

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

Os poderes probatórios do juiz na visão de Jordi Ferrer Beltrán: contribuições para o estagnado debate na doutrina brasileira¹

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Os poderes probatórios do juiz na visão de Ferrer Beltrán. 3. Os poderes probatórios do juiz no processo civil brasileiro: aplicação das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán. 4. Encerramento: notas sobre a imparcialidade do juiz no exercício dos poderes probatórios. Referências.

1. Introdução

A contribuição do professor Jordi Ferrer Beltrán para o estudo do raciocínio probatório é imensa e fundamental, não só por meio de seus muitos escritos, mas também por suas constantes participações acadêmicas em muitas cidades de vários países, numa espécie de cruzada doutrinária, e sobretudo por haver tornado Girona um centro de excelência para encontro de estudiosos.

Na doutrina brasileira, sua influência já é considerável e a cada ano estudantes se dirigem a Girona para períodos de pesquisa, especialmente o "*Máster en Razonamiento Probatorio*", e todos retornam com muitas reflexões, renovado estímulo para pesquisa, dúvidas, perguntas, sendo que a principal delas é o porquê de não haver ido antes, e apenas duas certezas: 1) a de que houve absoluta transformação na forma como passa a estudar os temas probatórios; 2) e a de que não se vai a Girona apenas uma vez.

Com as publicações de seus livros no Brasil,² certamente o estudo do raciocínio probatório modificar-se-á intensamente e há expectativa que ao menos se amplie a crítica sobre a predominância de um modelo subjetivista que ainda grassa na doutrina e na jurisprudência.

Há várias possibilidades de estudos a partir dos textos de Ferrer Beltrán, já que os mais relevantes assuntos de raciocínio probatório encontram subsídios centrais em seus estudos e, dentro dessa vasta paisagem temática, o recorte escolhido se dá

¹ Texto originalmente publicado no livro *Estudios sobre Razonamiento Probatorio: un homenaje a Jordi Ferrer Beltrán*. CEJI/UBIJUS, Cidade do México, 2023.

* Pós-Doutor pela UFBA. Doutor pela PUC/SP. Mestre pela PUC/SP em Direito Processual Civil. Mestre em Raciocínio Probatorio (*Universitat de Girona*, Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² Cf. a coleção "Raciocínio Probatorio", coordenada por Vitor de Paula Ramos e publicada pela editora JusPodivm.

quase como uma escotilha doutrinária, já que o tema de poderes probatórios do juiz não constitui seus estudos mais famosos nem foi objeto de tratamento monográfico. Justifico sucintamente a escolha, além da óbvia necessidade da delimitação exigida editorialmente: 1) os poderes probatórios do juiz se relacionam com todos os temas centrais do raciocínio probatório e da teoria do processo (a rigor, pode ser abordado por várias áreas do direito), de modo que abordar esse assunto significa fazer referência à integralidade dos estudos de Ferrer Beltrán; 2) a forma como o tema é tratado especificamente em dois trabalhos de Ferrer Beltrán me parece especialmente feliz, já que revela objetivamente a complexidade do tema e mostra como é possível – e necessário – evitar o maniqueísmo que acabou se criando na doutrina, especialmente a brasileira,³ além de revelar que o modo como concretamente se dá a política legislativa é imprescindível para verificar a correção da participação do juiz no processo; 3) o debate brasileiro sobre os poderes probatórios – ou instrutórios, como se usa mais frequentemente – é intenso e a produção doutrinária é constante, mas me parece muito limitado e estagnado, essencialmente maniqueísta e reduzido à produção de ofício de meio de prova; 4) por tudo isso, há muito potencial para que o pensamento de Ferrer Beltrán, também nesse assunto, auxilie e influencie na evolução da discussão dos poderes probatórios do juiz.

O presente artigo, portanto, seguirá com a exposição preponderantemente descritiva das ideias de Ferrer Beltrán e no tópico seguinte os mesmos assuntos sejam cotejados com a legislação processual civil brasileira e com alguma jurisprudência, cabendo assinalar que as referências bibliográficas serão sucintas, apenas com menção de algum estudo de referência em que se encontrem indicações complementares, já que a ideia é a ênfase nos estudos do homenageado, em cujos trabalhos, a propósito, sempre há profícua indicação de bibliografia.

2. Os poderes probatórios do juiz na visão de Ferrer Beltrán

Antes da sucinta apresentação das ideias do autor sobre o tema, é imprescindível situar o raciocínio probatório no contexto da concepção racionalista,⁴ que, na síntese de Ferrer Beltrán, apresenta como notas essenciais (a) a valoração da prova a partir do método de corroboração e refutação de hipóteses, (b) opção por uma imediação limitada do princípio da imediação,⁵ (c) forte exigência de motivação sobre os fatos e (d) defesa de sistema de recursos que possibilite amplo controle da decisão.⁶ A essência desta concepção é retirar a convicção subjetiva do julgador como componente

³ Como a intenção deste artigo é essencialmente estudar textos de Ferrer Beltrán, não é adequada a profusão de indicações bibliográficas outras, mas, ao mesmo tempo, não se pode deixar de indicar alguma referência para eventual consulta; a fim de conciliar essas duas situações, apenas remeterei a um trabalho anterior de minha autoria (“A atividade probatória do juiz”, Revista do Ministério Público, nº 53, 2014, p. 200, nota 49), em que há suficientes referências bibliográficas brasileiras e o trabalho está disponível com acesso livre: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-53/artigo-das-pags-187-211>.

⁴ Cf. ACCATINO: 2019. TWINING: 2022. FERRER BELTRÁN: 2021.

⁵ Especificamente sobre esse ponto, FERRER BELTRÁN: 2017c, p. 3.

