. A prova em juízo não passa de uma complicada coletânea de pedaços - muitas vezes, sem unidade ou contornos precisos - que perdura até o presente do magistrado e das partes. A base de que se parte não costuma ser holográfica [do grego “ὄλος” + “γράφος” = “registro integral”], mas merográfica [do grego “μέρος” + “γράφος” = registro parcial]. Daí as semelhanças entre a missão do juiz e a do historiador. É bem verdade que tal inferência do passado é indefectivelmente contaminada pelo interesse prático das partes, que podem manipular, ocultar, destruir ou adulterar os “sobreviventes fragmentários” com vistas à realização de seus objetivos. Isso não significa, entretanto, que a iniciativa probatória ex officio iudicis possa fielmente resgatar, de per si, o passado genuíno. Afinal, o juiz também enfrentará o problema da fragmentariedade do passado histórico e, por isso, inferir sua própria versão dos fatos. Daí o non sense da dicotomia “verdade material” (vinculada ao processo penal) versus “verdade formal” (vinculada ao processo civil): a descoberta da verdade em estado bruto de pureza é impossível tanto para o juiz civil quanto para o juiz criminal, visto que ambos sempre iniciam a investigação dos fatos em um presente composto de registros e relatos parciais. Não por outro motivo, alguns juristas acertadamente preferem o termo “confirmação” ao termo “prova”, já que o segundo está castiçamente vinculado à idéia de “demonstração da verdade”: o “meio probatório” cumpriria o simples papel de reafirmar a probabilidade de uma afirmação. Enfim, “meios de prova” não provariam fatos, mas apenas confirmariam afirmações sobre eles.

Por força das estruturas vestigiais do passado histórico, a “verdade processual” é problemática. Contudo, ela é possível em outras searas. Por isso, aqui, não se adota uma gnoseologia relativista, que vê a possibilidade de alcance da verdade objetiva como uma utopia (visão que vinga entre inúmeros garantistas, inspirados pelo ceticismo absolutista de Luigi Ferrajoli, para quem a verdade objetiva ou absolutamente certa era, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnoseológico vulgar). Ainda permanece intocada a

primazia do ser sobre o pensar, da ontologia sobre a gnoseologia. Se assim não for, nada poderá ser aceito como firmemente estabelecido. Todo intelectual ainda tem o dever de medir o seu conhecimento pela realidade, numa contínua busca pela verdade das coisas. A realidade ainda é a fonte de todos os conhecimentos e a medida da sua verdade. Entretanto, no processo, quase sempre há uma privação, pois nem sempre todas as evidências do passado sobrevivem. Não raro, faltam dados e do que faltou não se pode ter uma consciência pura. Daí o risco inevitável de divergências entre a integridade fática ocorrida e o mosaico processualmente montado. Para alguns, a verdade jamais é o objetivo [Ferrajoli]; para outros, ele sempre é o objetivo [Taruffo]. É certo, porém, que a verdade é objetivo irrenunciável, mas não no processo. Ou seja, o alcance da verdade no processo é possível, mas não obrigatório.

Isso mostra que no âmbito forense o termo prova não carrega um sentido analítico (= prova como demonstratio - p. ex., prova matemática) ou semântico (= prova como verificatio - p. ex., prova científica), mas pragmático (= prova como persuasio - p. ex., prova judicial). Aqui, provar não significa demonstrar formalmente como se chegou à conclusão partindo-se de operações silogístico-proposicionais sobre premissas. Também não significa averiguar sistematicamente a verdade de um determinado fato juntando-se evidências empíricas verificáveis - baseadas em observação sistemática e controlada, geralmente resultantes de experiências ou pesquisas de campo - e analisado-as com o uso da lógica. Como já dito, no processo, provar é simplesmente reafirmar a probabilidade de uma afirmação sobre um fato. Nesse sentido, o “conjunto probatório” não passa de um jogo de referencialidade problemática, cujo tabuleiro é um micro-sistema autopoiético de peças, não raro descoladas dos objetos referenciados (por desmemorização, infidelidade, ou manipulação estratégica) para comporem uma imagem representativa possível. Esse “jogo probatório” - fundado em bases merográficas - engendra uma instância espectral paralela, na qual se pode só ocasionalmente chegar a uma representação imagética da verdade dos fatos, tal como ocorreram no plano fenomênico. Todavia, aqui, a consecução do imago verdadeiro é acidental, não essencial; trata-se de efeito colateral desejável, mas não necessário. Aliás, a intromissão dos juízes nesse concerto pode distorcer a eficiência imagética do jogo. É possível que o conjunto fragmentário produzido pelas partes esteja próximo da verdade e que, ao introduzir oficiosamente uma nova peça, o juiz provoque uma distorção na imagem.

