

Glauco GUMERATO RAMOS⁹⁸

Resumen: El texto propone un análisis crítico de la prueba de oficio en el marco del debate activismo judicial *versus* garantismo procesal, afirmándose que las dos posturas dogmáticas deben compatibilizarse para la concreción de la Constitución. Sin perjuicio que la *jurisdicción* (=poder) autoriza al juez la producción oficiosa de la prueba, el presente artículo pretende sostener que ese hecho rompe la imparcialidad e imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional. Lo anterior determina la necesidad de inhibir y apartar al juez del proceso para que otro en su reemplazo pronuncie la sentencia definitiva, bajo las reglas locales de afectación de competencia. Finalmente, el texto presenta como propuesta un sistema de enjuiciamiento en que se garantice la armonización entre *jurisdicción* (=poder) y *debido proceso legal* (=garantía), que el autor llama *sistema de enjuiciamiento escalonado* o *procedimiento judicial de funciones escalonadas*.

⁹⁶ Texto apresentado nas *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal y Probatario – Conmemorativo de los 40 años de la expedición del Código de Procedimiento Civil colombiano*. Universidad del Rosario, Bogotá, 12 e 13 maio de 2010.

⁹⁷ Agradeço à Prof^a. DENISE DE PAULA ANDRADE, mestrandanda em Direito pela UniFIEO (Osasco), que se desincumbiu da revisão e da correção do texto.

⁹⁸ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

Palabras-clave: derecho probatorio – prueba de oficio – proceso civil – incompatibilidad constitucional – jurisdicción y debido proceso – armonización – imparcialidad judicial – sistema de enjuiciamiento escalonado o procedimiento judicial de funciones escalonadas – cambio de paradigma – posible solución desde la perspectiva constitucional.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E A HIPÓTESE DE ANÁLISE

A proposta deste texto é discutir até que ponto a prova judicial determinada de oficio guarda compatibilidade constitucional com o princípio do *due process of law* e suas derivações, em especial a *imparcialidade* e a *imparcialidade*⁹⁹ que deve orientar a atuação do juiz no curso do processo.

No constitucionalismo moderno não se tem dúvida de que a missão do Poder Judiciário, através de seus juízes, é atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos (CRBra, art. 5º, XXXV). Através do sistema de *checks and balances* (=freios e contrapesos) consagrado – e

⁹⁹ Ao comentar sobre a imparcialidade, ADOLFO ALVARADO VELLOSO afirma que: “Este principio procesal indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, não ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo”. Cf. “El garantismo procesal”, em *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 147.

não criado, vale lembrar – a partir das ideias de Montesquieu, sabe-se que a atuação do Judiciário deverá estar legitimada na autorização que lhe concede o Legislador, e tudo na perspectiva constitucional.

Eis aí ponto que merece reflexão e onde está radicada a “tese” que aqui será defendida.

Projetado para o ambiente do *processo jurisdicional* o controle do Poder através da dinâmica da *tripartição*, tenho para mim que o sistema de enjuizamento constitucionalmente mais legítimo será aquele em que, para a formação do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o procedimento se desenvolva perante juízes (=pessoas físicas) distintos. É dizer: deve haver um juiz para a *urgência*, um para a *instrução* e um para a *sentença*, que deve atuar na respectiva etapa de competência. Este sistema de enjuizamento¹⁰⁰ – que em sua essência deve prevalecer tanto no processo civil, quanto no penal – creio possa ser denominado de *sistema de enjuizamento escalonado* ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*.

Através desse *sistema de enjuizamento escalonado* (=ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*), o resultado da atividade

¹⁰⁰ *Enjuizamento, numa tradução livre da palavra espanhola enjuiciamiento, e não ajuizamento, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. Ajuizamento para nós tem significado de propositura da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é*

jurisdicional (=sentença) seria precedido por etapas nas quais seria possível um maior grau de *imparcialidade funcional* do juiz – já que impossível alcançar a *imparcialidade subjetiva* –, legitimando a *jurisdição* (=Poder) diante do *devido processo legal* (=Garantia).

Nos sistemas de enjuizamento que conhecemos, o desenvolvimento do processo rumo à formação do pronunciamento de mérito fica a cargo e sob o “governo” de um único juiz – pessoa física – que exerce *sozinho* toda a magnitude do Poder que a Constituição confere ao Judiciário. É claro que o sistema recursal, em certa medida, acaba viabilizando um procedimento escalonado, já que o trânsito em julgado ocorrerá, via de regra, após o curso do processo por dois graus de jurisdição. Mas o fato é que a etapa mais importante do procedimento voltado à formação da sentença ocorre perante o *mesmo e único* juiz, cujo sistema processual lhe outorga o enorme Poder de deferir a tutela de urgência, de dirigir o procedimento probatório – inclusive com amplos poderes *inquisitivos* – e ao final, e após natural e inegável abalo *subjetivo* de sua imparcialidade, ainda terá o Poder de sentenciar sobre o mérito.

Note-se que o sistema de *freios e contrapesos* surge na teoria política exatamente como técnica de limitação do poder até então utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimen-

concentrado nas mãos daquele que, grosso modo, executava, legislava e julgava, à guisa de um ser político onipotente cujo “governo” necessariamente *arbitrário* – para o bem ou para o mal, mas indiscutivelmente *arbitrário* – regia a vida dos demais.

Nós, os processualistas, não nos demos conta de que um sistema no qual é permitido ao mesmo juiz (=pessoa física) i) *conceder* tutela de urgência, ii) *dirigir* o procedimento probatório *inquisitivamente* e ao final iii) *pronunciar-se* sobre o mérito, evidentemente é um sistema perverso que viabiliza a figura de um *superjuiz* autorizado a decretar um ato de poder (=sentença) na exata medida de seu arbítrio. Em outras palavras, o juiz “governa” o cenário processual absolutamente sozinho, e ainda que seus atos sejam impugnáveis através de recurso, a verdade é que a sentença decretada resultará de sua exclusiva “presidência” do processo.¹⁰¹

to do processo até sua conclusão.

¹⁰¹ *O resultado do que se propõe pode ser assim sintetizado: o juiz da urgência NÃO pode ser o mesmo da sentença; ou, ainda, o juiz da instrução NÃO pode ser o mesmo da resolução. Admitir-se o contrário é ultravalorizar a jurisdição (=poder) em detrimento do devido processo (=garantia), de modo a tratar a imparcialidade judicial como mera garantia formal ao invés de realidade a ser concretizada. E, isso, ainda que estejamos acostumados com o sistema de enjuizamento no qual todas essas inegáveis representações de poder (=urgência, instrução e resolução) estejam concentradas nas mãos de um mesmo juiz até a prolação da sentença de mérito.*

Importante destacar que na seara do processo penal, o anseio da doutrina é que cada vez mais se formem sistemas processuais fundados no *modelo acusatório*, mesclando (=modelo misto), ou mesmo deixando de lado, o *modelo inquisitivo* que por séculos vigorou e ainda dele se tem registros em alguns países da América Latina.

Recentemente, ADA PELLEGRINI GRINOVER foi categórica em reconhecer que no processo penal “a manutenção do juiz nas diversas fases do processo pode contaminar sua imparcialidade”, tal como acontece, por exemplo, no Brasil, Honduras, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela, pois nesses países “o juiz das investigações preliminares e do recebimento da acusação é o mesmo que julga a causa”. E por isso, prossegue a professora da Universidade de São Paulo, “é forçoso reconhecer que nem sempre a estrutura do processo penal é consentânea com a imparcialidade.”¹⁰²

E se no processo penal a doutrina reconhece essa distorção, não há qualquer razão de ordem *constitucional, jurídica* ou *política* para que essa mesma lógica de raciocínio seja afasta-

¹⁰² *Todos os trechos citados entre aspas podem ser conferidos em: ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Os poderes do juiz penal na América Latina”, na obra coletiva Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier (coord. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e outros), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, em especial p. 177.*

da do processo civil. Afinal, o procedimento probatório nada mais é do que uma etapa procedimental de incidência no processo jurisdicional.

Nesse panorama, torna-se imperioso que o sistema de enjuizamento seja estruturado a partir de dois valores constitucionais fundamentais: a *jurisdição* (=Poder) e o *devido processo* (=Garantia). A prevalência de um desses valores sobre o outro fará com que o produto da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário careça de legitimidade constitucional, ainda que a prática demonstre que nem sempre esse necessário balanceamento ocorra como desejado.

Fundado nessas premissas, tentarei demonstrar que a *prova de ofício* fere a imparcialidade do juiz e rompe com a lógica dialética do processo que necessariamente está fundada no debate entre dois *sujeitos parciais* (=demandante e demandado) perante um *sujeito imparcial* (=juiz), onde cada qual tem seus poderes e faculdades vinculados à cláusula do devido processo e, portanto, à Constituição.

Tendo a ordem constitucional vocacionado o Poder Judiciário a julgar “bem”, estabelecendo que a *jurisdição* deve atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, é evidente que haverá situações em que o órgão judicial deverá ter uma atitude mais contundente, de modo a fazer com que o Judiciário cumpra seu mister constitucional. Mas dependendo da amplitude

dessa atuação, imediatamente deverão incidir todos os mecanismos do *devido processo* para que a decisão a ser prolatada pelo Poder Judiciário se legitime na perspectiva do balanceamento em que *Poder* e *Garantia* se complementem, já que são valores constitucionais e democráticos igualmente relevantes. Ou, em outros termos, a sentença final deve ser prolatada por outro juiz – pessoa física – devidamente imunizado pela *imparcialidade funcional*.

Em suma, após reconhecer que a prova de ofício só se justifica num ambiente de excepcionalidade, e que uma vez determinada ferirá de morte a imparcialidade judicial, será proposto o *sistema de enjuizamento escalonado* (=ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*) como legítima alternativa a ser pensada.

E o processo desenvolvido em procedimento escalonado converter-se-á num método de debate rigorosamente organizado na perspectiva da *jurisdição* e do *devido processo legal*, do poder e da garantia, portanto.

A PROVA DE OFÍCIO NO MARCO DO DEBATE ATIVISMO X GARANTISMO

A produção de um meio de prova determinado por iniciativa do juiz – portanto, sem requerimento da *parte* – é o que em sede doutri-

nária genericamente denomina-se como *prova de ofício*. Tal fato é a projeção dos poderes instrutórios amplos que a doutrina moderna sustenta ter o juiz¹⁰³. É dizer, não tendo a *parte* interessada se desincumbido adequadamente da produção da prova voltada à demonstração do fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado, poderá o juiz determinar a produção de certo meio de prova que lhe parecer conveniente para melhor demonstrar o fato do qual se deflui a pretensão do demandante ou a resistência do demandado. Ou seja, o juiz pratica um ato processual (=demonstração/confirmação de fatos) que o sistema de enjuizamento reserva à iniciativa da *parte* como verdadeiro ônus.

Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da *verdade real* seria um *dever* do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença “justa”; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve *atuar* de maneira a suprir as eventuais deficiências técni-

¹⁰³ Ver, por todos, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial, tomo I (Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pp. 51-53. No Brasil, o trabalho clássico amparando dogmaticamente a prova de ofício é do hoje professor titular da Universidade de São Paulo (USP), JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do*

cas da parte; iv) quando o juiz determina a prova de ofício não sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (=princípio da aquisição).

Essa postura oficiosa encontra suas raízes num sistema de enjuizamento de caráter inquisitivo (=inquisitorial system), onde a figura do juiz avulta com proeminência por sobre as partes, e seus interesses dispositivos, e revela uma concepção altamente publicística do processo civil, o que no particular (=caráter público do processo) não discordo.

Na perspectiva da doutrina brasileira, é quase uma heresia afirmar que o juiz do processo civil NÃO pode exercer poderes instrutórios de ofício. E até há pouco tempo eu não ousaria discordar dessa proposição. Aprendi que ela é correta pela mesma doutrina que jamais me ensinou que essa possibilidade esconde um indizfarcável *arbitrio* judicial (para bem, ou para o mal) e que tem suas raízes históricas fundadas na hipertrofia de que FRANZ KLEIN dotou o CPC austríaco no final do séc. XIX, como chamou a atenção FRANCO CIPRIANI, em 1995, em seu hoje clássico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*. Neste texto, o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) afirmou que “o *Regulamento de*

juiz, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 3ª

Klein teve longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com ‘mão dura’, ao mesmo tempo em que pretendeu ‘amansar’ os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento”¹⁰⁴. CIPRIANI vai além e “adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-fascismo daquele país, bem como a influência desse CPC austríaco em outros diplomas que se lhe seguiram”¹⁰⁵. Aliás, na Exposição de Motivos do CPC brasileiro de 1973, o então Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID relata essa mesma influência.

Dentre outros assuntos, a temática dos amplos poderes instrutórios do juiz no processo civil (=prova de ofício) gravita no centro do aquecido debate “ativismo judicial *versus* garantismo processual”, de grande impacto por toda a América espanhola, e com alguma repercussão na Espanha, Itália e Portugal, mas muito pouco – ou quase nada – tratado pela doutrina brasileira. Em suma, discute-se se o juiz com excesso de poderes tem legitimidade diante da cláusula do *devido processo legal*, que tem como uma de

suas consequências a asséptica *imparcialidade* do órgão jurisdicional.

Em linhas gerais, o debate *ativismo versus* garantismo gira em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo¹⁰⁶ (*inquisitorial system* e *adversarial system*)¹⁰⁷ –, iii) do papel do juiz e das partes na

¹⁰⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁶ Os sistemas inquisitivo e dispositivo também são identificados pela doutrina como sistema publicístico e sistema privatístico, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoria General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. O professor da Universidad de Lima ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do sistema publicístico: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (=os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do sistema privatístico: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

¹⁰⁷ Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.” em *Temas de direito processual civil (nona série)*, pp. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 107-132. Importante destacar que o *adversarial system* foi enfraquecido no processo civil inglês após a entrada em vigor das *Civil Procedural Rules* (=o CPC inglês) em abril de 1999, já que “Depois das CPR, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso. Isso porque os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão dos casos”, cf. NEIL

edição, *passim*.

¹⁰⁴ Cf. meu *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*, publicado na *Revista MPMG Jurídico*, n° 18, out/nov/dez de 2009, pp. 8-15, publicação oficial do Centro de Estudos do Ministério Público de Minas Gerais.

relação processual, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Na atualidade, o debate *ativismo versus garantismo* divide a doutrina do processo civil da América *hispano-parlante* e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” – que acaba por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Para uma rápida compreensão daquilo que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente do juiz para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao magistrado um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valo-

ANDREWS, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48. Por fim, com enfoque crítico do *adversary system* norte americano, vinculando sua estrutura aos postulados do liberalismo, ver MICHELE TARUFFO, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana – El modelo americano dos procesos de connotación dispositiva*, Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp.237-275.

rização da categoria fundamental *processo*, e consequentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli ao direito processual civil¹⁰⁸, e como afirma ADOLFO ALVARADO VELLOSO, a utilização do substantivo *garantista* para denominar

¹⁰⁸ Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO: “O autodenominado *garantismo processual civil* – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apoia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (traduzi livremente), em *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, nota “9”, com possibilidade de acesso na web em: www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. Nessa mesma nota “9”, PEYRANO lembra outro estudo que liga as ideias do *garantismo processual* ao *garantismo* de FERRAJOLI, do professor da Universidad de Lima JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano 2006, n°9, p. 07 e ss.

essa corrente de pensamento foi inspirada, de fato, no garantismo do qual fala o professor italiano.¹⁰⁹

Tendo em vista – ao menos assim me parece – que NÃO é possível isolar as posturas *ativistas* e *garantistas* de forma maniqueísta¹¹⁰, é de fundamental importância a conjugação dos respectivos valores para que as manifestações do juiz em sede de procedimento probatório estejam de acordo com o poder que lhe é próprio (=jurisdição) e com a garantia de que esse poder será exercido dentro de critérios democráticos previamente estabelecidos (=devido processo legal).

Cada vez mais venho pensando que a investida do juiz no sentido de determinar certo meio de prova de ofício, ainda que tecnicamente possível para que o Poder Judiciário cumpra sua missão constitucional de bem julgar, deve vir acompanhada pela garantia, voltada às partes demandantes, de que o juiz que assim agiu se

afaste – também de ofício – para que a sentença a ser prolatada o seja por outro juiz funcionalmente imparcial. É por isso que acredito que o *procedimento judicial funcionalmente escalonado* – como acima referido – seria uma alternativa a ser pensada. Nesse sentido, o juiz que dirigisse a instrução, e eventualmente determinasse a prova de ofício, NÃO poderia proferir a sentença sobre o *meritum causae*.

Com a técnica do *procedimento escalonado*, o sistema de enjuizamento poderia oferecer ao jurisdicionado a *garantia concreta* de que o juiz que determinou a prova de ofício, ou mesmo aquele que tenha determinado uma tutela de urgência, não seria o mesmo a prolatar a sentença definitiva a resolver o litígio. Ou, em outras palavras, o juiz da sentença seria um juiz *funcionalmente* imparcial por não ter participado das etapas que precedem o julgamento do mérito. A imparcialidade judicial, a propósito, está garantida nas mais diversas Constituições contemporâneas e nas regras gerais do direito internacional público (Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo).

PROVA DE OFÍCIO, IMPARCIALIDADE E IMPARTIALIDADE

¹⁰⁹ ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão e que quer significar que acima da lei, com minúscula, sempre está a Lei, com maiúscula (=a Constituição)*. Em outras palavras: *é guardar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica*.” (traduzi). Cf., “*El garantismo procesal*”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

¹¹⁰ *Sustentando tratar-se de posturas dogmáticas inconciliáveis*, ALVARADO VELLOSO, *Sistema procesal – Garantía de la Libertad*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 191-197. V, ainda,

OMAR A. BENABENTOS, *Teoría unitaria del derecho procesal*, Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 90.

Não tenho dúvida de que os defensores da prova de ofício determinada pelo mesmo juiz que deva prolatar a sentença sustentam esta possibilidade visando um julgamento o mais correto possível, de acordo com a melhor reconstituição fática que se puder realizar no processo. Eu também pensava exatamente assim até há pouco tempo, e confesso que continuo pensando.

Mas após algumas reflexões motivadas pelo *garantismo processual*, eu pergunto: - é crível supor que o juiz permanece com sua imparcialidade absolutamente inabalada quando determina a prova de ofício, realizando, portanto, atividade que seria própria da *parte*, e, na sequência, profere sentença com base na prova por ele determinada e colhida? Seriamente não creio que a resposta a essa indagação possa ser SIM.

Por melhor que seja a intenção do juiz quando se vale de seus poderes instrutórios *ex officio*, o que passa é que essa sua postura *ativa* foi fomentada pela *dúvida* quanto à existência do *fato* em que se funda o direito pretendido ou resistido. Se, ao contrário, fosse a *certeza* a invadir o espírito do juiz, certamente não determinaria a produção da prova de ofício. E se há *dúvida* quanto a um dos lados da controvérsia é porque ao juiz tocou a *certeza* que decorre da *parcialidade* que o devido processo legal lhe impede invada o juízo próprio de sua função.

Se diante da realidade fática construída no processo o juiz não se convenceu do *fato constitutivo* do direito alegado, a única conclusão a que se pode chegar é que ele – juiz – tem a CERTEZA de que o direito postulado não pode ser concedido. E diante da vedação do *non liquet* deverá aplicar a regra de julgamento¹¹¹ – e não de prova! – prevista, no caso brasileiro, no art. 333 do CPC.¹¹²

Por outro lado, se a CERTEZA de que o direito não pode ser concedido decorre da insuficiência do procedimento probatório em demonstrar o *fato constitutivo* do respectivo direito, e, nesse caso, o juiz se vale de seus poderes instrutórios – determina interrogatório da parte, ou oitiva de testemunhas referidas, ou determina perícia –, então é por que a sua CONVICÇÃO lhe sugere que a parte a quem cabia cumprir o ônus da demonstração do respectivo *fato* não o fez adequadamente, e isso denota uma irrecusável *parcialidade* na condução do procedimento

¹¹¹ Assim também o considera, dentre outros, DEVIS ECHANDÍA: “El aspecto fundamental de la evolución de esta teoría en el derecho moderno consiste, como observa Micheli, em considerarla como regla de juicio para el juez, ya que Le señala a éste la forma de decidir a falta de prueba suficiente que le otorgue certeza”, *op. cit.*, p. 196.

¹¹² “La carga de la prueba incumbe: I) Al actor en lo que refiere al hecho constitutivo de su derecho; II) Al demandado, en lo que refiere a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del actor.”, conforme tradução feita por ALVARADO VELLOSO em suas anotações o Compendio... de DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 210.

probatório. Nem mesmo o useiro argumento de que “o juiz não sabe a quem a prova poderá aproveitar” (=princípio da aquisição) é capaz de reverter a lógica de que sua necessária e constitucionalmente imposta *imparcialidade* foi abalada.

A *imparcialidade* judicial pode ser vislumbrada numa dupla dimensão: *subjetiva* e *funcional*. A manutenção da *imparcialidade subjetiva* é utópica e não há terapêutica processual a contorná-la; cada um de nós tem seus pré-conceitos a respeito dos fatos da vida, sua ideologia, suas preferências, e por certo o juiz ao se deparar com o *juízo* de um caso concreto já sabe como resolverá o mérito. Por outro lado, a *imparcialidade funcional* deve ser garantida e a terapêutica está prevista no sistema processual através da *exceção* de impedimento ou suspeição (CPC brasileiro, art. 312-314). Tanto é verdade que o processo, como *fato jurídico* que é, poderá produzir uma coisa julgada que adentre no *plano de validade* maculada pelo vício da *parcialidade* quando o respectivo *juízo* for proferido por juiz não imparcial. Por isso mesmo o sistema processual prevê a sanção de anulabilidade que poderá ser invocada pelo prejudicado para a *desconstituição* da *res judicata*, que no caso do Brasil se opera através da denominada *ação rescisória* (CPC, art. 485, I ou II).

IMEDIAÇÃO COMO FATOR DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JUIZ

Um dos dogmas históricos do processo é a *mediação* e a consequente *identidade física* do juiz. Essas categorias tornaram-se verdadeiros *princípios processuais*. A *mediação* assenta-se no imperativo de que a observação *ictu oculi* na colheita da prova oral é mais eficiente para que o juiz perceba a sinceridade, o vacilo, os temores etc. daqueles que diante dele se apresentam para tal fim. Por sua vez, a *identidade física* impõe o mesmo juiz – pessoa física – que acompanhe todas as suas etapas procedimentais até a prolação da sentença de mérito.

Chiovenda dá notícia de que a – chamo-la assim – *técnica da mediação* surgiu como consequência natural do processo civil romano, que era de caráter eminentemente oral¹¹³. Vem dessa época a recomendação do Imperador Adriano para que os juízes interro-

¹¹³ No mesmo sentido, afirmando que *mediação* e *oralidade* funcionavam como verdadeiros princípios do processo civil romano, MAX KASER: “Entre os **princípios processuais** que nominam o Direito Processual Romano refiram-se: a) A IMPARCIALIDADE DO JUIZ, garantida inicialmente pela intervenção das partes na escolha do juiz e na época imperial pela apelação ao Imperador; b) a soberania das partes no andamento do processo; c) a ORALIDADE, a IMEDIAÇÃO, e a PUBLICIDADE do julgamento; d) a AUDIÇÃO DE AMBAS AS PARTES.”, cf. *Direito Romano Privado*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 428.

gassem diretamente as testemunhas, pois “o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costumam ler”¹¹⁴ (fr. 3, § 3º, Dig. de test.).

É também de Chiovenda a constatação de que o processo oral romano era concebido como um processo no qual o juiz da decisão deveria ser “àquele que recolhe os elementos de sua convicção, quer dizer, o que interroga as partes, as testemunhas, os peritos, e examina por seus próprios olhos os objetos e lugares da controvérsia (princípio da *imediação*). A fim de que isso se torne possível, impõe-se que o juiz seja a mesma pessoa física do princípio ao fim do tratamento da causa (princípio da *identidade física*)”.¹¹⁵

A partir do século XII, e diante da formação do *processo comum* (=processo romano + processo canônico + processo germânico), a mentalidade formalista germânico-longobarda não aceitava com facilidade a ideia de um julgamento livre decorrente da observação e da crítica pessoal do juiz, fundada numa autonomia individual absoluta. É dessa época que surge a necessidade de vinculação do juiz a um sistema probatório apriorístico e formal que redundou naquilo que passou para a história do processo

conhecido como *sistema da prova legal*¹¹⁶. Aos poucos a oralidade foi sendo substituída pela escritura e mesmo o processo primitivo germânico-longobardo, cuja oralidade era fruto da ignorância dos respectivos povos, incorpora na sua dinâmica a escrituração através de atas e a vinculação do juiz a elas, consagrando o *sistema da prova legal* sobre a *livre convicção* que caracterizava o procedimento probatório do processo romano oral.¹¹⁷

PÉREZ RAGONE ressalta que também no século XII o *processo comum*, naquilo que dizia respeito ao seu perfil *romano-italico*, exerceu certa influência na formação do processo civil medieval inglês com a chegada na Inglaterra do jurista longobardo Vaccarius, no ano de 1143. Este trouxe consigo um vasto conhecimento do direito romano derivado das quatro partes da codificação do *Corpus Juris*, bem como da dinâmica do procedimento longobardo. Sob o reinado de Enrique II (1133-1189), somando à influência de Vaccarius, o processo medieval inglês mudou radicalmente seu paradigma para deixar de lado o anterior modelo processual anglo-saxão que marcava o processo

¹¹⁴ Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 160.

¹¹⁵ *Idem*, pp. 159-160.

¹¹⁶ Quanto ao histórico dos sistemas valorativos da prova: i) *livre convicção*, ii) *prova legal ou tarifada*, iii) *retorno à livre convicção*, e iv) *persuasão racional*, cf., com muito proveito, MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, São Paulo: Editora Saraiva, 1983, 5ª edição, pp. 389-446.

¹¹⁷ Sempre, CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 169-179.

como algo de interesse exclusivo das partes – que só a elas interessava – e com a participação do juiz desempenhando um papel bastante passivo no curso do procedimento¹¹⁸. Nota-se que o movimento foi inverso do ocorrido no continente. Na Inglaterra, as regras do processo oral romano que de início vigoravam cederam espaço às diretrizes formalistas do processo germânico, sendo que a razão para isso foi que durante os séculos V e VI, a ilha britânica recebeu forte imigração de povos bárbaros de ascendência germânica-teutona que impuseram suas instituições jurídicas em substituição ao então direito romano vigente. Esse movimento migratório bárbaro teve sequência com a chegada dos *daneses* durante os séculos IX e XI, que trouxeram seu direito consuetudinário e por isso mesmo oral, chegando posteriormente os também germânicos anglo-saxões que acabaram por sucumbir diante dos normandos em 1066, estes, os novos conquistadores da ilha.¹¹⁹

Com o movimento cíclico da História, chegou o final do século XIX, e com ele foram resgatadas algumas diretrizes reputadas fundamentais. E mais uma vez Chiovenda lembra que

¹¹⁸ ALVARO PÉREZ RAGONE, “*Writ y actio en el surgimiento y conformación del proceso civil inglés medieval*”, em *Avocatus (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima)*, agosto de 2008, em especial pp. 135-140. Publicado também na *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, n° 29/2007 (Valparaíso/Chile).

¹¹⁹ PÉREZ RAGONE, *op. cit.*, pp. 138-139.

a “renovação do método científico, que avassalando, progressivamente, o domínio das ciências jurídicas, acabou por devolver ao juiz a sua função de investigador da vontade concreta da lei com apoio na *observação dos fatos*, reabilitando o princípio da *livre convicção*. Como expediente para a realização prática desse princípio, a doutrina preconizou (MÁRIO PAGANO, na Itália; MITTERMAYER, na Alemanha; BENTHAM, na Inglaterra) a volta ao *processo oral*.”¹²⁰

Nos processos contemporâneos, *escritura e oralidade* se interpenetram, sendo que o procedimento probatório, enquanto etapa autônoma no curso do processo jurisdicional, sempre é caracterizado pela oralidade, pela imediação e pela identidade física do juiz.

Nessa dinâmica é possível que se conclua, com base em elementos intuitivos e empíricos decorrentes da observação pragmática do processo, que a imediação e a identidade física constituem-se em verdadeiro “tiro pela culatra” da *imparcialidade*. Em outras palavras: a imediação contamina o juízo da pessoa física (=juiz) responsável pela prolação da sentença de mérito.

O juiz, devido a sua elementar condição humana, e como sujeito integrante da oralidade própria do procedimento probatório, invariavelmente vai sendo tocado pelas impressões subjetivas que as atitudes dos depoentes

¹²⁰ *Op. cit.*, pp. 178-179.

(=partes, testemunhas, peritos) lhe sugerem. E como reflexo da inquisitividade que marca a atuação do juiz no curso da colheita da prova, suas impressões pessoais influirão no modo com que ele – juiz – conduzirá a etapa de confirmação dos fatos (=instrução) e conseqüentemente no julgamento de mérito que, imediatamente, este mesmo juiz deverá prolatar.

A condição humana – e o juiz dela não escapa – faz com que cada um de nós seja influenciado pelos acontecimentos que se passam ao nosso redor. A colheita da prova oral vai construindo no ânimo do juiz certas convicções decorrentes de suas impressões subjetivas de participante ativo da oralidade em que se funda o procedimento probatório. Nesse contexto é possível que o juiz se compadeça, ou que se irrite, ou que acredite, ou que desacredite, ou que se emocione etc., com a versão oral que o depoente lhe apresenta no momento de sua oitiva. O mais habilidoso dos mentirosos poderá fazer com que sua inverídica versão seja aceita pelo juiz como a mais sincera das verdades; da mesma forma que a verdade externada oralmente pelo pusilânime poderá ser recusada pelo juiz por entendê-lo o mais venal dos mentirosos. *E così via...*

Todos esses fatores externos serão captados pela suscetibilidade natural da condição humana, a não ser que se entenda – o que seria uma sobreposição da fé sobre a experiência –

que o juiz é um ser dotado de uma intangível isenção emocional quando do exercício da jurisdição. Isso, efetivamente, não ocorre. Devemos acreditar – e eu acredito – nos nossos juízes. Mas sua condição humana gera uma falibilidade que deve ser contornada pelo devido processo legal.

Desse modo, a participação do juiz no procedimento probatório fará com que seu juízo acerca dos fatos, invariavelmente, vá se formando antes do momento específico em que este mesmo *juízo* deva ser externado, é dizer, no ato da prolação da sentença. É aqui, no ato da sentença, o momento em que a imparcialidade – como garantia constitucional – deve atingir o ápice de sua plenitude, de modo a fazer com que a resolução do mérito (=expressão de poder) seja produzida nos quadrantes daquilo que dispõe a Constituição.

Por isso, a *prova de ofício*, a *imediação* e a *identidade física* entre o juiz da instrução e o juiz da sentença atentam contra lógica da imparcialidade que deve orientar o produto da atuação do Poder Judiciário.

E para que seja viabilizada a concretude da dimensão constitucional da jurisdição que às vezes imporá a atuação dos poderes instrutórios de ofício, e a conseqüente imediação na oralidade que caracteriza o procedimento probatório, só há uma solução viável: o juiz que instruiu, tendo

ou não determinado algum meio de prova de ofício, não poderá ser o mesmo juiz a resolver o mérito.

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA IGUALDADE

Creio seja possível a combinação de três princípios que incidem no processo para que se conclua, ao lado da possibilidade de o juiz determinar a prova de ofício como exercício de seu poder, que é dever funcional daquele que assim agiu de, também de ofício, afastar-se do processo para que outro juiz profira a sentença de mérito. Estes princípios são: o da *cooperação*, da *boa-fé objetiva* e o da *igualdade*. Examinemos brevemente cada um deles.

O *princípio da cooperação* – ou da *colaboração*¹²¹ – reforça a importância do contraditório como técnica de concretização da dialética do processo e impõe um alto grau de comprometimento do juiz para com as *partes*, e destas em relação àquele, de modo a propiciar que o fruto da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário seja apto a resolver adequadamente o lití-

¹²¹ Cf. EDUARDO OTEIZA, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba, o probare o soccombere? Es posible plantear un dilema absoluto?”, em *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, p. 134. Publicado também em *Los hechos en el proceso civil*, coord. AUGUSTO MORELLO, Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 79 e ss.

gio que lhe foi submetido. Nesse sentido merece destaque o processo civil português que expressamente positivou o *princípio da cooperação* no art. 266 do respectivo CPC, *in verbis*: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

A magnitude do *princípio da cooperação* redireciona o papel do juiz e das partes no processo e os coloca numa posição *paritária*, traduzindo-se na ideia de que indivíduo, sociedade civil e Estado-juiz atuem de modo a ocupar uma posição coordenada. Logo, a figura do juiz não deve preponderar sobre a das partes no modelo cooperativo de processo. Ao contrário, na dialética inerente ao contraditório, juiz e partes – estes, na dimensão natural da respectiva *parcialidade* – exercem suas incumbências processuais num ambiente de cooperação¹²². Ademais, de modo a potencializar um maior aproveitamento possível do processo, evitando ou dificultando a decretação de nulidades processuais, ou mesmo a prolação do juízo de inadmissibilidade do processo, o *princípio da cooperação* impõe três deveres fundamentais ao juiz: i) dever de esclarecer as partes, ii) dever de consultá-las para que

¹²² DANIEL MITIDIEIRO, *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 101-103.

supram falhas sanáveis antes de extinguir o processo sem apreciação do mérito, e iii) dever de prevenir, apontando deficiências supríveis e condutas processuais irregulares.¹²³

O *princípio da cooperação*, quando bem compreendido pelos atores do processo, impede a proeminência do juiz sobre os interesses e ônus processuais das partes, preservando-se, inclusive, o *princípio dispositivo* que orienta o processo civil.

Por sua vez, o *princípio da boa-fé objetiva* impõe que todos os sujeitos processuais atuem no curso do procedimento absolutamente premidos pela lealdade e pela probidade processual. Insisto: todos os sujeitos processuais devem obrar com *boa-fé objetiva*, inclusive o juiz. Há posicionamento doutrinário, contudo, que parece restringir a boa-fé (=lealdade e probidade) apenas ao âmbito da atuação processual das partes.¹²⁴

Fato jurídico que é, o processo impõe aos seus participantes que ajam com a mesma boa-fé objetiva que as modernas diretrizes do direito privado impõem às partes contratantes.

¹²³ FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*, vol. I, Salvador: Ed. Juspodium, 2008, 9ª edição, pp. 58-62.

¹²⁴ Com muito proveito, mas, como dito, sem estender o dever de boa-fé ao juiz, cf. OSVALDO GOZAINI, “El principio de la buena fe em el proceso civil”, em *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, pp. 91-114.

Significa dizer que ao *standard* subjetivo da relação processual (=juiz, demandante e demandado) impõe-se uma atuação que seja apta a não criar embaraço ou surpresa entre os sujeitos processuais no tocante aos respectivos ônus e poderes.

Vem do direito alemão a compreensão de que a *cláusula da boa-fé*, muito embora esteja positivada no ambiente do BGB¹²⁵ (=Bürgerliches Gesetzbuch; Código Civil alemão), deve ser vislumbrada como cláusula geral de domínio de todo o ordenamento jurídico, pressupondo um vínculo existente, não necessariamente contratual, entre quem invoca o princípio e quem a ele se submete¹²⁶. No Brasil, a boa-fé objetiva está prevista no Código Civil como dispositivo atinente às Disposições Gerais dos contratos (art. 422). Mas de uma forma geral, a doutrina reconhece sua operabilidade em qualquer tipo de relação jurídica, de ordem pública ou privada¹²⁷. Constitui-se a boa-fé objeti-

¹²⁵ BGB, § 242, como cláusula ou princípio geral do direito; BGB, § 157, especificamente em relação aos contratos.

¹²⁶ HARRIET CHRISTIANE ZITSCHER, *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, pp. 102.

¹²⁷ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados”, em *Aspectos controvertidos do novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves* (coords. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

va, portanto, verdadeiro princípio geral de direito.

Portanto, tendo o *princípio da boa-fé objetiva* operabilidade em todos os quadrantes do ordenamento jurídico, e sendo seu único pressuposto de incidência o vínculo prévio entre os sujeitos que eventualmente reclamem suas consequências, torna-se irrecusável que os três sujeitos que integram o *standard* da relação processual a ela devam obediência. Supera-se, portanto, eventual compreensão restritiva de sua incidência apenas quanto às *partes*.

Por fim, o *princípio da igualdade*, tal como o da *boa-fé objetiva*, é de ilimitado alcance por todo o ordenamento jurídico e, por consequência, também sobre o direito processual.

DEVER FUNCIONAL DE O JUIZ CONSIDERAR-SE SUSPEITO E DE AFASTAR-SE PARA NÃO JULGAR O PROCESSO

Mas diante da dúvida do juiz quanto aos fatos relevantes, somado ao compromisso constitucional do Poder Judiciário de viabilizar o *acesso à justiça*, qual a postura a ser adotada pelo órgão jurisdicional?

Penso que diante do estado de dúvida, deverá o juiz fazer valer a dimensão constituo-

nal da *jurisdição* e determinar de ofício a prova que lhe parecer necessária.

Mas, em sendo preciso compatibilizar o *processo* com a Constituição, e neste caso o juiz entender ser necessária a utilização de seus poderes instrutórios (v.g.: questões de família, criança e adolescente, benefícios previdenciários alimentares, direitos transindividuais, ou por qualquer outra – lamentável – falha na ampla defesa técnica), que então deles se valha e imediatamente após a colheita da respectiva prova aja com *boa-fé objetiva* e, também de ofício, declare-se suspeito (=parcial) por motivo íntimo, tal como lhe permite (=impõe!), por exemplo, o parágrafo único do art. 135 do CPC brasileiro¹²⁸. E assim, impelido pela *boa-fé objetiva* que invariavelmente impera no direito processual, dará sua contribuição ao *princípio da cooperação* para que a sentença a ser prolatada por seu substituto legal o seja de forma constitucionalmente legítima, sem o rompimento da imparcialidade.

Em exercício de simplificação: o juiz que determina a produção da prova de ofício não pode ser o mesmo a prolatar a sentença! Do contrário será o triunfo da *jurisdição* (=Poder) sobre o *devido processo legal* (=garantia).

¹²⁸ CPCbras, art. 135, parágrafo único: “Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

REPENSANDO O SISTEMA DE ENJUIZAMENTO: Sistema de Enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado) como método garantidor do devido processo legal

Tudo o que foi defendido até aqui poderia ser resumido dessa maneira: *o juiz da instrução e/ou da prova de ofício não poderá ser o mesmo da resolução do mérito*. Aliás, o mesmo pode ser dito em relação ao juiz que profere tutela antecipada no curso do processo (=o juiz da urgência não pode ser o mesmo da sentença). Essa dinâmica é necessária para que não se viole a imparcialidade decorrente da garantia do *devido processo legal*. Não se nega que é constitucionalmente importante a atuação do juiz de modo a fazer valer o seu poder, viabilizando que o Poder Judiciário julgue “bem” e adequadamente, de modo a operar a exata resolução do litígio. É imperioso, todavia, que se alcance esse resultado garantindo ao jurisdicionado todas as derivações do *devido processo legal*, tal como previsto constitucionalmente. E a imparcialidade é um desses imperativos.

Se nossa cultura processual deixa a sentença a cargo do mesmo juiz que dirigiu o procedimento probatório, e essa dinâmica, que vem desde o processo civil romano, passou para a

história como correta, é mister que se tenha presente que as Constituições da atualidade garantem ao indivíduo e à sociedade o direito fundamental à observância do *due process of law* em toda a sua dimensão.

Dessa maneira, é legítimo sustentar que o sistema de enjuizamento mais adequado ao modelo constitucional de processo da atualidade deva ser aquele onde as funções relevantes do juiz no curso do procedimento sejam compartilhadas entre mais de um juiz pessoa física. A missão de bem julgar é do *Poder Judiciário* e se faz concreta através de seus juízes. Mas não há qualquer regra constitucional que imponha deva ser o mesmo juiz a atuar em todas as etapas do procedimento. Ao contrário, se as constituições e os pactos internacionais estabelecem como valor fundamental a garantia do *devido processo*, onde o julgamento deva ser proferido por um juiz (=pessoa física) *imparcial*, não há nada que impeça que a providência de urgência, a direção do procedimento probatório e, por fim, a prolação da sentença definitiva seja gerida por juízes diferentes, de modo a se garantir que o Poder Judiciário atinja seu objetivo principal (=sentença de mérito) da maneira mais adequada às garantias constitucionais estabelecidas para o processo.

Em síntese, é o transporte do *checks and balances* para o ambiente do processo jurisdici-

onal, para que o poder dos representantes do Poder Judiciário seja diluído no curso do procedimento. Evita-se, como isso, a figura do juiz onipotente e dos riscos que invariavelmente o respectivo acúmulo de poder possa trazer ao jurisdicionado. Relativiza-se, portanto, o *arbitrio* judicial.

Creio seja possível nomear um sistema processual dessa natureza de *sistema de enjuizamento escalonado* ou, ainda, *procedimento judicial funcionalmente escalonado*. Aliás, o nome que se queira dar ao fenômeno processual assim concebido é pouco relevante. Sugiro essas denominações apenas como ponto de partida para reflexões mais precisas e aprofundadas.

E como seria seu funcionamento?

Simples. Divide-se o procedimento judicial voltado à formação da sentença de mérito de modo a se diluírem as funções do juiz (=pessoa física) no respectivo desenvolvimento.

Haveria a atuação de juízes diferentes para cada uma das mais relevantes etapas procedimentais, ou seja, um juiz para a *urgência*, um juiz para o *procedimento probatório*, e, finalmente, um juiz para o decreto da sentença definitiva. Nesse modelo, os juízes das etapas precedentes ao momento do julgamento de mérito poderiam exercer na plenitude toda a dimensão de seu poder (=jurisdição), sem que lhes fosse imputado o vício da parcialidade. E isso já que

outro seria o juiz responsável pela sentença de mérito, estando com seu espírito livre das impressões *subjetivas* que as fases anteriores de urgência ou de instrução (=confirmação) acarretam à condição humana.

Raciocinemos a partir de um exemplo.

Iniciado o processo onde o demandante pede uma medida de urgência, com base nas regras prévias de competência a causa ficaria afeta a um determinado juiz da *urgência* e também ao juiz responsável para a prolação da sentença de mérito. O juiz da urgência examinaria esta pretensão deferindo-a ou indeferindo-a e, na sequência, remeteria os autos ao juiz da sentença. Havendo necessidade de ser iniciado o procedimento probatório para a confirmação de fatos controvertidos, então o juiz da sentença remeteria os autos ao juiz da instrução, que conduziria a etapa instrutória com imediação e, se necessário, ainda poderia determinar a prova de ofício. Encerrado o procedimento probatório, os autos retornariam ao juiz da sentença que, de forma absolutamente imparcial, já que não presidiu as etapas anteriores, julgaria o mérito da causa resolvendo o litígio, aí sim, da forma mais justa possível. Tenho para mim que esse modelo inauguraria o verdadeiro *processo justo* reclamado pela doutrina. Todas essas etapas, obviamente, também controladas através de recurso.

Creio, ainda, que haveria um aumento da produtividade dos juizes, e isso conduziria também à concretização do *princípio da razoável duração do processo* e da *celeridade*, pois cada um dos juizes responsáveis pelas respectivas etapas ficaria encarregado de concentrar suas energias na conclusão da fase que lhe compete.

Penso, por fim, que não seria o caso de se objetar que “a escassez do número de juizes inviabilizaria esse modelo de processo”. Basta reorganizar suas competências, estabelecendo-as na perspectiva de um procedimento funcionalmente escalonado, aproveitando-se os juizes de que já se dispõe.

E, em definitivo, essa reengenharia no modelo processual organizado com base num *procedimento funcionalmente escalonado* seria possível através da alteração das competências dos órgãos judiciais. No caso do Brasil, isso seria permitido através da competência que a Constituição da República confere ao Estado-membro para legislar sobre *procedimento* e organização judiciária (CR, art. 24, XI). Em outros países da América Latina, através da autonomia e da competência que as respectivas constituições conferem às Províncias, como é o caso da federação Argentina. Nos países organizados como Estados unitários, como a Colômbia e o Chile, por exemplo, através da adaptação de

seus códigos de processo ou mesmo através de lei extravagante.

FECHAMENTO

Os sistemas de enjuizamento dos Estados Constitucionais contemporâneos devem ser organizados e harmonizados na perspectiva dos valores fundamentais *jurisdição* (=Poder) e *devido processo legal* (=Garantia). As questões dogmáticas a esse respeito estão na pauta de discussão do debate ativismo judicial *versus* garantismo processual e não podem ser tratadas de forma maniqueísta.

Dessa maneira, temas como a *prova de ofício* devem ser repensados de forma que a respectiva atuação do juiz se concretize num ambiente garantido pelo devido processo legal, o que não ocorre nos modelos processuais onde, por razões históricas que remontam à oralidade que marcou o processo civil romano, o mesmo juiz pessoa física preside todas as etapas do procedimento voltado à decretação da sentença de mérito.

Nesse panorama, o sistema de enjuizamento mais consentâneo com as categorias fundamentais da *jurisdição* e do *devido processo legal* seria aquele onde o procedimento fosse desenvolvido por etapas – escalonado, portanto –, de modo a evitar que o mesmo juiz concentre

em suas mãos o *poder* de deferir a tutela de urgência, de presidir ativamente o procedimento probatório e, ao final, decretar a sentença de mérito, e tudo após a contaminação subjetiva que a *imediação* acarreta à condição humana.

Daí a proposta do texto: criar um sistema de enjuizamento de etapas funcionalmente escalonadas onde a dimensão do poder jurisdicional seja compartilhada na mão de juízes diferentes daquele que, ao final do procedimento, ficará encarregado de prolatar a sentença definitiva de mérito. Seria uma técnica para se garantir a *imparcialidade judicial* e outros valores de igual importância prometidos pelo *due process* estabelecido nas mais diversas constituições e pactos internacionais.

Em suma, um *sistema de enjuizamento escalonado* ou, ainda, *procedimento funcionalmente escalonado*, seria uma alternativa legítima a ser pensada para livrar o processo de arbítrios e garantir a plenitude das salvaguardas constitucionais.

Fica aí a minha sugestão.