⁶ FERRER BELTRÁN: 2021, p. 96. Do mesmo autor, reforçando a ideia racionalista, mas enfatizando a necessidade de padrões probatórios para o controle objetivo e intersubjetivo da decisão, refinando as

do raciocínio probatório.⁷ Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a “criação” do resultado do processo pelo juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provada, nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o “destinatário” do resultado da instrução processual. Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva.⁸ Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também não que entender que todo enunciado processual é verdadeiro, numa evidente posição solipsista sobre o tema. Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do juiz traz um sem-número de problemas e inevitavelmente também afeta o tema dos poderes probatórios que, sem se submeter a balizamentos legais e ao contraditório, pode se resumir apenas em demonstração absoluta de poder. Uma das características da concepção racionalista da prova é a relação entre a prova e a verdade⁹ e, nesse sentido, o primeiro ponto que se pode explorar da irracionalidade do sistema sobre determinado meio de prova é sua ilicitude. A assunção do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo tem um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico, temos que desenhar o procedimento de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.¹⁰ Ainda nesse âmbito introdutório ao modelo racionalista, há que se mencionar o direito à prova, cujos elementos são:

ideais expostas no livro antes citado, é fundamental a leitura de *Prova sem Convicção* (tradução de Vitor de Paula Ramos), editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

⁷ A depender da visão sobre o raciocínio probatório, “convicção subjetiva” pode ser visto como uma tautologia, mas preferimos essa expressão para deixar bem clara a ideia em um contexto em que prevalece a concepção persuasiva da prova, cuja proeminência doutrinária vem sendo fortalecida até mesmo com a estranha empolgação com algumas ideias sobre direito e economia e também psicologia, além das novas tecnologias e a aplicação jurídica. O que importa neste texto, porém, é marcar definitivamente essa ideia do racionalismo probatório e sobre o tema é incontornável o livro de Ferrer Beltrán: *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021b.

⁸ FERRER BELTRÁN: 2017b.

⁹ Para Accatino, duas teses sintetizam o racionalismo probatório: “a) *la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error*” (2019: ressaltando que permanecem controversias sobre o alcance e a dimensão dessas teses e de outras questões filosóficas entre os próprios racionalistas).

¹⁰ FERRER BELTRÁN: 2021b, p. 18, 22 e 66. A verdade é um fim institucional, mas obviamente não é o único, já que o processo não possui apenas critérios epistemológicos (cf. FERRER BELTRÁN. 2017b, *passim*, e 2017: 146/147; 2021: 101 e 114/126).

1) direito de a parte utilizar todos os meios de que dispõe para demonstrar os fatos relevantes: isso significa a prevalência do critério da relevância, ou seja, o direito de aportar provas que se relacionam com os fatos que fundam a pretensão da parte e que veiculem informações para o julgamento do caso, o que implica uma justificação de eventual déficit epistêmico imposto por filtros legislativos que excluam provas relevantes (exemplo: conflito de valores juridicamente protegidos e opção por sacrificar o direito à prova), bem como afeta os filtros concretos de admissibilidade utilizados pelo juiz, mas, ao mesmo tempo, não decorre disso uma admissibilidade absoluta;

2) direito à produção das provas no processo, ou seja, a admissão deve ser acompanhada de meios que possibilitem a efetiva produção da prova, o que inclui a observância do contraditório;

3) direito à valoração racional da prova produzida: admitida a prova, deve ser assegurada sua produção efetiva, o que compreende a participação em contraditório, e, uma vez produzida, a prova deve ser valorada racionalmente, isto é, por meio de fundamentação e de critérios intersubjetivamente controláveis, excluindo-se a ideia de convicção subjetiva do juiz, devendo ser analisada cada prova individualmente depois em conjunto;

4) decorre do elemento anterior o direito a uma decisão motivada (ou dever de motivação das decisões sobre provas), com análise objetiva dos elementos de prova produzidos e os fatos relevantes do processo.¹¹

Especificamente sobre os poderes probatórios, cuja compreensão exige a contextualização das linhas anteriores, Ferrer Beltrán inicia sistematizando as críticas principais que normalmente são opostas à atuação do juiz: 1) grosseira confusão ideológica e histórica, equiparando a outorga de poderes probatórios a sistemas políticos autoritários: ao abordar esse item, o autor expõe os modelos de processo e, a partir de classificação proposta por Mirjan Damaška,¹² passa a distinguir aquele em que prevalece o aspecto procedimental para a resolução dos conflitos daquele em que há uma atuação estatal ativista em que o direito é o mecanismo social apto a prevenir, gerir e solucionar conflitos, concluindo que a distinção fundamental está na escolha por *“trabajar mediante el mecanismo de las reglas generales y abstractas para abordar la prevención, gestión y resolución de conflictos genéricos supone poner el acento, en primer lugar, en la igualdad de soluciones para todos los conflictos individuales que pertenezcan a una misma clase”*.¹³ Ainda sobre modelos de processo, Ferrer Beltrán prefere estabelecer uma escala entre os extremos de um processo

¹¹ FERRER BELTRÁN, 2021: 82/88.

¹² Cf. também: TARUFFO: 2003, 2008, 2008b e 2009.

¹³ FERRER BELTRÁN, 2017: 142.

centrado no juiz e outro com ênfase nas partes,¹⁴ cabendo definir a repartição de poderes e funções entre os sujeitos a partir da premissa de que a finalidade da prova é a averiguação da verdade, o que, por sua vez, não significa uma vinculação entre maior qualidade no aporte de provas com o protagonismo judicial;¹⁵ 2) tratamento unitário dos poderes do juiz, normalmente reduzidos à capacidade de ordenar provas de ofício, sempre como objeto de rechaço. Nesse ponto, Ferrer Beltrán inclui um dado que me parece fundamental para a correta compreensão do tema e que é de especial importância para o debate no direito brasileiro, já que reduzir os poderes do juiz à determinação de ofício da produção de provas não requeridas pelas partes;¹⁶ 3) perda da imparcialidade como argumento contra os poderes probatórios, em que será necessário o exame de determinado ordenamento jurídico para verificar os delineamentos legislativos e práticas processuais, inexistindo previamente um comprometimento da parcialidade;¹⁷ 4) negação da busca da verdade como finalidade da prova no processo judicial: tema ao qual o autor dedica muitos estudos e, ao ser cotejado com o item 1, decorre daquele modelo processual, já que no processo devem ser produzidas as consequências jurídicas abstratamente previstas nas normas jurídicas, se, e somente se, ocorrerem os fatos condicionantes dessas consequências, ou seja, a prova tem a função de determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem a ocorrência daquelas condicionantes.¹⁸

¹⁴ Afirma Ferrer Beltrán que *“la averiguación de la verdad es el objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial, pero no necesariamente lo es también de las partes, o de todas las partes. Por otro lado, si atribuyéramos a las partes un poder exclusivo de dirección del proceso en materia probatoria, renunciaríamos a garantizar la igualdad de armas en el proceso, a obligar a una parte a poner a disposición de la otra o del proceso pruebas que están en su poder, a incorporar al acervo probatorio pruebas relevantes que no fueron propuestas por las partes por impericia, desidia, falta de recursos económicos o mala fe de alguna de ellas o de todas, etcétera. Atribuir una dirección exclusiva del proceso a las partes supondría, entonces, empobrecer el acervo probatorio y, con ello, disminuir la probabilidad de acierto en la decisión probatoria y, consecuentemente, de adoptar una decisión jurídica correcta”* (2022: 93).

¹⁵ FERRER BELTRÁN, 2017: 147/149, concluindo na p. 150: *“ni un proceso que otorgue todos los poderes probatorios al juez ni uno que los atribuya por completo a las partes son los más aptos para la persecución del objetivo de la averiguación de la verdad. La participación de las partes es imprescindible, como ya se dijo anteriormente, pero sus intereses no tienen por qué coincidir con la averiguación de la verdad ni con la implementación de las políticas públicas a través del proceso, lo que hace necesario equilibrar la balanza con poderes probatorios del juez. Desde el punto de vista del diseño procesal, el objetivo deberá ser, pues, buscar ese equilibrio en el reparto de los poderes probatorios que maximice las probabilidades de averiguar la verdad sobre los hechos en el proceso”*.

¹⁶ Registre-se que, ao menos na prática judicial brasileira, não só as provas não requeridas podem ser objeto de determinação judicial de ofício, mas também as requeridas em desacordo com o tempo procedimental, já que se entende que inexistente preclusão para o juiz nesse caso, o que me parece uma fonte de muitos problemas, com situações arbitrárias, imprevisíveis e sem qualquer padrão decisório.

¹⁷ Após exemplificar com seis possibilidades de exercício de poderes probatórios, Ferrer Beltrán observa que *“cada una de estas seis manifestaciones de los poderes probatorios del juez es de distinta intensidad o, lo que es lo mismo, supone una mayor o menor intervención en el devenir probatorio del proceso; ello deberá ser tenido en cuenta precisamente cuando se plantee su compatibilidad con la imparcialidad judicial. El riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanto mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado al juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes”* (2017: 160; veja-se, ainda, especificamente sobre a imparcialidade judicial, 2022: 121/128).

¹⁸ Sintetiza o autor que *“el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos”* (2017: 145). Como já dito e amplamente sabido, a relação entre a verdade e a prova constitui tema fundamental e central nos estudos de Ferrer Beltrán e, se aqui se

Como os poderes probatórios do juiz não podem ser resumidos à atividade de determinar a produção de provas, Ferrer Beltrán apresenta exemplificativamente seis outras possibilidades que podem ser previstos conjunta ou autonomamente, em maior ou menor grau:¹⁹ 1) controle da admissão ou inadmissão das provas, que pode ser regulado com maior ou menor liberdade pela lei; 2) possibilidade de o juiz intervir na produção prática da prova, especialmente nas provas pessoais, formulando perguntas e determinando esclarecimentos, com o princípio do contraditório como mecanismo epistemológico que inclui o juiz, sempre com a preocupação sobre a fiabilidade das provas colhidas, o que implica delimitação da técnica para a colheita de depoimentos orais, por exemplo; 3) indicação às partes de lacunas probatórias que deveriam integrar, a fim de aumentar a quantidade de informação relevante disponível para a decisão sobre os fatos, cabendo à legislação dispor sobre o dever ou faculdade dessa atividade juiz e sobre a eficácia de seu pronunciamento; 4) determinação de provas não requeridas pelas partes, que é considerado o poder probatório típico, ainda que com balizas diversas nos ordenamentos jurídicos; 5) modificação judicial do ônus da prova, o que é objeto de conhecida e contundente crítica de Ferrer Beltrán;²⁰ 6) aquele que o autor considera (ou melhor, constata) ser o poder probatório mais intenso, que é a possibilidade de o juiz estabelecer o grau de corroboração necessária para comprovação de determinada hipótese fática, na ausência de padrões probatórios abstratamente previstos.²¹ Em outro trabalho,²² o autor acrescenta mais três poderes do juiz em matéria probatória, que, para manter a ordenação dos itens e facilitar o desenvolvimento em relação ao direito brasileiro, dará continuidade à sequência numérica: 7) poder de admitir ou indeferir acordos probatórios sobre provas;²³ 8) poder de indeferir a produção de uma prova antes admitida²⁴ ou, em linguagem muito utilizada na prática forense ainda que não muito precisa, reconsiderar decisão

utiliza citação do artigo específico sobre os poderes probatórios, isso se deve ao recorte feito para este texto, mas, prosseguindo na homenagem ao autor – e um pesquisador é realmente homenageado quando é estudado e estimula reflexão, inclusive para ser criticado – em todos os seus trabalhos há desenvolvimento desse tema, sempre com ampla referência bibliográfica.

¹⁹ 2017: 150/160. Em outro trabalho, Ferrer Beltrán apresenta poderes ou faculdades dos juizes e das partes de modo ainda mais sistemático e elenca doze possibilidades (2022: capítulo III).

²⁰ Além de apontamentos feitos no artigo ora citado (2017: 158) e no *Manual* (2022: 113/118), há outros trabalhos em que o autor desenvolve sua crítica, especialmente em *“La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y el innecesario”*, 2019.

²¹ Sobre esse tema específico, Ferrer Beltrán dedicou seu mais recente livro (2021; também publicado em português, 2023).

²² FERRER BELTRÁN, 2022: 95/119 (o autor apresenta e desenvolve doze atividades probatórias possíveis nas citadas páginas, seis delas já mencionadas no texto, incluindo aquelas que são praticadas pelas partes; entretanto, para o presente artigo somente os poderes do juiz serão abordados, por isso a desencontro numérico).

²³ Neste ponto, o autor se refere especificamente ao art. 190 do Código de Processo Civil brasileiro (2022: 104, nota 46).

