

A VERDADE NO PROCESSO JUDICACIONAL

Mara Cristina Piolla Hillesheim¹

Francine Moura Limírio²

RESUMO

O presente estudo pretende examinar a busca pela verdade realizada no âmbito do processo judicial. A análise parte da tentativa de conceituação e colocação da verdade, considerando o instituto processual e sua estrutura dialógica e dialética, a fim de definir a relação entre a própria verdade e o processo. Em seguida, é feita uma breve apreciação dos procedimentos jurisdicionais como métodos que permitem conhecer a verdade caso a caso, e uma reflexão acerca da atuação do juiz na busca pela verdade travada no processo, em vista de duas situações relacionadas à produção probatória: a discricionariedade do julgador e a hipossuficiência de uma das partes na relação processual. Em ambos os casos considera-se, para a análise, a isonomia das partes como requisito ao equilíbrio da relação processual, e a imparcialidade do julgador.

Palavras-chave: Processo judicial. Verdade. Prova.

1 INTRODUÇÃO

Uma das formas práticas do Direito, o processo judicial é instituto dialético e dialógico por meio do qual os cidadãos pretendem obter do julgador uma solução, a partir da exposição de fatos, fundamentos jurídicos e material probatório, os quais tentam reconstruir a verdade e concretizar o direito no momento da sentença.

O instituto da prova é o meio necessário para formar-se o convencimento do julgador, sendo atividade atribuída, em regra, às partes. Todavia, algumas questões são de relevante análise quando se trata da produção do conjunto probatório no processo.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar uma análise acerca da relação inafastável entre produção de prova e procedimento, num momento em que este se tornou sinônimo de formalismo e teve sua importância relegada.

Na sequência, é necessário dar atenção ao princípio do devido processo legal e seus princípios instituidores, considerados como norteadores de todo o sistema processual vigente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

¹ Professora do Curso de Direito da Uniube – Mestre em lingüística pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

² Bacharel em Direito pela Uniube; Advogada.

Como mostrará este artigo, a atuação do julgador na condução do processo é determinante para que se verifique, ou não, a efetividade do devido processo legal, sendo a imparcialidade do juiz a principal garantia da aplicação do instituto processual como meio de acesso aos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão.

2 A VERDADE E O EMBATE DIALÉTICO NO DISCURSO JURÍDICO

Muito se fala em verdade no discurso jurídico. Não raro (principalmente no imaginário popular), a idéia de Justiça é associada à tentativa de elucidação da verdade. Assim, no meio jurídico são notórias expressões como “busca pela verdade real” e “verdade formal”. Por essa razão, a uma boa análise da estrutura e carga ideológica do discurso jurídico, é imprescindível que se entenda o que é a verdade.

A conceituação da verdade foi uma atividade que ocupou muitos pensadores, desde os primórdios da Filosofia na Grécia Antiga, por ser ela considerada o centro motor da dúvida filosófica. Não obstante, ainda hoje essa tarefa é difícil, são várias as proposições sobre o tema. Por essa razão, serão indicadas apenas aquelas pertinentes ao tema aqui proposto.

Para o conceito clássico de verdade, de origem grega, a verdade é a manifestação daquilo que é ou existe tal como é; o verdadeiro é o evidente ou plenamente visível para a razão. Verdade é a adequação do intelecto ao real, afirmando-se o que é, e negando-se o que não é. Por sua vez, o erro, o falso e a mentira referem-se à aparência superficial e ilusória das coisas e seres. (CHAUÍ, 1999, p. 99; 101).

A teoria consensual, por outro lado, afirma que a verdade não se estabelece a partir da correspondência entre juízo e real, mas é fruto do consenso entre indivíduos de uma dada comunidade ou cultura acerca do que definem ser aceitável ou justificável diante de sua maneira de encarar o real. A verdade, portanto, não seria neutra, mas sim consensual. (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, p. 269).

Há, ainda, a corrente pragmática, para a qual a verdade, além de ser sempre verdade de fato e de ser obtida por indução e experimentação, deve ter como critério sua eficácia ou utilidade. A verdade de uma preposição é estabelecida a partir de seus resultados, de sua aplicação prática, concreta, de sua verificação pela experiência. (CHAUÍ, 1999, p. 105).

Já para a Fenomenologia de Husserl, inspirada na perspectiva idealista de Kant, a verdade é o encadeamento interno e rigoroso das idéias, conceitos ou significações, sua coerência lógica e necessidade. É ela um acontecimento interno à própria consciência. (CHAUÍ, 1999, p. 104).

Não é possível (ou adequado) descartar totalmente uma teoria em favor de outra, por ser evidente que todos os conceitos de verdade apresentados possuem elementos comuns. Contudo, ainda que haja preferência por um dos conceitos acima expostos, é mister ter em mente que, considerando especificamente o processo judicial³, será adotada como parâmetro, por ora, a idéia de verdade apresentada pela Fenomenologia husserliana, por ser a

³ O termo “jurisdição” designa as atribuições conferidas aos magistrados, encarregados de administrar o Judiciário, exprimindo também a extensão e limite do poder de julgar de um juiz (SILVA, 1980, p. 887). Analogamente, “judicial” e “judiciário”, adjetivamente, indicam tudo o que é referente ao juiz ou ao Judiciário. Por sua vez, “judicação” exprime originariamente a ação de julgar ou a atividade do juízo; “judicatura” abrange tanto a função ou o ofício de juiz, como também o poder de julgar, e o exercício desse poder (SILVA, 1980, p. 883). Em razão disso, ao invés de utilizar as expressões “jurisdicional”, “judiciário” ou “judicial” para designar o processo, será empregado o termo “judicacional”, apto a abranger tanto o processo judicial quanto o administrativo.

que mais se aproxima do objetivo deste trabalho.