Portanto, a “verdade” [rectius: verossimilhança] no processo assemelha-se mais à composição de uma melodia a partir de ecos ambíguos que à reconstrução assentada e resoluta de um quebra-cabeça. Os meios probatórios são ferramentas mais de reinvenção que de refeitura. Quando se diz jocosamente nos corredores forenses que “o juiz constrói uma meia-verdade a partir de duas mentiras”, diz-se algo de real, que deve ser aceito com resignação pragmática, não com inconformismo moral. Juiz que se sente responsável pela prova não descobre a verdade e, por tabela, perde a sua imparcialidade. Por isso, ele não deve descer à realidade apesar das partes [movimento catagnóstico - do grego “κάτω” + “γνώση” = “conhecimento de cima para baixo”]; é a realidade que tem de dialeticamente ascender ao juiz mediante o debate entre elas [movimento anagnóstico - do grego “άνω” + “γνώση” = “conhecimento de baixo para cima”]. Enfim, é às partes - e somente a elas - que cabe a adução do material de fato que há de servir à decisão judicial [iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium]. Decididamente, a ciência e a arte do foro não são aléticas [do grego “ἀλήθεια” = “verdade”], porém, máquicas [do grego “μάχη” = “debate”]. O processo civil não é um método investigativo, mas um método (pacífico) de debate. Ele não possui uma

dimensão propriamente “epistêmica”, mas simplesmente compositiva. Portanto, o magistrado deve contentar-se com uma convicção acerca dos fatos, não verificá-los, comprová-los, creditá-los, buscar a certeza de sua existência ou procurar a verdade real do ocorrido no plano da realidade. A verdade pode despontar no processo civil e é desejável que isso aconteça; todavia, trata-se de probabilidade, não de necessidade. Os garantistas não são “deniers”, “veriphobics” ou “nemici della verità”, como alega Michele Taruffo, mas não estão dispostos a pagar qualquer preço por ela.

É evidente que os garantistas não defendem o processo civil como um âmbito pré-ordenado a “erros e falsidades”. Porém, seriam intelectualmente desonestos se dissessem que o direito processual civil não transige, uma vez ou outra, com equívocos e mentiras. Se assim não fosse, não haveria como explicar, no Brasil: i) a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em hipótese de revelia; (CPC, art. 319); ii) a presunção de veracidade dos fatos que, por meio da coisa ou do documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar (CPC, art. 359); iii) a inadmissão da prova que, conquanto elucide a verdade dos fatos, foi obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); iv) o trânsito em julgado de sentença irrevogável fundada em perícia ou testemunho falso (Lei 9.099/99, art. 59); v) o decurso do prazo decadencial de dois anos para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso (CPC, art. 495); vi) a impossibilidade de ser analisado o mérito da cobrança caso o réu não apresente embargos monitórios (CPC, art. 1.102c); vii) a presunção de confissão dos fatos alegados contra a parte que, intimada pessoalmente, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor (CPC, art. 343); viii) a sentença de improcedência por falta de provas; ix) a proibição de utilização, pelo juiz, de sua ciência privada dos fatos, mesmo que eles não despontem no processo; x) a impossibilidade de testemunho de fato sob sigilo profissional. Com isso se percebe que a verdade é um dos tantos objetivos do processo. Mas não é o único e não se sobrepõe aos demais. Não por outro motivo, p. ex., as testemunhas não se podem submeter a polígrafos ou detectores de mentiras: haveria afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Isso mostra que o magistrado decide o fato. A ocorrência fática dá-se per iudicis definitionem. Não por outro motivo res iudicata pro veritate accipitur. Nesse sentido, as eficácias ou energias emanadas das sentenças podem ser pragmaticamente divididas em duas classes: (1) constatativas (não interferem no mundo); (2) performativas (alteram o mundo). A partir daí chega-se a seis subclasses: (1.1) constatação de situação jurídica [= declaração]; (1.2) constatação de ilícito [= condenação]; (1.3) constatação de fato [= “declaração de fato”]; (2.1) constituição [= nascimento, modificação ou extinção de situação jurídica]; (2.2) mandamento [= ordem]; (2.3) execução [= transferência de valor da esfera do réu para a do autor].

12. É usual entre os ativistas a afirmação de que se deve hoje pensar mais em justiça e menos em ciência processual. No entanto, durante séculos, o intelecto humano buscou libertar o direito de incoerências sistêmicas, interpretações racionalmente incontroladas e imprevisibilidades comportamentais. A ciência processual tal como hoje conhecida nada mais é do que o resultado desse permanente esforço inconcluso. A dogmática jurídica do processo civil apresenta-se fundamentalmente como uma combinatória de três modelos: analítico (que organiza, sistematiza, define, conceitua e classifica, fixando os pontos de compreensão do sistema); hermenêutico (que constrói cânones de interpretação-aplicação metodologicamente estruturados); pragmático (que diminui os espaços

entre a teoria e a prática, elaborando estratégias de atuação forense, definindo fórmulas bem-sucedidas de redação de arrazoados e observando empiricamente o funcionamento dos institutos no cotidiano do foro). Logo, diante de todo esse cabedal epistemológico, a apresentação da justiça como finalidade do processo revela um angustiante atraso no desenvolvimento do pensamento processualístico. Trata-se de um retrocesso a velhos atavismos voluntaristas que se julgavam superados pela lógica e pela razão.