²⁴ No original, *“facultad de la persona juzgadora de rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica”* (2022: 95 e 109/110).

de admissibilidade de prova;²⁵ 9) poder de o juiz nomear o perito e elaborar quesitos; 10) poder de impor às partes deveres probatórios.²⁶

Os poderes probatórios do juiz, portanto, são multifacetados e não podem ser reduzidos à determinação de ofício de prova não requerida pelas partes. Cada uma das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán apresenta questões interessantes e cabem desenvolvimento apartado, mas não há espaço para isso neste texto nem é seu objetivo, de modo que a apresentação das ideias será seguida de análise do direito brasileiro também em termos genéricos, já que, como antes mencionado, os poderes probatórios se relacionam com muitos temas que exigem diálogo com questões basilares do raciocínio probatório, todas elas objeto de outros estudos do homenageado e, por isso, afigura-se como assunto que é a mesma síntese de suas ideias e abertura para pesquisa de sua obra.

3. Os poderes probatórios do juiz no processo civil brasileiro: aplicação das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán

Além da previsão genérica do art. 370 do CPC,²⁷ os poderes instrutórios do juiz estão previstos em outros vários dispositivos, como aqueles que preveem a possibilidade de colher o depoimento pessoal das partes (art. 385), inquirir testemunhas (arts. 456 e 459, §1º), determinar perícia ou prova técnica simplificada (art. 464, §2º), elaborar quesitos (art. 470, II), requisitar esclarecimentos ao perito (art. 477, §§2º e 3º),

²⁵ Ferrer Beltrán vê com especial restrição essa possibilidade, mas observa o seguinte: “*Sin embargo, cabe también aquí una posibilidad que haría razonable la atribución muy limitada de esta facultad: si, una vez adquiridas y practicadas otras pruebas, la persona juzgadora estima de forma justificada que la práctica de una prueba inicialmente admitida no aportará información adicional que aumente o disminuya la probabilidad de que alguna de las hipótesis fácticas sea verdadera. En ese supuesto, razones de eficiencia y economía procesal aconsejarían que la jueza o juez pueda excluir una prueba cuya redundancia resulta evidente de forma sobrenvenida. En todo caso, conviene insistir una vez más en que la decisión de exclusión de la prueba por su redundancia se funda en un juicio hipotético según el cual su potencial resultado probatorio coincidirá con otras pruebas ya practicadas, lo que aconseja un uso muy cuidadoso y restringido a supuestos muy claros. En ningún caso se justificará usar esta facultad, por ejemplo, para excluir una prueba de descargo con el argumento de que la hipótesis de la culpabilidad — civil o penal — ya está suficientemente acreditada, porque la redundancia supone precisamente que las pruebas arrojen el mismo resultado probatorio y no el opuesto. Aun cuando esta facultad no necesariamente debe ser ejercida a instancia de parte, sí es conveniente que el órgano judicial dé traslado a las partes de su valoración sobre la redundancia de la prueba para que, especialmente, pero no solo, la parte que la propuso pueda manifestar las razones por las que estima que la prueba puede aportar información no redundante y, consiguientemente, debiera adquirirse y practicarse*” (2022: 109/110). Essas observações são totalmente aplicáveis ao direito brasileiro.

²⁶ Diferentemente do poder judicial de aportar prova de ofício, neste caso se impõe à parte, com base em critérios de facilidade e disponibilidade – que não se confundem com os critérios para inversão judicial do ônus da prova –, mediante possibilidade de se impor sanção prevista legalmente (2022: 118/119).

²⁷ O Código de Processo Civil brasileiro recebeu traduções para o inglês e o espanhol (<https://diarioprocessual.com/2018/06/09/cpc-em-ingles-e-em-espanhol/>). No Código de Processo Penal brasileiro, a previsão genérica está no art. 156 e, em que pese resistência de certo setor doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça mantém a possibilidade de produção de prova de ofício: AgRg no HC n. 758.697/SC, DJe de 30/3/2023; REsp n. 2.022.413/PA, DJe de 7/3/2023. Também no processo penal brasileiro, a discussão é limitada à produção da prova e a objeção mais contundente está no modelo acusatório de processo (cf. para contextualização doutrinária brasileira: BADARÓ, 2019: 25/36). Ou seja: embora o foco deste trabalho seja o processo civil, deve ser registrado que Ferrer Beltrán expõe o tema de modo a não o confinar a uma área específica e por isso, o processo penal está incluído em suas reflexões.

determinar segunda perícia (art. 480), realizar inspeção (art. 481) etc. Entretanto, em que pese certa naturalidade com que a doutrina majoritária e a jurisprudência tratam do tema, a matéria pródiga em problemas que vão desde questões procedimentais, como se há preclusões judiciais, passando por questões relacionadas à intensidade e alcance de tais poderes e também se é efetivamente um poder, uma faculdade ou um dever, até questionamentos sobre a constitucionalidade de regras legais como a ora comentada. Há lacunas legislativas importantes na regulação do tema, o que é agravado pela falta de tratamento sistemático pela doutrina e, como já apontado, pela simplificação da discussão apenas para o aporte de meio de prova de ofício. Em uma primeira aproximação e, portanto, simplificada, pode-se dizer desde logo que diante de regras legais expressas, permitindo atividade probatória oficial, há três caminhos possíveis: 1) entender que se trata de regras inconstitucionais e nenhuma atividade probatória pode ser exercida pelo juiz; 2) considerar que se trata de poderes amplos, previstos no interesse de uma prestação jurisdicional plena, devendo ser exercidos sem limites; 3) afirmar que as regras vigentes são constitucionais, mas os poderes instrutórios se submetem a diversos limites, com diferenças de graus entre os adeptos dessa posição mais restritiva. Pode-se afirmar que no processo civil brasileiro, doutrina e jurisprudência tendem para a segunda posição, isto é, ampla incidência dos poderes instrutórios do juiz (exemplos do STJ: AgInt no AgInt no AREsp 1533146/GO, DJe 04/12/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1817742/SP, DJe 18/10/2021; AgInt no REsp 1918008/MT, DJe 15/10/2021), inclusive o exercício de poderes instrutórios em sede de competência recursal (STJ: AgInt no REsp 1841905/MG, DJe 02/09/2020), com o Supremo Tribunal Federal admitindo sua constitucionalidade no processo civil e no penal (exemplos: HC 160496, DJe-034 de 23-02-2021; RHC 205921 AgR, DJe-241 de 06-12-2021; Pet 7074 QO, DJe-085 de 02-05-2018; HC 103070, DJe-146 de 29-07-2011; AR 1538 AgR-AgR, DJ 08-02-2002, sendo esse último julgado o exemplo da amplitude máxima para o tema). Vez por outra, porém, encontra-se na jurisprudência a tendência de impor alguns limites, ainda que tímidos, aos poderes probatórios, especialmente quando as partes não produzem provas dos fatos alegados, como se colhe em perigoso julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.693.334 – RJ, DJe 13/12/2021), que aparentemente foi um julgado de exceção (cf. REsp n. 1.583.430/RS, DJe de 23/9/2022).

Passemos ao exame daquelas dez possibilidades expostas no item anterior, mantendo-se aquela sequência numérica para fins de sistematização, para verificar se como as propostas de Ferrer Beltrán se inserem no direito brasileiro, não sem antes desenvolver um pouco mais a ideia de que os poderes probatórios devem ser vistos como expediente multifacetado e dentro de um processo em contraditório.

Como já mencionado, os poderes probatórios não se limitam à determinação de meios de prova não providenciados pelas partes e reduzi-los a isso deve ser considerado uma limitação indevida e artificial. Na realidade, a introdução de meios de prova que cabiam às partes deve ser a última providência a ser adotada e sua excepcionalidade decorre de vários fatores, mas agora nos interessa a ideia de que somente uma deficiente condução do processo é que ensejará essa providência.

Em outras palavras: se bem exercidos os poderes probatórios, será desnecessária a utilização plena desses mesmos poderes naquelas situações em que excepcionalmente pode ser necessária a aporção oficial de meio de prova. Para que não pareça uma contradição em termos, é necessário desenvolver um pouco mais o que foi dito, começando pela seguinte premissa: se a atividade probatória em qualquer processo possui algumas fases, não é correto pensar nos poderes instrutórios somente na fase de produção (a rigor, seria após a fase de produção reservada às partes e que, portanto, com o prolongamento da instrução, somente se concluiria após eventual complementação realizada pelo juiz). Não se pode perder de vista que todas essas atividades judiciais devem se submeter às normas gerais previstas no Código de Processo Civil (CPC), notadamente a boa-fé objetiva e o contraditório, inexistindo qualquer possibilidade de arbítrio instrutório ou surpresa probatória, como se as partes fossem meros súditos epistêmicos.

É possível desenhar um mapa mínimo com ao menos dez expressões dos poderes probatórios do juiz, sempre tendo como parâmetro o item anterior: 1) na fase de admissibilidade das provas propostas pelas partes, em que incidem os arts. 6º, 9º, 10, 321, 357, 369 e 370, parágrafo único, CPC, quando então a atuação judicial deve também ser dirigida para as lacunas probatórias já vislumbradas, seja no controle dos atos postulatórios, seja no indeferimento do que é impertinente, inútil ou irrelevante, culminando com a fase de organização e saneamento, que é momento central para o necessário alerta dirigido às partes para a aporção de provas; 2) na fase de produção probatória, o CPC prevê uma série de iniciativas do juiz para a instrução do processo sem que seja necessária a determinação de ofício de meio de prova, conforme os arts. 139, VI e VIII, 380, parágrafo único, 385 (na parte do interrogatório, já que a determinação de ofício da prova já estaria inserida no art. 370, sendo redundante a parte final do art. 385), 400, 456, 470, CPC, entre outros; além disso, há várias previsões de meios de prova expressamente determinados pelo juiz, como depoimento pessoal, inspeção judicial, requisição de documentos, realização de nova perícia etc., o que já integra, a rigor, o art. 370, CPC, mas todas essas iniciativas, além de exigirem fundamentação, devem ser previamente submetidas ao contraditório e devem ser sempre subsidiárias para eventual complementação,²⁸ cabendo às partes, por exemplo, o protagonismo na formulação de perguntas às testemunhas, reservando-se os esclarecimentos que o juiz entender necessários para o final (não é incomum que as provas orais se iniciem com os juízes formulando

²⁸ Como assinala Ferrer Beltrán, “*el supuesto de la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio es algo más delicado. Se trata, por un lado, de una facultad con evidentes beneficios epistémicos, puesto que permite mejorar la riqueza del acervo probatorio, incorporando pruebas relevantes que no fueron aportadas por las partes. También en este caso la mejora del trabajo probatorio de las partes debería tener la consecuencia de disminuir la necesidad de ejercer esta facultad. Y también el ejercicio de las potestades judiciales de dar indicaciones probatorias a las partes y de imponer deberes de producción de pruebas debería servir para disminuir aún más las ocasiones en que resulte epistémicamente necesario ordenar pruebas de oficio. Por ello, si funcionaran bien esas medidas, la facultad de ordenar la incorporación al proceso de pruebas de oficio podría ser de ejercicio muy limitado y residual —aunque podría resultar decisiva en algunos casos—. Como el mundo real está lejos de corresponderse con el ideal en muchas ocasiones, disponer de esta facultad puede ser de gran utilidad*” (2022: 125).

perguntas, o que não nos parece adequado); acrescenta-se que a participação do juiz na prática da prova²⁹ não deve ser feita por voluntarismo e sem preparo técnico, havendo necessidade de serem oferecidos treinamentos para o correto manejo de provas orais, controle da fiabilidade de provas e possibilidade de contar com equipe técnica para depoimentos especiais; 3) na medida em que forem sendo produzidas as provas, caso haja momentos procedimentais aptos para requerimentos de outros meios de prova, cabe ao juiz o dever de alerta sobre as já mencionadas lacunas probatórias, como na interessante previsão da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola em seu art. 429.1 e que conta com regra próxima no art. 357, II, e §§1º a 3º, CPC; 4) decorre do item anterior o poder específico do juiz de aportar meio de prova não produzido pelas partes, com algumas questões importantes: a) para que o juiz atue na produção de meio de prova, há que se verificar se parte não requereu aquela prova (nesse caso, parece que o juiz não poderia inovar, já que o comportamento da parte não lhe dá subsídio mínimo, o mesmo acontecendo se não requereu, o juiz alertou e foi mantida a inércia), se requereu e houve indeferimento (também não pode atuar de ofício nesse caso, por preclusão lógica, salvo em caso de prova sobre prova), se requereu e não pode produzir por vias próprias ou se requereu, mas há necessidade de alguma complementação (parece estar aqui o espaço para essa atuação instrutória do juiz); b) há que se definir se a iniciativa do juiz se submete à preclusão temporal (doutrina e jurisprudência entendem majoritariamente que não e a lei é silente); c) qualquer iniciativa probatória do juiz deve ser previamente submetida ao contraditório; d) produzida a prova pelo juiz, deve ser aberta às partes a possibilidade de apresentar contraprova (ou prova sobre prova),³⁰ já que a inovação probatória dar-se-á por ato de terceiro e essa abertura da instrução decorre de um contraditório efetivo; 5) o juiz também atua na imposição ou distribuição do ônus da prova, seja no controle da convenção típica, seja na aplicação do que se denomina de ônus dinâmico, na forma dos arts. 357, III, e 373, CPC, com seu §1º prevendo expressamente o denominado ônus dinâmico; 6) na fase de valoração e decisão sobre as provas produzidas, há o poder mais intenso e de mais difícil controle, que é a formulação concreta pelo juiz do grau de suficiência probatória para o caso, situação que não deveria depender de decisões casuísticas, mas a lei brasileira não oferece parâmetros abstratos sobre estândares probatórios; pode-se considerar que essa fase integra, na realidade, a teoria da decisão e não se trata efetivamente de poderes probatórios, mas aqui nos fixamos apenas no poder do juiz de fixar estândares probatórios, que é o que efetivamente ocorre quando inexistem regras abstratas sobre o tema; 7) os acordos probatórios podem ser típicos (arts. 373, §3º, e 471, CPC, por exemplo) e atípicos (art. 190, CPC), de modo que se trata de possibilidade expressamente prevista na lei brasileira e com potencial impacto sobre os poderes instrutórios do juiz, a depender do entendimento sobre a preponderância da convenção ou do protagonismo judicial em caso de acordos que restrinjam a produção da prova, havendo certo consenso de que as

²⁹ FERRER BELTRÁN, 2022:128, nota 80.

³⁰ FERRER BELTRÁN, 2021, p. 130/132.

convenções que ampliem a inserção de prova, dentro dos limites legais, são admitidas sem maiores questionamentos,³¹ cabendo registrar que, salvo expressa e específica previsão legal, não há necessidade de homologação judicial para que convenções processuais tenham eficácia (art. 200, CPC), reservando-se o controle de validade pelo juiz, mesmo de ofício (art. 190, parágrafo único, CPC); 8) a reconsideração de decisão que havia deferido meio de prova não é especificamente tratada na legislação brasileira, mas a regra é que a aquisição da prova seja a regra, ou seja, não se permite o retrocesso na possibilidade de completude do quadro probatório; entretanto, caso haja justificativa superveniente que revele a redundância ou a impertinência do meio de prova, é possível admitir o indeferimento posterior de sua produção, com base no art. 370, parágrafo único, CPC, sempre observando o contraditório;³² 9) os arts. 465, 470, II, e 471, CPC, regulam a nomeação do perito e a apresentação de quesitos, sempre com o juiz podendo formular suas indagações e controlar o que as partes formularem e também nomear o experto, salvo se houver convenção válida; ou seja, convivem características relevantes de modelos processuais nesses dispositivos, que configuram eloquente ilustração da superação do maniqueísmo probatório; 10) os deveres probatórios ainda não são muito estudados pela doutrina brasileira, mas o art. 400, parágrafo único, CPC é um exemplo dessa possibilidade para parte da doutrina,³³ havendo inclusive a proposta de generalização de imposição de dever com base na referida regra em conjunto com o art. 139, IV, CPC, desde que estejam presentes a facilidade e a acessibilidade ao meio de prova, independentemente das regras sobre o respectivo ônus; em tese, a possibilidade de o juiz impor deveres probatórios pode contribuir para o aumento da possibilidade de corroboração dos fatos relevantes, mas, sem uma disciplina legislativa expressa e com balizamentos, há risco de arbítrio e de aumento do subjetivismo; sem dúvida se trata de tema que ainda merecerá mais

³¹ Além do disposto nos arts. 190 e 357, §2º, há também as convenções probatórias típicas, como o art. 109, CC, e os arts. 373, §§3º e 4º, e 471, CPC, formando todo um conjunto que influencia no conjunto probatório a ser aportado aos autos, podendo afetar os poderes instrutórios, na medida em que se relaciona com o comportamento das partes. A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal. A discussão pode ser ilustrada com duas referências bibliográficas, onde se encontrarão outras indicações: CABRAL: 2023, *passim*, com referência aos poderes instrutórios nas p. 276/278. RAMOS: 2022, p. 487-512.

³² *“Conviene señalar que la relevancia de una prueba para la decisión del caso puede resultar evidente solo durante o después de la práctica de otras pruebas, ya sea porque un posible testigo fue mencionado en ellas, por ejemplo, o porque el desacuerdo entre peritos hace necesario adoptar nuevas medidas para resolverlo. Por ello, parece oportuno que la posibilidad de ordenar pruebas de oficio se extienda hasta la finalización de la fase de prueba del proceso. Y, claro está, será importante que las partes tengan la posibilidad, no solo de participar en contradicción de la práctica de las pruebas ordenadas de oficio, sino que tengan también la posibilidad de proponer en ese momento procesal nuevas pruebas que puedan poner en cuestión la fiabilidad de la prueba adquirida de oficio. Una vez más, el principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios”* (FERRER BELTRÁN, 2022: 112/113).

³³ Sobre esse ponto há o estudo de Vitor de Paula Ramos: *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

reflexões, mas desde logo parece que é um interessante espaço para incidência de convenções probatórias, com as partes, especialmente em negócios anteriores a discussões processuais, prevendo deveres sobre provas.

4. Encerramento: notas sobre a imparcialidade do juiz no exercício dos poderes probatórios

A imparcialidade do juiz costuma ser um tema central para aqueles que entendem que os poderes probatórios devem ser proibidos e não raramente são bem simplificados por quem entende que os poderes probatórios devem ser ampliados ou exercidos com máxima abrangência, fazendo com que se aprofunde a dualidade inconciliável ou manifestações maniqueístas também neste ponto. Entretanto, assim como é de se questionar a pontual preocupação com a imparcialidade quando se debatem os poderes instrutórios,³⁴ também não há como abstratamente considerar que seu exercício não interfira na parcialidade do julgador.³⁵

O tema evidentemente não passou despercebido por Ferrer Beltrán, que, após afirmar que *“tener a la persona juzgadora callada y pasiva no impide la enfermedad de la parcialidad, sino que en muchas ocasiones puede simplemente esconderla e impedir su detección”*,³⁶ faz observações muito importantes:

[p]artiendo de la asunción de que la atribución de esas facultades probatorias a las personas juzgadoras tiene un fundamento epistémico, porque puede ayudar a aumentar la riqueza del acervo probatorio de los procesos judiciales, será imprescindible evaluar 1) si la ganancia epistémica es mayor o menor que el riesgo de parcialidad en el uso de esas facultades; 2) si es posible regular el uso de esas facultades probatorias por parte de las personas juzgadoras, de manera que se minimice el riesgo de parcialidad a la vez que se preserve la potencial ganancia epistémica que puedan generar las facultades probatorias; y, finalmente, 3) si es posible controlar a posteriori el uso parcial de esas facultades, puesto que, cuanto más difícil sea ejercer ese control,

³⁴ *“De manera sorprendente, quienes sostienen esta concepción no manifiestan normalmente las mismas dudas frente a la falta de criterios precisos que regulen decisiones judiciales como la admisión de la prueba propuesta por las partes o los estándares de prueba. Una y otra situación dejan un gran margen de discrecionalidad y de activismo poco o nada controlados a las personas juzgadoras, lo que puede ser un caldo de cultivo para las decisiones parciales. En cualquier caso, si la objeción está fundada en el modelo de juez y de proceso, es ese modelo el que deberá discutirse”* (FERRER BELTRÁN, 2022: p. 121).

³⁵ Como já afirmado, os poderes instrutórios podem ser estudados por vários campos do conhecimento e também por várias abordagens. A (im)parcialidade do julgador, por exemplo, é eloquente ilustração dessa multiplicidade de perspectiva e, no campo da psicologia comportamental, também para exemplificar, há importante linha que verifica a “autoria” ou a determinação da produção da prova e os vieses cognitivos (a bibliografia sobre o tema é extensa, mas também difícil de ser depurada, já que tem se generalizado uma incrível aparência de intimidade com sofisticados conhecimentos de área tão específica por autores jurídicos; para uma inicial referência: OSORNIO PLATA, 2022: 204/208. VÁZQUEZ: 2018 e 2022, capítulo II).

³⁶ 2022: 128.

mayor será el incentivo para adoptar medidas preventivas más radicales.123 Con ese esquema en mente, podemos ahora analizar las tres facultades probatorias “sospechosas” — recordemos: la facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar y/o las pruebas a aportar, la facultad de ordenar de oficio la incorporación al proceso de pruebas y la facultad de imponer deberes de producción de pruebas a las partes.³⁷

A primeira e imprescindível providência para evitar o risco de parcialidade é submeter toda providência probatória do juiz a um efetivo contraditório das partes,³⁸ além de desenhos processuais que permitam adequado controle da atividade judicial, sempre com possibilidade de produção probatória a partir de provas eventualmente aportadas ao processo pelo juiz, em atividade, que por política legislativa deveria ser sempre subsidiária.

De todo modo, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana”³⁹ de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões⁴⁰ e violando limitações probatórias. Trata-se,

³⁷ 2022: 124.

³⁸ “En cualquier caso, es importante que desde la posición de tercero, que caracteriza a la persona juzgadora imparcial, sea posible indicar a las partes lagunas probatorias, por ejemplo, y darles la oportunidad de aportar las pruebas necesarias para colmarlas. Es claro que esa indicaciones judiciales pueden ser el vehículo por el que se manifieste una parcialidad de la persona juzgadora si, por ejemplo, realiza indicaciones que permiten colmar lagunas probatorias a una de las partes pero no a la otra. Por ello, conviene preguntarnos si es posible regular el ejercicio de esa facultad de manera que se minimice el riesgo de utilización parcial y si es posible controlar su ejercicio parcial a posteriori. Las respuestas, en mi opinión, son afirmativas: se podría, por ejemplo, precisar si el ejercicio de la competencia judicial de hacer a las partes las indicaciones sobre las lagunas probatorias es facultativo o debido. Esta última opción permitiría impugnar jurídicamente los casos en que la persona juzgadora omitiera hacer a una de las partes las correspondientes indicaciones, a pesar de que resultarían ya perfectamente identificables las lagunas probatorias en ese momento. Finalmente, la parcialidad en el ejercicio de esta facultad es perfectamente identificable y podría ser objeto de control a posteriori y ser reconocida como causa bastante para fundar un recurso” (FERRER BELTRÁN. 2022, p. 124).

³⁹ DAMAŠKA: 2000, p. 208. No Código de Processo Civil brasileiro revogado, havia o art. 1.107 destinado a procedimentos de jurisdição voluntária em que constava que “os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”. Essa regra não foi reproduzida no atual CPC, nem mesmo na jurisdição voluntária, mas ainda persiste uma ideia generalizada de que assim devem ser compreendidos na prática os poderes instrutórios do juiz, fazendo com que um equívoco legislativo permaneça em vigor como ideia – já que agora sequer há texto – que é incompatível com o sistema do Código em vigor, o que demonstra a dificuldade que existe para se avançar com o debate do tema. Esse poder investigatório que era conferido pela literalidade da regra revogada inegavelmente afeta a parcialidade judicial, sobretudo se se entender que seria possível ao juiz a verificação de fontes de provas.

⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras decisões nesse sentido e o Código não regula o tema adequadamente: “a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (AgRg no REsp 1157796/DF, DJe 28/05/2010). Há, contudo, julgado do mesmo Tribunal em que esse posicionamento foi parcialmente restringido: “A parte deve apresentar o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, sob pena de a prova testemunhal ser indeferida em atenção ao princípio do

evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado e que foi mencionado por Ferrer Beltrán na transcrição com que se iniciou este item consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária.

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício deste poder casuisticamente.

Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual.

Essa questão refere-se diretamente ao problema da fundamentação das decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade “absoluta”, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio poderá ser coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo poderá se tornar cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade

tratamento igualitário que deve ser dispensado às partes. Precedentes. Hipótese em que não se aplica o entendimento de que o juiz pode ouvir testemunhas arroladas fora do prazo legal, porque não se encontra em discussão direito indisponível, circunstância que justificaria a iniciativa probatória do magistrado, que, ademais, é o destinatário da prova e a quem cabe analisar a necessidade de sua produção ou não” (CPC, 130 e 131). (EDcl no REsp 1344511/DF, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013). Entende a doutrina brasileira majoritariamente que inexistente preclusão para o juiz em matéria probatória, mas há um incrível silêncio sobre a possibilidade de as partes e, quando for o caso, o Ministério Público produzirem provas sobre provas, além do imprescindível contraditório sobre o que foi aportado por força de ordem judicial.

intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas todas as possibilidades que integram a atividade probatória, a fim de que se elabore um desenho legislativo que contribua epistemologicamente sem sacrificar os direitos das partes e sem que apenas se permita uma imposição de poder que se justifica apenas por ser poder.

Ou seja, não se pode acomodar a discussão como se os poderes probatórios do juiz permitam que o processo seja algo como o mito do Leito de Protusco, isto é, que a atividade judicial seja apenas uma maneira de esticar ou mutilar provas para que os fatos sejam pinçados para justificarem decisões subjetivas e impossíveis de receberem controle intersubjetivo, acomodando-se em decisão já tomada, como se os poderes instrutórios pudessem ser utilizados para coonestar uma decisão já formada, como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado.

Se se admite que o método menos eficiente de se descobrir a verdade dos fatos discutidos no processo está na outorga exclusiva às partes da atividade instrutória,⁴¹ não menos exato é afirmar que o descontrole dos poderes probatórios do juiz é claramente uma ofensa ao devido processo legal.

É correta a advertência de que não se deve analisar a outorga de poderes instrutórios para o juiz apenas pelo lado patológico.⁴² Parece, porém, que a possibilidade de esse exercício de poder ser fonte de abusos e escolhas arbitrárias justifica a preocupação com o tema.

Não se pode ignorar que em determinado processo haja uma seleção arbitrária dos fatos necessários para fundamentar uma decisão já encontrada ou que os poderes instrutórios apenas revelem uma demonstração de autoridade, violadora inclusive do contraditório.

Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista.

O exercício dos poderes instrutórios do juiz, cuja previsão abstratamente considerada contribui para a essência e a finalidade do processo jurisdicional, deve se inserir nesse quadro de garantias processuais, a fim de não se desnature sua finalidade e acabe por significar uma ameaça ao devido processo legal.

Por isso, a necessária advertência de Ferrer Beltrán:

⁴¹ TARUFFO: 2008, p. 175.

⁴² TARUFFO: 2008, p. 181/183.

Un mal uso o un abuso de esta facultad, en cambio, puede dar lugar a decisiones judiciales parciales, porque de manera deliberada la persona juzgadora únicamente ordene pruebas que pudieran tener un resultado probatorio favorable a una de las partes. Esto es poco común y resulta fácilmente controlable a posteriori. Además, en la mayoría de los casos no es tan simple “hipotizar” el resultado probatorio de una prueba al momento de ordenarla, por lo que no se puede dar por descontado a qué parte beneficiará. Sin embargo, el ejercicio desmedido de esta facultad de ordenar pruebas de oficio puede dar lugar a otro tipo de parcialidad más difícilmente controlable, porque es inconsciente: la asunción de una posición investigadora por parte de la persona juzgadora que la haga susceptible de asumir sesgos — como el de la confirmación — que hagan que tienda a sobrevalorar las pruebas favorables a su hipótesis investigadora respecto de las que la contradigan. Para evitar ese tipo de sesgos, muchos ordenamientos han optado por atribuir las funciones de instrucción y enjuiciamiento a personas distintas. Cuando la prueba de oficio haya sido ordenada por la jueza o el juez de control o de admisibilidad de la prueba, siempre que sea una persona distinta de la de enjuiciamiento, el diseño procesal otorgaría ya bastante protección ante el peligro. Sin embargo, la relevancia de una prueba puede hacerse evidente durante o después de la práctica de otras pruebas y, en ese momento, sería ya el órgano encargado del enjuiciamiento quien podría ejercer la facultad de ordenar una prueba de oficio. Para esas situaciones, es conveniente también tener criterios legales claros para el uso de la facultad en comento que minimicen el riesgo de parcialidad inconsciente.⁴³

As ideias de Ferrer Beltrán, portanto, podem influenciar e contribuir imensamente com o debate brasileiro também no tema dos poderes instrutórios, que, como foi visto, é multifacetado e suas várias possibilidades de concretização já encontram importante quadro normativo, faltando apenas que se avance nas discussões a partir da consciência da amplitude do tema e da necessidade e de seu enquadramento nas garantias processuais. Ou seja: não há que se ter apriorística repulsa aos poderes instrutórios nem entusiasmado acolhimento, já que, como todo tema que envolve o raciocínio probatório, a reflexão crítica é que permite avanços, como se vê nos notáveis estudos e iniciativas científicas do Professor Jordi Ferrer Beltrán.

Referências

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, 2019.

⁴³ 2022: 125/126.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Andrea Morales Vidal (Trad.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

FERRER BELTRÁN, Jordi. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 33, 1-22, 2017c.

_____. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y el innecesario". Nieva Fenoll; Ferrer Beltrán; Giannini. *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

_____. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 7, nº 2, 2017.

_____. *Manual de razonamiento probatorio*. Ferrer Beltrán (Coord.). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2022.

_____. *Prova e Verdade no Direito*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: RT, 2017b.

_____. *Prova sem Convicção*, também publicado em tradução de Vitor de Paula Ramos pela editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

_____. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021b.

_____. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

OSORNIO PLATA, Verónica Lorena. "Los poderes probatorios del juez de amparo un garante de la corrección epistémica de los hechos". *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. 2022, nº 3 (<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/index>).

RAMOS, Vitor de Paula. "Convenções probatórias no processo civil. Negociando o que é negociável". Salgado; Queiroz; Kircher. (Org.). *Justiça Consensual*. Salvador: JusPodivm, 2022.

_____. *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

TARUFFO, Michele. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008a.

_____. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (Trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

_____. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008b.

TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. *Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022.

VÁZQUEZ, Carmen. "La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos". *Isonomía*, nº 48, 2018 (<https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/index>).

_____. *Manual de Prueba Pericial*. Carmen Vázquez (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.