De início, é necessário entender o processo⁴ como instituição jurídica necessária ao exercício da jurisdição na solução dos conflitos e da validade da tutela judicial, com fundamento no contraditório e na ampla defesa, como meio indispensável ao alcance da cidadania. (LEAL, 2009, p. 38-39).

Analogamente ao conceito fenomenológico apresentado, a verdade processual é construída por meio da concatenação de argumentos e provas apresentados pelas partes, a partir dos quais o julgador emitirá um juízo, uma sentença em consonância com todos os fatos internos ao processo.

Segundo João Monteiro (1912, p. 93, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 472), “para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do direito alegado”, o que só é possível por meio da prova.

Assim, a verdade de uma lide desvelar-se-á ao julgador, para a prolação da sentença, exclusivamente pela análise das provas colhidas no processo, no exercício do contraditório. Esse instituto é o único e inafastável meio pelo qual o juiz pode aproximar-se da verdade.

2.1. A PROVA NO PROCESSO

A prova, considerada como um instituto⁵, manifesta-se como o conjunto de elementos da realidade fática que se submete a um exercício intelectual realizado *a priori* pelo legislador, e num segundo momento (já no processo judicial) pelas partes e julgador, para se apresentar como um instrumento formal cuja finalidade é determinar os fatos no processo, conforme . Conforme o posicionamento de Leal (2009, p.200)

Entendida como um instrumento⁶, a prova é o meio hábil a demonstrar a existência de um fato, determinando a convicção do julgador a respeito daquele, para fins de julgamento da questão.

Aqui, é necessário considerar que, apesar de corriqueiro afirmar ser a verdade o objetivo da prova, há importantes e indispensáveis limitações ao exercício desta que impedem às partes e ao julgador que se chegue a uma verdade absoluta, como se verá adiante.

Em decorrência do princípio dispositivo⁷, cabe à parte ser diligente no caminhar do processo em prol de seu interesse, assumindo ela o ônus de comprovar a veracidade de suas alegações. Assim, o ônus da prova, em termos singelos, é a necessidade de provar para alcançar sucesso na demanda.

Determina o artigo 333, do Código de Processo Civil, que ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de direito, enquanto ao réu cabe provar o fato impeditivo,

⁴ Apesar de distinta da definição dada, a conceituação de processo como mero instrumento pelo qual a jurisdição opera, para a positivação do poder (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2008, p. 297), como aduz a Escola Paulista, não prejudica a compreensão do tema proposto.

⁵ Posicionamento de Leal (2009, p.200).

⁶ Para Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 373): “As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou in ocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

⁷ O aludido princípio atribui às partes a iniciativa da relação processual, seja na sua iniciativa, seja na produção probatória.

modificativo, ou extintivo do direito do autor. Em outros termos, cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende seja aplicado pelo julgador na solução do litígio.

Em razão disso, o juiz, em regra, aguarda que as partes apresentem os elementos de prova que entendem ser necessários para comprovar os fatos alegados para, então, realizar seu julgamento. O que não for levado pelas partes ao processo, não poderá ser considerado pelo julgador para fins de prolação de uma decisão.

Disso decorre que, principalmente no Processo Civil, o juiz pode ater-se somente aos elementos apresentados pelas partes, conforme o arbítrio destas, e motivar sua decisão no que lhe pareça ser verdadeiro e correto em face das provas carreadas nos autos, quando a sentença será baseada na chamada verdade formal. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2008, p. 70-71).

Todavia, a incidência do princípio dispositivo no processo é mitigada pelo princípio do impulso oficial, em razão do que, após a provocação da parte, o Estado, além de ter o dever de garantir ao cidadão a apreciação e resolução do conflito, passa a ter interesse em que a lide seja composta de forma justa, conforme o ordenamento jurídico.

Em razão disso, é assegurada ao julgador a faculdade de interferir na instrução probatória, determinando a produção de provas que entenda necessárias à correta elucidação da demanda, quando as evidências apresentadas pelas partes não se afigurarem suficientes.

Tal prerrogativa é conhecida por princípio da verdade real, justificada pela necessidade de estar o provimento jurisdicional em consonância com os fatos ocorridos, com a busca pela justa composição do litígio. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 33-34).

Como se vê, a liberdade de convencimento do juiz é limitada, já que sua decisão, além de conter os motivos que lhe formaram o convencimento, deverá basear-se apenas nos fatos e circunstâncias constantes nos autos⁸. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 33-34).

Das características do sistema processual brasileiro apresentadas, afere-se afastada, inexoravelmente, a possibilidade de existir uma verdade absoluta no processo. Consequentemente, uma verdade dita “pura” não pode ser “objeto de trabalho” ou objetivo nos procedimentos judiciais.

Assim, as partes e o julgador não trabalham com a verdade absoluta no processo – apesar de geralmente tentarem alcançar e demonstrá-la. Fala-se, apenas, em versões, em teses, em razão do que o processo é um instituto essencialmente dialético.

2.2 A DIALÉTICA PROCESSUAL

A dialética é um processo resultante do conflito ou oposição entre princípios, em que a tensão surgida entre a tese e a antítese, contraditórias, conduz à síntese, à solução do embate originário. A síntese é a circunstância de construção de uma nova proposição a partir da fusão dos pontos arguidos na tese e na antítese; uma conclusão obtida após a confrontação destas.

Por ser um sistema que comporta a apresentação de pontos conflitantes, sem que haja necessariamente a rejeição absoluta de um ponto de vista em favor de outro, a dialética é frequentemente utilizada como método de exposição argumentativa.

⁸ Artigo 131, Código de processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Artigo 155, Código de processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”.

Evidente manifestação do movimento dialético, o processo judicial, por intermédio dos procedimentos, é um modo de conhecimento que atinge seu objetivo por meio da sucessão de etapas de um raciocínio ou de uma demonstração. Os procedimentos jurisdicionais preveem uma sequência de proposições que se encadeiam, em busca de uma solução lógica para o problema posto.

Assim, a concretização do direito somente ocorre pela interpretação e aplicação do texto normativo efetuadas no processo, uma instituição discursiva em sua essência, na qual as partes encontram a argumentação jurídica transformada em procedimento. (LEAL, 2009, p. 58).

O caráter dialético do processo judicial é determinado pela incidência do princípio do contraditório, que “[...] consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 30-31). A decisão só será proferida depois de ouvidas ambas as partes⁹, as quais terão oportunidade de falar sobre as alegações do outro litigante, bem como produzir provas contrárias às apresentadas por este.

Após a instrução probatória (a qual segue o rito e procedimento adequados à demanda), o magistrado, agora, possuindo os elementos que lhe permitem elucidar a lide, analisa todos os argumentos propostos por autor e réu em suas respectivas teses e antíteses, considerando o direito positivado, e seleciona quais são as proposições mais verossímeis, a fim de construir uma sentença – a síntese – que se aproxime o máximo possível da verdade e do justo para aquele determinado caso.

“O processo é, desta forma, essencialmente dialético e a pretensão jurisdicional só deve ser concretizada após amplo e irrestrito debate das pretensões deduzidas em juízo.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 426).

Após as reflexões feitas, passar-se-á ao estudo da maneira como as partes e o julgador atuam, no âmbito do processo Judicial, no sentido de construir as verdades que fundamentarão o provimento final.

3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO JUDICIAL

Como se viu, o discurso jurídico tem caráter dialético, e é exercido precipuamente no processo judicial. O objetivo deste é, garantidos a dialogicidade e o contraditório, que o juiz se aproxime da verdade, para, então, ser proferida uma decisão sobre os fatos e o direito apresentados, com vistas a resolver a lide que originou o processo.

Entretanto, por mais que se esforcem para alcançar a verdade dos fatos, as partes e, principalmente, o julgador, estão adstritos às provas e circunstâncias trazidas ao processo por aquelas. São os elementos de prova, como anteriormente explanado, os norteadores e justificadores da decisão judicial.

Com efeito, em decorrência do princípio da persuasão racional inserido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, o juiz só pode prolatar uma decisão que esteja devidamente fundamentada, exclusivamente com elementos de prova constantes nos autos. Em razão disso, a produção da prova deve ocorrer atendendo-se a certos requisitos, observando-se o procedimento adequado ao caso concreto.

⁹ Para Leal (2009, p. 97), o princípio do contraditório traduz a dialogicidade necessária entre as partes que se colocam em defesa ou disputa dos direitos alegados, podendo até mesmo exercer a liberdade de permanecer em silêncio, embora tendo o direito de se manifestarem.

No processo judicial instauram-se os procedimentos, conceituados por Leal (2009, p. 94) como as estruturas técnicas de atos jurídicos configurados em uma sequência estabelecida na lei, praticados por sujeitos de direito. Os atos praticados são ordenados, obedecendo ao regramento normativo para conduzir ao provimento final (sentença).

Considerando o procedimento¹⁰ adequado à ação proposta, as partes apresentam ao julgador o direito que pretendem seja aplicado ao fato concreto, formulam argumentos que correspondem às suas versões da verdade e apresentam elementos para comprovar o que alegaram, tudo com vistas a que o julgador possa vislumbrar a verdade na elaboração da decisão final.

O próprio julgador também está adstrito ao rito procedimental que orienta o processo, devendo construir seu provimento exclusivamente sobre os argumentos e provas apresentadas pelas partes. Como visto, em razão do princípio dispositivo cabe às partes a iniciativa nos procedimentos. Isso garante a imparcialidade nos julgamentos.

Não obstante, considerando-se que a aplicação do referido princípio é mitigada no ordenamento jurídico, em alguns casos é conferida ao julgador a possibilidade de atuar na fase de instrução, conforme o artigo 130, do Código de processo Civil: “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”.

Dessa forma, o modo como o julgador conduz e é conduzido pelos procedimentos, bem como a atuação daquele na produção probatória, são relevantes para que se entenda a relação entre o processo e a verdade.

3.1 A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO NA BUSCA DA VERDADE

Pelo princípio da verdade real, como já visto, o julgador tem a faculdade de interferir na instrução probatória, determinando a produção de provas que entenda necessárias à correta elucidação da demanda, quando as evidências apresentadas pelas partes não se afigurarem suficientes.

Leciona Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 477):

A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o *processo justo*, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova [...] prevalece o compromisso com a verdade real. Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material [...].

Isso não significa, porém, que o julgador pode se tornar um investigador ou inquisidor. O interesse em obter um provimento favorável, com o reconhecimento de sua verdade pelo juiz, é exclusivo das partes, pelo que o autor deve se preocupar em apresentar as provas constitutivas de seu direito e o réu, as provas que demonstrem a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, do Código de processo Civil.

Como se vê, o poder de instrução do julgador não é ilimitado. Afirma Theodoro Júnior (2007, p. 473):

¹⁰ Apenas para se estabelecer um parâmetro, as referências procedimentais feitas neste capítulo correspondem ao rito comum ordinário descrito no Código de processo Civil (título VIII).

Há outrossim, um método ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que forma o procedimento probatório minuciosamente regulado pelo Código e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença.

O julgador, assim, considerando o teor do artigo 130, do Código de Processo Civil, só deverá determinar, de ofício, a produção das provas que, não apresentadas pelas partes, se mostrem indispensáveis à adequada solução da lide, considerando os pedidos do autor e as alegações feitas por ambas as partes, dentro dos limites de obtenção da prova legalmente permitidos.

A questão da prova no processo judicial é de grande relevância, por serem os elementos probatórios que validam e fundamentam os argumentos apresentados pelas partes, os quais orientam o julgador na busca pela verdade. Assim, a prova não revela a verdade, mas afirma um argumento que pode levar a esta.

Note-se que, para a teoria habermasiana, “[...] a afirmação verdadeira não é aquela que corresponde a um objeto ou a uma relação real, mas uma afirmação considerada válida num processo de argumentação discursiva. A verdade, neste horizonte, não se acha no conteúdo, mas no procedimento [...]”. (CARVALHO, 2007, p. 66).

Conforme aduz Leal (2009, p. 202), o objetivo do instituto da prova é construir e assegurar a estrutura do procedimento, como requisito da fundamentação legal e do ato decisório.

Sobre os procedimentos, insta esclarecer:

[...] o decidir no direito democrático há de se assentar nos limites (autos) legalmente autorizados de fixação da forma dos elementos argumentativos estruturantes do procedimento vinculante das decisões. Com efeito, os autos do procedimento não são um mero caderno de anotações dos atos processuais, mas expressam os limites formais do campo provisional (probatório) preparador do provimento (sentença) [...]. (LEAL, 2002, p. 147).

A inafastabilidade do procedimento, no âmbito processual, garante que a busca da verdade seja pautada, na medida do possível, pela racionalidade e impessoalidade. Ressalta Leal (2009, p. 207):

[...] Exercer jurisdição sem procedimentação é abolir a prova legal de existência do devido processo, porque, para existir processo, é preciso produzir procedimento (espaço-tempo-formalizado), segundo a lei asseguradora da ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado e gratuidade dos serviços judiciais na defesa de direitos fundamentais.

Silveira (2001, p. 240-246) leciona que o devido processo legal possui um aspecto material (substantivo), caracterizado pela garantia de que o Judiciário, como função do Estado, não realize intromissões violadoras da esfera dos direitos constitucionais do cidadão, e um aspecto processual, que exige sejam observados um conjunto de procedimentos sempre que colocada em xeque alguma liberdade básica do cidadão.

Assim, importante notar que o devido processo legal, do qual a necessidade da observância dos procedimentos é um desdobramento, é um direito de proteção do cidadão (parte) contra abusos e arbitrariedades que possam ser cometidas pelo julgador, em razão de sua função e prerrogativas. (SILVEIRA, 2001, p. 236).

Sobre o tema, afirma Leal (2002, p. 124):

Nenhuma decisão seria constitucionalmente válida e eficaz se não preparada em *status* de devido processo legal, porquanto, uma vez produzida em âmbito de exclusivo juízo judicial, não poderia se garantir em validade e eficácia pela discursiva condição estatal do direito democrático. A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o processo como direito de primeira geração [...] é direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não sejam pretendidas resoluções de conflitos.

Como se vê, o procedimento é direito das partes, imprescindível à observância do devido processo legal, constitucionalmente garantido a elas. Sem procedimento – e, conseqüentemente, sem o devido processo – as partes não possuem meios de ter assegurados os direitos ao contraditório, ampla defesa e isonomia, direitos estes que fazem parte do próprio instituto processual.

É importante ressaltar que não se defende, aqui, um apego ao formalismo procedimental. Como afirma Mendonça (2006, p. 7):

O desenvolvimento dos processos concretos não pode esquecer que, se importa, e muito, o conteúdo da decisão judicial, também importa, e não menos, a via pela qual se chega a esse resultado, pois o fim não justifica o desvio da legalidade processual. O resultado e a qualidade e natureza das formas e das modalidades através das quais aquele se atinge estão indissociavelmente ligados, de tal modo que, se se der primazia ao primeiro em relação às segundas, se torna inadmissível o próprio resultado, dado que a ele se chegou sem respeitar as garantias para tal previstas.

Quando o julgador, portanto, deixa de observar o procedimento adequado à solução de determinada lide, não assegurando a prática de atos processuais indispensáveis ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes, e prejudicando, assim, a isonomia que deve permear a relação processual, o devido processo legal, como garantia constitucional do cidadão, é violado.

3.2 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme anteriormente explanado, o procedimento é meio instrumental pelo qual o devido processo legal é garantido às partes. E como princípios instituidores deste estão o contraditório, a ampla defesa, e igualdade entre as partes.

Apesar de não haver hierarquia entre os mencionados princípios, é importante notar que a igualdade guarda uma relação de causalidade com o contraditório e a ampla defesa. Com efeito, havendo equilíbrio entre as partes, estas estarão aptas a exercer o contraditório e a ampla defesa, com a oportunidade de produzir (ou não) argumentos jurídicos que se destinem à estruturação dos procedimentos, em tempo indistinto a todos. Por outro lado, garantindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa às partes, estas poderão ser consideradas em situação de igualdade.

A respeito da igualdade processual, afirma Wolff (1996, p. 73-74 *apud* DEL NEGRI, 2009, p. 174), que o discurso na democracia só se legitima pela incidência, no processo, dos princípios discursivos da isonomia, isegoria e isocrítica. Discorrendo sobre o assunto, Del

Negri (2009, p. 174) afirma:

[...] a igualdade constitucionalizada (*isonomia*) interessa ao estudo do provimento, para que haja, na base de sua preparação, a igualdade processual de todos em sua participação; capacidade de todos em distinguir e não admitir um discurso qualquer, substituindo-o por um melhor (*isocrítica*), o que ocorreria por intermédio do controle de constitucionalidade; e, por fim, a igualdade dialógica, que é a igualdade de todos estarem em posições equânimes de comunicação discursiva dentro de um espaço político-jurídico (*isegoria*).

Como aduz Habermas, no discurso jurídico deve-se tentar, ao máximo, aproximar-se de uma “situação ideal de fala”, na qual coerções internas ou externas são afastadas; a demonstração de um raciocínio dá-se pela força do melhor argumento e sua motivação racional, assegurando-se, sobretudo, a simetria da participação na comunicação, e evitando-se distorções (ALVES, 2009, p. 193-195). Em outros termos, todos os participantes estão simetricamente distribuídos e com oportunidades iguais de participação na argumentação.

O princípio da igualdade é um dos principais norteadores e limitadores da atuação do magistrado na relação processual, por proibir que este conceda privilégios ou intente perseguições contra uma das partes. Como afirma Del Negri (2009, p. 345), “[...] a igualdade processual diz respeito à participação temporal idêntica das partes processuais na construção da decisão (ato compartilhado) independentemente de se ter ou não direito material”.

Assim, é em decorrência do aludido princípio que as partes poderão, efetivamente, atuar na produção das provas que fundamentem o direito pleiteado, de modo equânime, o que acarretará uma apreciação adequada da lide pelo julgador no momento da prolação da sentença.

Como princípio garantidor da igualdade processual, imparcialidade do juiz, determina que, na prática dos atos procedimentais e no julgamento da lide, o julgador abstenha-se de conceder privilégios de qualquer natureza a uma das partes em detrimento da outra.

A imparcialidade exigida pela lei não é uma qualidade inata ou imanente ao juiz, como pessoa física, ante os interesses alheios, mas um dever que o ordenamento jurídico estatal lhe impõe como pressuposto legal de validade dos atos jurisdicionais, obrigando-o a desligar-se das causas quando não reúne, em face de circunstâncias objetivamente aferíveis, isenção para assegurar às partes o direito fundamental da isonomia que é princípio institutivo do processo. (LEAL, 2009, p. 123).

Assim, o julgador não poderá, sem violar os princípios da imparcialidade e da igualdade, conceder a somente uma das partes mais oportunidades para que esta apresente um maior número de elementos de prova, a fim de comprovar o direito por ela alegado, ou, ainda, atuar de ofício¹¹ na produção de provas visando apenas fundamentar a tese apresentada por uma das partes.

Ainda que haja interesse público envolvido no caso, o julgador não pode abandonar sua posição de imparcialidade, a fim de atuar ativamente na produção probatória. A esse respeito, afirma Mendonça (2006, p. 8):

No desenvolvimento de cada concreto processo o juiz deve respeitar o contraditório

¹¹ Para Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 278), o juiz “[...] deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não da atividade extra-autos [...]”.

e a igualdade das partes. Quando, num processo, houver um interesse público a tutelar, a condição do juiz como terceiro deve manter-se e por isso a defesa em juízo desse interesse será confiada ao Ministério Público, ao qual se atribuirá legitimidade para actuar nesse processo como parte. Na sua actuação, o Ministério Público não pode ter um tratamento privilegiado no processo, seja ele qual for.

Note-se que a imparcialidade do julgador representa, em última análise, a segurança de que esse se subordinará exclusivamente à lei, garantindo, assim, a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão.

3.2.1 A proteção ao hipossuficiente e a discricionariedade do juiz frente ao princípio da imparcialidade

A necessidade de o juiz observar, no julgamento e na condução dos procedimentos, a imparcialidade, como garantia de igualdade entre as partes, leva ao questionamento de dois institutos amplamente debatidos em sede de Direito Processual: a proteção ao hipossuficiente e a discricionariedade do julgador.

Quando uma das partes de um processo ocupa posição privilegiada em relação à parte contrária, no que tange à possibilidade de produzir provas, diz-se que essa é hipossuficiente, fato que garante a esta uma proteção especial por parte do Estado, e a prerrogativa de, atendidos certos requisitos, inverter-se o ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor¹², em seu artigo 6º, VIII, determina que, reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, é direito básico desse “[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com o inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência [...]”.

No Direito Processual Trabalhista, por sua vez, o trabalhador é considerado hipossuficiente em relação ao empregador, razão pela qual aquele recebe uma proteção especial, entre elas a inversão do ônus da prova, exclusivamente em favor do empregado (princípio da proteção).

Verificada, no caso, a hipossuficiência de uma das partes, conforme os requisitos¹³ do Direito consumerista ou trabalhista, o juiz deve, então, conceder àquela a inversão do ônus da prova. Com essa medida, os pressupostos definidores do artigo 333, do Código de processo Civil são alterados, atribuindo ao autor ou ao réu a imposição de provar, além do

¹² Para o Direito do Consumidor, a hipossuficiência possui três espécies: a hipossuficiência econômica, quando a parte consumidora não dispõe dos meios econômicos próprios e suficientes para prover às despesas do processo sem prejuízo do sustento de si e de sua família; a hipossuficiência de informação (ou técnica), quando a parte não possui condições de avaliar o que é relevante para a defesa de seus interesses, nem de prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado; a hipossuficiência jurídica, quando a parte consumidora é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado, ocasionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial. (SOUZA, 2008, p. 3-5).

¹³ É importante notar que, principalmente no que tange às lides que envolvem o Direito do consumidor, o ônus da prova não é uma medida que deve ser concedida à parte consumidora automaticamente, sem análise prévia das condições estabelecidas no art. 6º, VIII, CDC. Nem sempre o consumidor estará, no processo, em uma situação que o impeça de apresentar provas, ou que dificulte a produção destas. A inversão do ônus da prova, nessa situação, longe de garantir equilíbrio necessário na relação processual, colocará a parte economicamente mais forte em desvantagem, prejudicando-a e dificultando que ela defenda seu direito.

originariamente previsto, também o que seria ônus da outra parte.

Importante destacar que a finalidade da inversão do ônus da prova é, tão-somente, restabelecer a igualdade jurídico-processual das partes na defesa de seus interesses. Ou seja, o reconhecimento da hipossuficiência apenas recoloca as partes no mesmo nível processual, o que não significa, em hipótese alguma, a concessão de vantagens ao hipossuficiente (SOUZA, 2008, p. 7).

Aqui, cabe o posicionamento de Del Negri (2009, p. 344): “[...] Tem-se que qualquer tentativa de o juiz equilibrar e compensar, no processo, as desigualdades materiais das partes, haverá lesão ao direito-garantia constitucional do contraditório e da simétrica e simultânea paridade”.

Isso significa que o juiz, diante da hipossuficiência da parte, não tem o condão de dispensar a ela a produção das provas de seu direito, ou de prestar-lhe auxílio, como se também fosse um “assistente” da parte. O julgador deixa de ser imparcial quando acredita que a parte hipossuficiente não conseguirá, sozinha, apresentar os elementos que comprovam seu direito, e atua no sentido de ajudá-la.

Como exemplo, isso ocorre quando, apesar de a parte hipossuficiente não ter apresentado nenhum documento ou meio de prova, o julgador profere uma sentença em favor dessa, com fundamento na própria limitação econômica e técnica da parte, ignorando todo o conjunto probatório fornecido pela parte economicamente superior. Uma parte não pode ser prejudicada em seus direitos somente por ser mais “forte” que a outra.

É importante considerar que o processo não é um meio de o juiz compensar as desigualdades da sociedade, numa tentativa de se promover uma justiça social. Essa não é, sequer, a função do juiz. O processo é, na realidade, um instituto pelo qual o julgador, a partir dos fatos e provas apresentados conforme os interesses das partes, aplica o direito cabível, possibilitando a estas o exercício de seus direitos fundamentais.

Assim, a imparcialidade do juiz somente é preservada quando a inversão do ônus da prova é utilizada como um meio de garantir a ambas as partes equilíbrio na relação processual, traduzido na igualdade de oportunidades de se trazer elementos de prova ao processo.

No que tange à discricionariedade do julgador, caracterizada como a prerrogativa conferida a este de adotar posturas e determinar a prática de atos ou a dispensa destes, sem que haja uma norma que imponha tal conduta, baseando-se o juiz apenas em seu “bom senso”, ou, em outros termos, em seus critérios de conveniência e oportunidade. Tal instituto possui como principal fundamento legal o chamado poder geral de cautela inscrito nos artigos 796, 797 e 798, do Código de processo Civil¹⁴.

Há corrente que defende uma ampla discricionariedade ao julgador:

[...] O juiz poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes e, com isso, tentar evitar a derrota da parte que possivelmente tem o melhor direito, mas que não está em melhores condições de prová-lo. (AZEVEDO, 2007, p. 2).

¹⁴ Art. 797, CPC: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. Art. 798, CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. Art. 799, CPC: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

Segundo esse entendimento, o juiz, diante do caso concreto, poderia tomar qualquer medida para que o processo caminhasse da melhor maneira possível, segundo seu entendimento e percepção, rumo a uma solução justa. Mais ainda, como se depreende do trecho citado, o julgador poderia alterar uma regra geral, diante do caso concreto.

O que parece essencial, aqui, é questionar quais são os parâmetros do bom senso do juiz, e o que significa, na prática, a aplicação da percepção de justiça e conveniência daquele no processo.

Leciona Amendoeira Júnior (2007, p. 70), que a atividade de ofício do magistrado no processo precisa ser limitada, vez que, “[...] ao lado da perda da imparcialidade e da possibilidade de tratamento desigual das partes, reside em uma suposta infringência ao princípio do dispositivo”.

Quando o processo fica ao alvedrio do juiz, este não escapa de atuar como parte, já que se torna do interesse daquele chegar a uma solução, conforme o seu próprio entendimento sobre a questão, e não nos termos da lei e dos elementos levados ao processo pelas partes que nele devem atuar.

Mister ressaltar, ainda, que o artigo 35, I, da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), determina ser dever do magistrado “[...] cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”.

Conferir ao julgador a prerrogativa de modificar disposições normativas que disciplinam os procedimentos, por um mero critério de conveniência, apenas para tentar “adequar” o processo ao que o juiz entende correto e adequado no caso, significa extrapolar a função constitucional atribuída ao Judiciário, mediante atuação arbitrária por parte do julgador. Afinal, ao juiz cabe aplicar a lei, e não criá-la, alterá-la, ou afastar sua incidência.

Como bem afirma Theodoro Júnior (2007, p. 233), no julgamento e processamento da lide, impõe-se ao juiz a observância do princípio da legalidade, com obediência às normas legais existentes, “[...] pois o juiz não legisla, apenas aplica as leis em vigor”.

Dessa forma, ainda que não haja norma legal a respeito do tema, devem ser aplicados os princípios norteadores do devido processo legal, e não o bom senso do juiz. Não há espaço no processo, considerado como instituto essencial do Estado Democrático de Direito, para a incidência da discricionariedade.

Não resta dúvida, assim, de que conferir amplos poderes ao julgador na condução do processo, sem que lhe sejam fixados limites de atuação, é uma prática que contraria os princípios da legalidade e do devido processo legal.

4 A PROPOSTA DO GARANTISMO PROCESSUAL

Como visto, o processo é um instituto pelo qual as partes e o julgador podem se aproximar da verdade, em cada caso, por intermédio dos elementos de prova levados ao conhecimento do juiz, observando-se os procedimentos específicos para aquela situação, para fins de aplicação do Direito¹⁵.

Pela legislação processual vigente, admite-se a possibilidade de o julgador atuar na produção probatória. Além disso, é dominante o entendimento de que o juiz detém a

¹⁵ Importante ressaltar que, para Friedrich Müller, a decisão jurídica consiste na aplicação de uma norma jurídica concretizada. A concretização da norma ocorre, em primeiro lugar, com a fixação dos limites nos quais a decisão pode ser lícitamente proferida, e, posteriormente, com a identificação do âmbito da norma, em que estão compreendidos os fatos relevantes para a questão de direito. (CARVALHO, 2007, p. 341).

prerrogativa de determinar a condução dos procedimentos, segundo sua própria compreensão.

Isso decorre da existência de corrente ideológica denominada ativismo judicial, majoritária em nosso sistema jurídico, a qual defende uma postura contundente da atividade judicial, a fim de que problemas que não possuam adequada solução legislativa sejam resolvidos. Para tanto, o juiz deveria atuar no sentido de resolver problemas no curso do processo, independentemente da diligência das partes em postular pelas respectivas soluções.

Conforme Ramos (2009, p. 9), no ativismo judicial outorga-se ao juiz um “poder criativo” que, em tese, valorizaria o compromisso da jurisdição, ainda que não haja previsão legal específica para a atuação daquele. A tutela jurisdicional deveria ser operada para atingir o resultado “justo” como produto de sua atuação.

Confere-se ao juiz, assim, grande poder no exercício de sua função. Mais importante que o processo, o procedimento, ou o litígio apresentado pelas partes, seria aplicar as medidas necessárias a que se alcance a justiça no caso concreto.

Note-se que, para o ativismo judicial, o subjetivismo do juiz é superestimado, denotando uma postura autoritária por parte desse. Considera-se o julgador como uma espécie de oráculo, atuando como fonte de saber e de decisões infalíveis, por ser aquele a autoridade que tem poder para dizer, em cada caso, o que é a verdade e a justiça.

É evidente que essa idéia não pode ser admitida no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual deposita seus fundamentos na lei devidamente legitimada pelos seus destinatários, e cujo instituto processual é meio indispensável ao exercício da cidadania.

Em razão disso, iniciou-se um movimento que difunde, ainda que timidamente, o entendimento de que, em razão dos princípios constitucionais instituidores do processo, a possibilidade de atuação do magistrado não é tão ampla quanto defende a já mencionada corrente.

O garantismo processual defende a valorização da cláusula constitucional do devido processo legal, entendendo-se o instituto do processo como um direito fundamental, de modo que a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz sejam tidos como “[...] os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada [...]”. (RAMOS, 2009, p.9).

O processo, assim, é compreendido como um método no qual o resultado depende direta e unicamente do efetivo debate entre as partes, e da diligência destas no sentido de comprovar seu direito. Não cabe, portanto, ao juiz atuar quando a parte não cumpre com zelo sua função processual.

É importante notar que, para o garantismo processual, o julgador deve ter compromisso com a efetivação das garantias previstas na Constituição Federal, e não com o promover um ideal subjetivo de justiça.

Salienta Ramos (2009, p. 14) que o garantismo eleva o devido processo legal à posição de legitimador da decisão (o produto da tutela jurisdicional), como condição de garantia da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

Tal corrente reafirma, ainda, o procedimento como garantia de segurança jurídica. A esse respeito, afirma Mendonça (2006, p. 7):

Se é preciso evitar que as formas processuais sejam um obstáculo à tutela efectiva dos direitos das partes e impedir que um formalismo cego e inútil sufoque a substância do direito, não se pode esquecer que aquelas formas respondem a uma necessidade de ordem, de certeza e de eficiência e que a sua observância representa uma garantia de respeito pelos referidos direitos.

Como se vê, a corrente garantista reforça o carácter dialético do instituto processual,

ao excluir o julgador da dinâmica de produção argumentativa e probatória inerentes àquele. Somente as partes poderão diligenciar no sentido de alcançar êxito, e o juiz limitar-se-á a emitir um julgamento de acordo com a lei e os elementos trazidos ao processo pelas próprias partes.

Tal condição é necessária à efetivação do devido processo legal, já que o juiz, deixando de atuar em auxílio a uma das partes, e abandonando uma idéia de promoção da justiça incompatível com a processualidade democrática defendida pela Constituição Federal, torna à posição de julgador imparcial na tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

Se a função jurisdicional encontra a sua razão de ser na tutela dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, e se a função do juiz no caso concreto consiste em ser o garante último desses direitos e interesses, não é aceitável que essa tutela se faça sem recurso ao processo, o qual, na perspectiva do juiz, é garantia de acerto e, na das partes, motivo de segurança e de previsibilidade. O processo é, deste modo, por um lado, o instrumento único para o exercício do poder jurisdicional, e, por outro, o instrumento único de exercício do direito de acção. (MENDONÇA, 2006, p. 5).

O processo, assim, deixa de ser um fim em si mesmo, para consolidar-se como um instituto colocado ao alcance das partes, na luta pela efetivação dos direitos constitucionais conferidos aos cidadãos.

4 CONCLUSÃO

A função do instituto processual é permitir o exercício dos direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão, com o intuito de aproximação da verdade, proferindo-se um julgamento sobre os fatos e o direito apresentados, o qual permite resolver a lide que originou a demanda.

Tal averiguação da verdade só é possível pelo instituto da prova, o qual permite que as partes apresentem ao julgador os elementos que comprovam a certeza de seu direito, e que, consequentemente, servirão de fundamento à decisão.

Contudo, em razão dos princípios do devido processo legal e da legalidade, exige-se que seja observado o procedimento adequado ao caso concreto. A necessidade do procedimento justifica-se pelo fato de ser ele o instrumento garantidor dos princípios instituidores do devido processo legal.

Sem que se observe uma sequência de atos específicos para cada modalidade de pretensão, o equilíbrio entre as partes, bem como o exercício do contraditório e da ampla defesa, restam seriamente prejudicados.

Importante notar que não se defende, aqui, o apego excessivo ao formalismo jurídico. Em atenção ao princípio da razoabilidade, há que se permitir uma flexibilização dos procedimentos adotados, em vista das necessidades evidenciadas em certos casos, para que se atinja a finalidade da lide no julgamento.

Essa possibilidade de adaptação, todavia, deve ser a mínima e estritamente necessária, nos termos em que a própria lei o permita e, frise-se, observando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, isso não pode culminar na exclusão de atos essenciais previstos no procedimento, necessários ao exercício dos mencionados princípios pelas partes, nem na

adoção de medidas que extrapolem os limites do procedimento e da atuação do julgador, desvirtuando-lhes a essência.

Em razão disso, a produção da prova eventualmente conferida ao julgador, especificamente, precisa ser exercida nos limites permitidos pelos procedimentos. Se assim não for, o juiz afasta-se perigosamente da imparcialidade que lhe é imposta para a condução e julgamento da demanda, em evidente prejuízo para as partes dessa.

Dessa forma, constata-se que garantir o devido processo legal às partes significa possibilitar a estas a oportunidade de produzir adequadamente as provas necessárias à comprovação de seu direito, por meio do instrumento procedimental adequado, e assegurando-lhes o exercício dos princípios da igualdade, contraditório e ampla defesa. Isso também garantirá que o julgador tenha condições de verificar a verdade, nos termos do sistema processual e constitucional vigente, sem comprometer a necessária imparcialidade do julgamento.

Assim, é importante compreender que o ativismo judicial, ainda que largamente difundido no sistema processual brasileiro, não é um modelo de atuação jurisdicional adequado ao postulado do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal vigente. Tal paradigma exige a aplicação do garantismo processual, cujas idéias, por seu arcabouço teórico, merecem amplo debate, considerando-se os princípios fundantes de nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade e argumentação em Habermas. **Kínesis**. Marília, v. 1, n. 2, p. 179–195, 2009. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2010.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27730/1>>. Acesso em: 6 Out. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forense, 2009.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MENDONÇA, Luis Correia de. **Vírus autoritário e processo civil**. Lisboa: 2006. Disponível em: <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_2749.doc>. Acesso em: 02 Dez. 2010.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **MPMG Jurídico**. Ano IV, n. 18, p. 8-15, 2009. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/18198>. Acesso em: 23 Nov. 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Vol. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da hipossuficiência**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_cons/hipossuficiencia.pdf>. Acesso em: 05 Out. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.