Não se nega a importância da justiça como valor para o direito. Todavia, é preciso bem compreender o locus que ela ocupa na experiência jurídica. Para além das regras há os princípios; para além dos princípios há os fundamentos. Os princípios concretizam os fundamentos; as regras concretizam os princípios. É quase infinita a quantidade de regras. São múltiplos os princípios. Todavia, só existem dois fundamentos: justiça e segurança. Elas são o arquétipo dual universal de validade material de todo e qualquer ordenamento jurídico. É materialmente inválida a norma jurídica que promane segurança sem mínimo de justiça, que promane justiça sem mínimo de segurança e que promane injustiça e insegurança. Se se tratar de uma regra, ela fatalmente ferirá um princípio. Se se tratar de um princípio, ele fatalmente ferirá um fundamento. Note-se que a segurança e a justiça são categorias normativas mais abrangentes a que se chega por indução amplificadora a partir do sistema de princípios. Basta lembrar que há princípios que concretizam mais o valor-justiça (e.g., capacidade contributiva, culpabilidade, celeridade processual, boa-fé, vedação de enriquecimento sem causa, dignidade, solidariedade, igualdade, isonomia) e outros que mais concretizam o valor-segurança (e.g., legalidade, paralelismo de formas, anterioridade, motivação, precaução). Outros atendem igualmente aos dois fundamentos (v. g., devido processo legal). Isso mostra claramente que justiça e segurança estão numa infundável tensão dialética, na qual reside a matriz reprodutora de toda a fenomenologia jurídica. Contudo, dada a profunda subjacência dos fundamentos, a aplicação direta deles é raríssima. Só se aplica princípio onde não há regra; só se aplica fundamento onde não há princípio. Ainda assim, é difícil imaginar a inexistência de um princípio que já não dê conta de um caso concreto. Por isso, a aplicação direta da justiça no processo nada mais é do que uma tentativa mal disfarçada de permitir ao juiz fazer o que bem quiser. Quer-se afastar o valor-segurança e tornar o processo um âmbito perigosamente justiceiro. Enfim, quer-se infundir o “reino do altruísmo judicial”, essa atração juvenil que utopicamente casa direito processual com poesia e, não raro, aniquila todas as garantias fundamentais do processo. Ora, o valor-justiça não se coaduna com a ausência da verdade, assim como o valor-segurança não se coaduna com a verdade a qualquer custo.

**13.** A alta cultura jurídica do liberalismo levou século e meio para eliminar as nódoas despóticas do ordo iudiciorum publicorum e do processo inquisitório canônico medieval. Forjou em bom metal produtos democráticos de alta sofisticação técnica como o sistema de auto-responsabilidade probatória das partes, o princípio dispositivo, a intangibilidade da coisa julgada, a postulação letrada obrigatória e a res in iudicium deducta como objeto litigioso, livrando o processo civil de qualquer feição policial. Acentuou a diversificação entre as funções do juiz e das partes. Nos casos de interesse público e social, concedeu o poder de iniciativa ao Ministério Público, não ao juiz. Daí por que o ativismo judicial não passa de infeliz retrocesso à brutalidade e ao judicialismo ancestral movido por impulsos inconscientes e preconceitos ideológicos. A força bruta da intervenção justiceira é marca do impulso irrefletido; o comedimento da justiça equidistante é produto do pensamento reflexivo. Nesse sentido, o ativismo

probatório - ao “quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal” (Pontes de Miranda) - volta tristemente ao estado de natureza. A “concepção publicística do processo” é apenas uma nova expressão para designar velhos atavismos. Dizer que as iniciativas judiciais probatórias são boas porque são cada vez mais adotadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais modernos não é justificativa: o mundo caminha para a concentração autoritária de poderes nas mãos do Estado e nisso não há qualquer nota evolutiva. Ora, se o moderno processo civil dos países ocidentais civilizados caminha para uma ampliação dos poderes do juiz e se esses poderes promovem a “verdadeira paz social” (José Roberto dos Santos Bedaque), pergunta-se: por que o mundo ainda se afunda em injustiças e perturbações? Poder-se-ia afirmar que o aumento da desagregação tem como causas outros fatores, que suplantam a pacificação proporcionada pelo ativismo judicial. No entanto, a afirmação não passaria de palpite incomprovado. Na realidade, as ciências sociais - especialmente as sociologias funcionais de Parsons e Luhmann - nos ensinam que a “verdadeira paz social” nasce da absorção dos conflitos por procedimentos legitimados e legitimadores de resolução de disputas. Isso nada tem a ver com a obsessão pela “verdade a todo custo”.

*\* Juiz Federal em Ribeirão Preto/SP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do IPDP e do IBDP. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual*