

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

TRÍCIA NAVARRO XAVIER

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO DE
CONHECIMENTO

VITÓRIA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

TRÍCIA NAVARRO XAVIER

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO DE
CONHECIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Direito Processual Público.

Orientador: Professor Doutor Flávio Cheim Jorge.

VITÓRIA

2008

TRÍCIA NAVARRO XAVIER

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO DE
CONHECIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Direito Processual Público.

Aprovada em ____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Professor Doutor Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon
Universidade Federal do Espírito Santo

Professor Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

“Maior que a tristeza de não ter vencido é a vergonha de não ter tentado.”

Rui Barbosa

RESUMO

O direito probatório constitui um instituto processual de grande relevância, pois destina-se a demonstrar ao magistrado a verdade processual que servirá de base para a sua convicção. Considerando que o direito processual contemporâneo vem evoluindo para conferir ao processo a tarefa não só de realização do direito material, mas também de aplicação da carga axiológica constitucional, o papel do juiz nesse intento passou a ter grande importância, tendo-lhe sido conferidos poderes até então não existentes no âmbito do processo civil – já que destinado a resolver relações privadas –, para atender ao que a doutrina denomina de publicização do processo. O campo probatório sofreu forte impacto dessa mudança de paradigma, sendo que o juiz, em tema de prova, passou a ter uma conduta ativa frente aos eventuais obstáculos à busca da verdade. É essa iniciativa probatória o objeto deste estudo, em suas principais acepções, com uma visão distinta do posicionamento atual da doutrina brasileira. Objetiva fazer com que os juristas passem a enxergar o poder instrutório do juiz sob outro ângulo, a fim de aquecer os debates em torno da matéria. O método científico empregado foi o *dedutivo-dialético*, e o método de abordagem o *histórico e exploratório descritivo de base quanto-qualitativa documental bibliográfico (análise de contexto)*. A pesquisa foi desenvolvida basicamente por meio de *argumentação teórica e revisão literária* de obras nacionais e estrangeiras, já que o sistema jurídico brasileiro, no que pertine às provas, é constituído pela junção de vertentes pertencentes à *civil law* e à *common law*. O resultado obtido foi, por meio de uma análise crítica da doutrina sobre o assunto, o estabelecimento de novas soluções para as questões mais intrigantes. A conclusão do estudo desmistifica os atuais limites impostos à conduta ativa do juiz e demonstra que seus poderes instrutórios são amplíssimos e muitas vezes decisivos para a adequada prestação jurisdicional, nos atuais moldes constitucionais.

Palavras-chave: Prova – Poderes – Juiz.

ABSTRACT

Evidence law constitutes a procedural institute of great relevance, since it is designated to demonstrate the judge about the procedural truth which will serve as a basis for his sureness. Considering that the contemporary procedural law has been developing in order to give process the task of not only applying the material rights, but also applying the constitutional axiological load, the role of the judge in this intent has been very important, since it has been given to him – the judge – powers until then non-existent on procedural law – since this procedural law was always destined to solve private relations –, to give an answer to what doctrine has been calling “procedural publicization”. The probational field has been through great impact because of this paradigm change, and the judge, when it concerns to gather the proofs, started to have an active role when confronted to the eventual obstacles in the search of the truth. It is this probative initiative that will be subject to analysis, in its main meanings, with a different view of the contemporary position of the Brazilian doctrine. The main goal is to make jurists start to understand the judge’s finding of facts power in another way, in order to heat up the debates over the subject. The methodology applied, as a scientific method, was the deductive-dialectic one and, as an approach method, the descriptive historic-exploratory of a quantum-qualitative bibliographical-documental method (context analysis). The research was developed basically by means of theoretical and literary revision argumentation, of national and foreign written works, since, as it was already mentioned, in the Brazilian judiciary system, when it concerns to the evidence field, it is constituted by the junction of the civil and common law systems. The results gathered were, by means of a critical analysis of the doctrine about the subject, the establishment of new solutions to the most intriguing questions. The conclusion of the studies was to demystify the limits imposed nowadays to the judge’s active role and to demonstrate that his finding of facts powers are very wide and many times decisive to an adequate jurisdictional use, in the new constitutional forms.

Keywords: Evidence – Power – Judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DO JUIZ EM TEMA DE PROVA	23
2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROBATÓRIO	33
3 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	40
4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	49
4.1 Direito comparado	69
5 LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	77
6 CRÍTICAS AOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA DOCTRINA NACIONAL.....	81
6.1 Imparcialidade	82
6.2 Fatos e circunstâncias constantes dos autos.....	87
6.3 Lide ou objeto litigioso	90
6.4 Princípio do ônus subjetivo da prova.....	92
6.5 Contraditório e ampla defesa	95
6.6 Princípios da demanda, da legalidade e da motivação.....	98
7 A LEGALIDADE ESTRITA COMO LIMITE AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	103
8 O ÔNUS DA PROVA E OS PODERES DO JUIZ	108
8.1 Ônus da prova	108
8.2 Teorias sobre o ônus da prova	113
8.3 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	114
8.4 A inversão do ônus da prova pelo juiz.....	117
9 PRECLUSÃO JUDICIAL	122
9.1 Generalidades.....	122
9.2 Terminologia, natureza jurídica e finalidade	123

9.3 Espécies	124
9.4 Preclusões para o juiz.....	125
10 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ EM GRAU RECURSAL	136
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS.....	157

INTRODUÇÃO

O incremento dos poderes do juiz é alvo de calorosos debates jurídicos desde o início do século passado, em que pese sua origem remonte ao direito canônico do século XI, tendo passado por diversas fases, até chegar ao estágio atual.¹

Com a queda do Estado Liberal individualista do século XIX e o início do Estado Social, o panorama jurídico até então existente alterou-se completamente e exigiu do Estado o abandono de sua inércia frente às relações jurídicas, para iniciar uma era em que se exercem maiores ingerências estatais como forma de oferecer maior proteção aos cidadãos.

Não obstante, verifica-se que, ao longo do século XX, o ordenamento jurídico pátrio sofreu relevantes mutações valorativas, acompanhando as tendências mundiais. Criaram-se então novas perspectivas jurídicas, principalmente após a remodelação a que o Estado de Direito foi submetido, ao abandonar a antiga concepção liberal, para adotar uma postura mais intervencionista, atendendo-se ao que se denomina de Estado Social.

Posteriormente, essa postura foi qualificada pela adoção de elementos e ideais substanciais da democracia – supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e da igualdade –, definindo a idéia atual de Estado Democrático.²

Nesse mister, a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, já que possui o importante papel de pacificar os conflitos sociais. Sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo³, distribuindo justiça a quem efetivamente a merece, e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la.

¹ Sobre a evolução dos poderes do juiz, ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38-48.

² “A idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 145).

³ Sobre o papel ativo no juiz na “aceleração do processo”, ver: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

Historicamente, no campo legislativo, consideráveis avanços dos poderes processuais do juiz foram observados por ocasião do Regulamento 737 que, infelizmente, não foi acompanhado pelos Códigos Estaduais que lhe sobrevieram. Ainda assim, havia quem admitisse a existência desses poderes, quando relacionados à instrução.⁴

Já doutrinariamente, o ataque ao imobilismo judicial no Brasil iniciou-se em 1922-1924, com as idéias de Alexandre Gusmão – inspiradas nas legislações alemã, austríaca e húngara –, “para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então”.⁵

Todos esses fenômenos que atingiram o ordenamento jurídico e refletiram na postura do juiz e no processo desaguaram no assunto da prova, que também foi afetado pelos novos contornos jurídicos, surgindo a necessidade de repensar o direito probatório, sob os efeitos dessa nova realidade.

O termo prova, do latim *proba*, de *probare*, significa demonstrar, atestar a veracidade ou a autenticidade de algo. Juridicamente, a prova conceitua-se como sendo a “demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou se contesta”.⁶

Eduardo Cambi defende que:

[...] o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificadamente, à convicção do juiz).⁷

Assim, prova é todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato ou afirmação.⁸

⁴ Era o caso do Código de Processo Civil do Distrito Federal e do Código de Processo Civil e Comercial Paulista (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 46).

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 491.

⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

⁸ “Desde que el propósito de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una ‘función retórica’ de la prueba.” (TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 4, dec. 2003).

A evolução histórica da prova na busca da verdade foi resumida por Eugênio Pacelli, nos seguintes termos:

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova.⁹

A verdade – cujo conceito atual é proveniente da filosofia – “sempre foi fator de legitimação para o direito processual”.¹⁰

Entretanto, no âmbito do processo, de acordo com o bem jurídico tutelado, passou-se a considerar a possibilidade coexistirem duas verdades, para fins de solução do litígio: a verdade material e a verdade formal.

A verdade denominada material é a proveniente da internalização do fato pelo sujeito. Transladada para o processo, a verdade material está intimamente ligada ao sistema inquisitivo, ou seja, o magistrado é uma figura extremamente ativa, que não se contenta com “as provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possa ter em concreto”.¹¹

É, portanto, um juízo de valor formado através dos enunciados fáticos e de seus aspectos relevantes, descritivos ou valorativos, conforme a escolha do ser cognoscente. A respeito dessa categoria de verdade, posiciona-se Sérgio Arenhart:

Por todo o visto, conclui-se que o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, na verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito).¹²

Catégorico quanto ao tema, complementa o jurista:

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. até julho de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 301-302.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

¹¹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz, A verdade e a prova no processo civil, cit.

Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a este ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximado, baseado muito mais na convicção do juiz de que ali é o ponto máximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo.¹³

Já a verdade formal, por outro lado, estaria calcada no entendimento de obtenção de um fato através da conjuntura que se lhe é apresentada em determinado espaço e tempo, ou seja, como uma verdade provisória, mas bastante útil para pacificar a lide: “[...] o Estado-Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes no processo e não se dispõe a empreender toda sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos, sem retoques.”¹⁴

Francisco Muñoz Conde¹⁵ justifica a sua existência como uma necessidade estatal que coaduna com os meios legais disponíveis, com as garantias das partes e com os direitos humanos característicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Entretanto, rebate Sérgio Arenhart:

A idéia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por esta mesma razão, foi (e tende cada vez mais) paulatinamente perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a este conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a freqüente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática.¹⁶

Após as transformações sofridas com a publicização do direito processual, a antiga distinção entre verdade material e formal, que se defendia em razão dos interesses envolvidos na relação jurídica processual, passou a ser rechaçada pela doutrina moderna, como é o caso de Amendoeira Junior que assim leciona:

Também é possível concluir que não existe qualquer distinção entre verdade formal e verdade real. Esses conceitos, em um processo privatístico, tinham sua razão de ser para justificar algo que efetivamente não existia. Note-se que a verdade é uma só, a diferença é que ela pode ser alcançável ou não. O juiz não pode se lançar em uma cruzada em busca da verdade, já que os meios de que dispõe para agir são limitados. Agora, existem certos meios que estão à sua disposição, como ouvir testemunhas, ainda que arroladas intempestivamente, determinar a juntada de documentos, a realização de uma perícia, assim por diante. Esses meios, que estão ao seu alcance, podem

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz, A verdade e a prova no processo civil, cit.

¹⁴ BARROS, Marco Antônio de, *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 31.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 102.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz, A verdade e a prova no processo civil, cit.

não levar o juiz necessariamente à verdade, mas irão aproximá-lo ainda mais dela. E é exatamente isso o que se busca, algo que foi chamado por Grinover de verdade processual ou verdade judicial.¹⁷

No mesmo sentido ensina Sérgio Arenhart

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a este método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais – pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.¹⁸

Com efeito, a superação da divisão da verdade em material e formal é mais uma conseqüência da publicização do direito processual e do direito probatório, já que a natureza dos interesses postos em juízo não mais se releva quanto aos reflexos na técnica processual, sendo a verdade buscada uma só, em qualquer relação jurídica processual.¹⁹

Sérgio Arenhart ainda ressalta a importância da participação das partes e do juiz no processo de busca da verdade.

Enfim, partindo-se desta lógica, tem-se uma construção da verdade, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflitualidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Assume, então, relevante papel dentro desta ordem a noção e a extensão do contraditório. É este elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, da legitimação da construção da verdade.²⁰

De fato, em decorrência do caráter público do processo e da busca da verdade, tem-se como indispensável a colaboração de todos os sujeitos envolvidos no processo para que se

¹⁷ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 113.

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade e a prova no processo civil*, cit.

¹⁹ Mais uma vez valemo-nos dos ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhart: “A doutrina processual precisa superar esta visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá ela aceitar reformas profundas nos axiomas processuais, a fim de garantir a efetividade do processo. É preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é um mito e de que o processo trabalha, de fato (e sempre trabalhou, embora veladamente) com a verossimilhança e com a argumentação.” (*A verdade e a prova no processo civil*, cit.). No mesmo sentido: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade e a prova no processo civil*, cit.

atinja a convicção do julgador. Mas, em especial, verifica-se a grande relevância do papel do próprio juiz nesse intento, através de seus poderes instrutórios.²¹

Por fim, sem grande êxito é a tentativa de se qualificar a verdade perquirida no feito, ou seja, aquela que melhor se aproxima da realidade dos fatos ocorridos. Contudo, somente para fins didáticos, a denominação verdade processual²² se enquadra perfeitamente no sentido que se quer imprimir ao instituto, como sendo a que agrega conceitos de segurança jurídica e efetividade na construção dos elementos de convicção do magistrado.

Portanto, é essa verdade processual que deve ser buscada pelos sujeitos da relação jurídica processual como forma de alcançar a decisão justa esperada pelos consumidores do Poder Judiciário.²³

Já a finalidade da prova é atingir o convencimento do juiz por meio da constatação da verdade processual, ou seja, é a que está ao alcance no caso em concreto, eis que se pretender a reconstituição dos fatos na íntegra é processualmente uma utopia, já que nunca chegarão aos autos da mesma forma que aconteceram na vida real. É com esse tipo de verdade que o juiz trabalha para formar sua convicção e proferir a decisão judicial, conforme já mencionado.

Ocorre que, dentro dessa premissa, deve o julgador assegurar que o seu convencimento tenha o máximo de coincidência e compatibilidade com o direito do litigante

²¹ Sérgio Cruz Arenhart complementa: “Destas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. É ele o destinatário final da prova porque é ele, enquanto representante do Estado-jurisdição, quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas. A argumentação probatória, portanto, levará em conta, também, as características próprias do Estado-juiz instituído, porque o seu convencimento há, necessariamente, de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais, etc. Assim se explica porque, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juizes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas – mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta.” (A verdade e a prova no processo civil, cit.).

²² BARROS, Marco Antônio de, *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 38.

²³ Na jurisprudência: “1. A teor do artigo 130 do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução processual. 2. O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu artigo 130 ‘caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias’. *Dessume-se do dispositivo citado que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do status quo ante a violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento.*” (TRF-1ª Região – AC n. 199801000508322/RO, 1ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (Conv.), j. 16.03.2004, DJU, de 15.04.2004, p. 109, grifamos).

que efetivamente tem razão de se defender, aplicando-se a justiça esperada pelos jurisdicionados.

Sobre o assunto, resume Sérgio Porto:

Os fatos que são trazidos a juízo pelo autor e, de regra, negados pelo réu, provocam – por conseqüência lógica – uma incerteza temporária no julgador, a quem compete, por delegação do Estado, resolver os conflitos de interesses interindividuais e intergrupais, através da aplicação da norma jurídica.²⁴

Conceitualmente, o direito probatório é o conjunto de princípios, conceitos e regras que regem a prova. É a partir dos elementos probatórios produzidos que se define o convencimento do juiz e o deslinde da questão em foco, proporcionando a entrega de uma tutela jurisdicional justa e adequada, baseada na verdade judicial ou suficiente²⁵, sendo essa considerada como a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo.

Nas palavras de Eduardo Cambi:

“Logo, as provas servem para que o juiz possa reconstruir, de modo racional e verdadeiro, as situações fáticas que dão fundamento à controvérsia; por conseguinte, o magistrado não é livre para dar razão àquele que deseje, mas à parte que melhor convença da existência dos fatos que vão tornar possível a tutela jurisdicional. Por intermédio das provas, portanto, a descoberta da verdade torna-se um meio para a obtenção da justiça da decisão.”²⁶

João Batista Lopes conceitua a prova sob os aspectos objetivo e subjetivo:

Sob o aspecto objetivo é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. [...] Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.²⁷

O objeto primordial da prova são os fatos alegados. Também as circunstâncias dependem de prova. Contudo, é desnecessária tal cisão, já que as circunstâncias são compostas por fatos, tornando a assertiva redundante.

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. Prova: teoria e aspectos gerais. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, ano 17, n. 39, p. 5-32, 1984.

²⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005.

²⁶ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 79.

²⁷ LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

Excepcionalmente, porém, o direito também pode ser objeto de prova, conforme expressa disposição do artigo 337 do Código de Processo Civil²⁸, desde que, no entanto, o juiz assim o determine.

Não obstante, alguns fatos não dependem de prova: inúteis ou supérfluos; intuitivos ou evidentes, verdades axiomáticas do mundo do conhecimento; notórios, os que fazem parte da cultura normal e própria de determinada sociedade; e as presunções legais e conclusões decorrentes da lei, que podem ser absolutas ou relativas.

Quanto ao ponto, o artigo 334 do Código de Processo Civil preceitua:

Artigo 334 - Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontrovertidos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

O jurista Leonardo Greco acertadamente defende que:

E quanto aos fatos simples, que são os fatos secundários que servem para provar a existência dos fatos jurígenos, podem sempre ser conhecidos de ofício pelo juiz por ocasião do julgamento dos fatos, que ocorre em geral na sentença (CPC, art. 131). Produzem efeitos no processo desde o momento em que revelados no processo através de algum ato das partes ou de qualquer outro sujeito processual, não estando ao alcance de qualquer das partes dispor a respeito da sua revelação ou da sua apreciação pelo juiz.²⁹

Segundo João Batista Lopes: “Não poderá, também, o juiz basear-se exclusivamente em suas impressões pessoais, mas poderá, em certos casos, escorar-se nas máximas de experiência, isto é, noções decorrentes da observação de fatos particulares ocorridos ao longo do tempo.”³⁰

Portanto, pelo critério da exclusão, todos os demais fatos necessitam ser provados, desde que atendam aos seguintes requisitos: admissibilidade em direito; pertinência; contundência (ou seja, visarem esclarecer questão controvertida); e serem possíveis e decorrentes de controvérsia entre as partes.

²⁸ “Artigo 337 - A parte, que alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

²⁹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 08 fev. 2008.

³⁰ LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 23.

Assim, a reconstituição processual dos fatos deve-se dar após a identificação do objeto de pesquisa, evitando-se a produção de atos probatórios desprovidos de finalidade.

Todos esses dados demonstram que a matéria da prova requer uma exaustiva investigação dos fenômenos que a rondam, atentando-se para os movimentos jurídicos que a modernidade indica, permitindo a adequação do tema aos novos tempos.

O resultado dessa análise resulta, primeiramente, no reconhecimento da natureza pública do processo e do direito probatório, transformando-os em poderosos instrumentos de concretização do direito material.

Isso ocorre porque, em decorrência dessa publicização³¹, a liberdade antes concedida aos litigantes dentro do processo cedeu espaço às intensas intervenções estatais, retirando-se do campo de disponibilidade das partes a forma, o ritmo e o impulso do processo, que passaram a ser controlados pelo Estado – na pessoa do juiz –, como guardião do interesse público envolvido.

Além disso, visando aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais. Uma delas refere-se aos poderes conferidos ao juiz na condução do processo, bem como a sua iniciativa no campo probatório.

Afasta-se, pois, a neutralidade³² do magistrado – antes reduzido a mero espectador, que deixava que o fluxo do processo fosse guiado pelos litigantes –, para dar ensejo a um juiz ativo, que dirige o processo de modo que ele sirva ao direito material, alcançando seu propósito de justiça, e não seja objeto de manipulação pela parte jurídica, econômica ou socialmente mais forte.

Outrossim, na fase instrutória, o juiz deixa de se contentar com o material probatório apresentado pelas partes, e passa a buscar os dados faltantes ao seu convencimento, sem, com isso, comprometer a sua imparcialidade.

³¹ Sobre a influência dos princípios publicistas na iniciativa do juiz, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

As justificativas para os poderes instrutórios do juiz são três, sendo que todas possuem fundamento eminentemente publicístico, ou seja, desconsideram razões de cunho privado.

A primeira reside na tentativa de estabelecer uma igualdade substancial dentro da relação jurídica processual, nos moldes preconizados pelos artigos 5º, *caput*, da Constituição Federal e 125, I, do Código de Processo Civil, equilibrando eventual descompasso entre as condições processuais das partes, que nem sempre se encontram em paridade de armas.

Sobre as modalidades de desigualdade, assevera Leonardo Greco:

A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição.³³

A segunda é a busca pela verdade processual, para que a decisão judicial seja a mais próxima possível da justiça, como também aceitável pelos jurisdicionados, porque a credibilidade dos julgados estará muito mais presente quando a convicção do magistrado tiver por base uma tentativa exaustiva de compreender os fatos, ultrapassando as barreiras exclusivamente formais que surjam ao longo da disputa judicial.

Por fim, para que “o litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixe de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado”³⁴. Quer-se com isso dizer que o resultado ou os efeitos do processo cada vez mais deixam de resumir ou refletir somente o universo das partes, para serem alvo de interesse geral.

Porém, apesar das justificativas apontadas, a questão não é pacífica e, no processo civil, a discussão se torna ainda mais ardente, tendo em vista que a disciplina consagra o princípio dispositivo, que prestigia os atos de disposição das partes praticados dentro do processo.

Além disso, o tema é amplamente debatido na doutrina nacional³⁵ e estrangeira³⁶, existindo consistentes posicionamentos favoráveis e contrários à tese.

³³ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 08 fev. 2008.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 53-56.

³⁶ Toda discussão é tratada na obra: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Percebe-se, pois, que o poder de instrução do juiz é muito bem assimilado quando estão em jogo os modelos acusatório ou inquisitivo, em que há a prevalência do interesse público justificador de uma postura mais atuante do Estado, na busca da suposta verdade substancial.

Contudo, quando se fala em busca de prova em processos envolvendo interesse eminentemente privado, a situação muda de figura, já que às partes é atribuída a iniciativa da comprovação de suas alegações, de forma que a eventual interferência do juiz nesse intento enseja críticas e encontra resistência por parte dos aplicadores do direito, das partes e dos próprios juristas especialistas na matéria.

Natural que seja assim, mas isso não induz a uma verdade absoluta sobre a questão. Ao contrário, o poder instrutório do juiz deve ser revisto sob a nova ótica constitucional que recai sobre o ordenamento jurídico, para que esteja de acordo com os ideais valorativos preconizados.

Verifica-se, portanto, que a publicização do processo fez com que o juiz assumisse um outro papel na vida dos consumidores do direito. Agora, atua na direção do processo, utilizando-o não só como ferramenta para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplici perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial.

Com isso, autoriza-se o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes. Inclui-se nessa evolução, como já mencionado, a ampliação dos poderes instrutórios, já que influenciam diretamente a convicção do juiz e a sua decisão sobre o objeto da lide.

Deixe-se assente que essa não é uma conquista institucional, ou seja, destinada a privilegiar a classe da magistratura ou a vaidade pessoal do juiz, mas sim jurídica, em que os maiores beneficiados serão as partes e a própria sociedade como um todo. Daí a importância de se assimilar corretamente essa nova realidade, para que os operadores do direito entendam o fenômeno como uma forma efetiva de assegurar que a prestação jurisdicional seja pautada nos escopos constitucionais.

Aos juízes também cabe a importante tarefa de compreender o contexto adequadamente, incorporando essa responsabilidade que lhes foi conferida, a fim de que esses poderes possam ser bem utilizados e não configurem justificativa para o arbítrio.

Tudo isso tem como resultado uma prestação jurisdicional mais condizente com a finalidade do processo, para que a prestação da tutela jurisdicional seja, ao mesmo tempo, adequada e célere, deixando de lado o formalismo excessivo que por tanto tempo imperou em nossa Justiça.

Feitas essas considerações, e demonstrando o avanço do nosso ordenamento em tema de poder instrutório do juiz, não de ser analisadas as conseqüências da tentativa de retrocesso processual, mediante a imposição de restrições, atitude dissonante da preocupação acima abordada.

Ao declarar a impossibilidade dos juízes participarem da instrução do processo, aproxima-se a magistratura de uma repartição burocrática, desvestindo-a de seu caráter pacificador e a tornando uma mera espectadora da atividade das partes e da sorte no resultado do processo.

Sob outro prisma, ressalte-se que a prova e a convicção resultante da instrução constituem elementos fundamentais à formação da coisa julgada, que é um fenômeno político de pacificação social, sendo pois suas legitimadoras, conquanto se tenha alcançado o escopo social do processo, fazendo com que a sociedade e os próprios litigantes reconheçam ter-se feito justiça. Aliás, essa justificativa é determinante para se compreender a importância do direito probatório para o ordenamento jurídico.

Nos ensinamentos de Marcelo Abelha:

A prova deve ser vista, sim, como algo intrínseco, necessário e indisponível à ordem jurídica justa. Há estreita e, diríamos, umbilical ligação entre a prova e a coisa julgada como instrumento de pacificação social. Se a coisa julgada é instrumento político de busca dessa paz e harmonia, é certo também que a prova é o elemento ou instrumento idôneo para que a coisa julgada dê, efetivamente, justiça.³⁷

³⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 199.

Sendo assim, deve-se considerar a iniciativa instrutória do juiz como sendo um forte mecanismo de aperfeiçoamento da entrega jurisdicional.

Feitas essas considerações, há que se identificar a abrangência do presente estudo.

Esclarece-se, desde já, que este trabalho tem por escopo a análise dos poderes do juiz restritivamente ao campo probatório. Assim, não pertencem ao seu âmbito as demais formas de poder conferidas pelo legislador ao magistrado – diretivas e sancionatórias –, em que pese o poder do juiz possa ter, como um todo, a mesma origem e fundamento.

Outrossim, a pesquisa limitar-se-á aos poderes instrutórios no campo do processo de conhecimento. Essa demarcação do conteúdo se faz necessária, uma vez que as particularidades das demais categorias de processos merecem uma atenção mais cuidadosa e detalhada, o que tornaria demasiadamente extenso o tema aqui retratado.

Nesse passo, inicialmente, serão estabelecidas as diretrizes básicas do direito probatório, para só então adentrar-se na matéria relacionada aos poderes instrutórios do juiz que, por sua vez, será abordada em seus sortidos desdobramentos.

Serão apontadas as principais características do poder instrutório do juiz, de acordo com o que reza a doutrina nacional, bem como o enfoque da matéria no direito comparado.

Não obstante, como nenhum poder é absoluto, os juristas passaram a se preocupar com o estabelecimento de limites ao poder instrutório do juiz, como forma de controlar eventuais arbitrariedades. Vários limites serão discutidos, cada qual sob uma ótica distinta.

Essas variações interpretativas ensejam a necessidade de definir o limite que mais coaduna com os poderes instrutórios do juiz, ainda que para tanto seja preciso discordar dos critérios até então sugeridos pelos doutrinadores pátrios, através da análise da questão sob um enfoque diverso.

Ressalte-se que todos os limites até então estabelecidos são extremamente coerentes e foram desenvolvidos com base em argumentações jurídicas muito sólidas de renomados juristas, de modo que se a simples discrepância desses posicionamentos é tarefa das mais difíceis e de grande responsabilidade, a tentativa de desconstituí-los é enorme. Mas o motivo

de trazer novos argumentos tem por objetivo fomentar o debate acerca do assunto, seja para solidificar os já existentes, seja para implementar novas idéias no nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, a existência ou não de limite ao poder instrutório do juiz precisa ser melhor esclarecida, a fim de que, na prática forense, os operadores do direito possam observar e controlar a regularidade a ser desenvolvida no processo sob a presidência do magistrado. Por outro lado, os juízes também precisam entender melhor como aplicar seus poderes e ter consciência das limitações, para que estejam comprometidos com a efetivação do direito reclamado, atuando sem excessos.

Além da tentativa de identificar a extensão da iniciativa probatória do juiz, sua atividade também será analisada sob outros aspectos, incluindo o da inversão do ônus da prova, o da preclusão judicial e o de sua iniciativa em sede recursal.

Portanto, essas são as considerações que levam à análise mais detida dos poderes instrutórios do juiz, a fim de que a atividade jurisdicional em tema de prova possa ser melhor entendida, proporcionando um adequado direcionamento aos envolvidos na relação jurídica processual.

1 O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DO JUIZ EM TEMA DE PROVA

Consoante já exposto, ao longo do século XX, reconheceu-se e implantou-se no meio jurídico um modelo de juiz com mais poder de direção e atuação dentro do processo, fazendo dele uma via hábil de representação da democracia.

A cada reforma legislativa, os poderes do juiz são ampliados, fenômeno esse que coincide com as mudanças históricas que norteiam o próprio processo e que nesse contexto devem ser analisados. Assim, o surgimento de um juiz mais ativo é consequência da transformação ocorrida na relação entre o Estado e os cidadãos, com reflexos diretos na relação jurídica processual e na legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, na solução dos conflitos e aplicação da justiça.

Acresça-se a isso que o processo é um instituto dinâmico, e deve ser visto de acordo com o tempo e espaço em que é observado, conforme ensina Hermes Zaneti: “Processo é fenômeno cultural, sendo que a técnica empregada sempre representa um meio para atingir um objetivo ideológico.”³⁸

E a mutação cultural que desencadeou a evolução da ciência processual teve início com o desenvolvimento do direito constitucional contemporâneo após a Segunda Grande Guerra Mundial, eis que se iniciou um movimento de mudança de paradigma com relação ao Estado de direito pátrio, passando do Estado Liberal – em que não se interferia na liberdade do indivíduo – para o Estado Social – em que o ente estatal foi pressionado a atuar positivamente para prestar à sociedade multiplicada certos valores básicos essenciais de uma população massificada, como, v.g., segurança, saúde e qualidade de vida. Esses fatos atingiram a ciência jurídica e, especialmente, a técnica processual.³⁹

Isso se deu porque no liberalismo se exigia um Poder Público inerte frente às relações privadas, agindo como mero espectador das relações jurídicas. Era o Estado absentéista⁴⁰. Já o Estado Social reclama uma verdadeira e efetiva participação do ente público na pacificação dos conflitos, e vem representado no processo pelo Estado-juiz, que

³⁸ Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 90-92.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. 2007 [em fase de publicação].

deve garantir aos jurisdicionados não só a realização do direito material, mas a própria justiça no caso em concreto.

Nesse sentido, acrescenta Danilo Knijnik, citando trecho de Augusto Morello:

Assim, o abandono do Estado Liberal acarreta a superação do modelo abstrativista do processo, reatando as relações deste com o direito material; a assunção das funções positivas pelo Estado leva à consagração do escopo de pacificar com justiça. No âmbito probatório, substitui-se o modelo do juiz-espectador para o modelo do juiz-administrador, mediante “redução das regras de exclusão dos meios de prova, introdução de instrumentos que assegurem a aquisição da prova, extensão do poder de iniciativa instrutória do juiz, adoção de um método eficaz para a assunção e prática da prova, o critério da livre valoração da prova”.⁴¹

Ademais, “para a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade”.⁴²

O nosso ordenamento jurídico foi diretamente afetado por esse novo conceito de Estado, aderindo à idéia intervencionista. Não obstante, posteriormente houve a necessidade de se buscar para a ciência do processo uma nova perspectiva, agora constitucional, decorrente do fato da Constituição Cidadã ter trazido o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais do fim para o início do texto.⁴³

Essa alteração da ordem topológica teve forte influência dos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fazendo com que a doutrina passasse a se preocupar não só com o reconhecimento de direitos, mas também com a sua efetivação e efetividade.

Dentro desse panorama encontra-se ainda o novo sistema de interpretação constitucional, que deve pautar o estudo do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo⁴⁴, consistente em se atentar não só para o discurso teórico, mas também para o modo como o direito é efetivamente operado, esse sim muito mais difícil do que o plano das teorias.

⁴¹ MORELLO, Augusto. La prueba, tendencias modernas. Buenos Aires: LEP, 1991, p. 22, apud KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 204.

⁴³ ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 115, jun. 2004.

⁴⁴ “O termo ‘neo’ (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas.” (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 670-672).

Eduardo Cambi, ao tratar do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, ensina: “Tal movimento foi incentivado pela constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, retirando dos Códigos e, portanto, do direito infraconstitucional o núcleo hermenêutico do intérprete”⁴⁵. Prossegue citando o Superior Tribunal de Justiça que, inclusive, acompanhando a nova tendência, reconheceu que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁴⁶.

Assim, a mudança de valores ideológicos inseridos no texto constitucional refletiu e alterou o panorama de todo ordenamento jurídico (ordem jurídico-constitucional) e, conseqüentemente, o próprio conceito e finalidade do processo, a fim de atender aos reclames sociais elevados a nível constitucional.

Sobre o tema, o constitucionalista Paulo Bonavides assinala que:

[...] com a “publicização” do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional e do Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional.⁴⁷

Sob essas premissas, o processo teve sua própria estrutura reformulada, fazendo com que ganhasse um papel principal – tal qual o direito substancial –, quando da prestação da tutela jurisdicional.⁴⁸

Nessa evolução, o direito processual passou a ter uma relação muito íntima com o direito material, a fim de que esse sincretismo garantisse a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

Nas palavras de Alvaro de Oliveira, “a participação do processo para a formação da decisão constitui, de modo imediato, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”⁴⁹.

⁴⁵ CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 670.

⁴⁶ STJ – HC n. 9.892/RJ, 6ª. T., rel. Min. Fontes de Alencar, j. 16.12.1999, *DJU*, de 26.03.2001, p. 473.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46.

⁴⁸ Sobre a interdependência entre o direito material e o direito processual e suas conseqüências: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189-192.

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004. p. 17.

O mesmo autor ainda afirma o seguinte:

Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.⁵⁰

Como se observa desse novo modelo de Estado intervencionista, o processo foi um dos institutos mais atingidos, com impactos em toda sua estrutura, ganhando uma relevância antes não considerada, já que recebeu a responsabilidade de, além de aplicar as técnicas pertinentes ao procedimento correspondente, servindo ao direito material, ser também condutor da carga axiológica inserida na Constituição, dando ensejo a uma decisão jurisdicional equânime e justa.

É o chamado fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional.⁵¹

E dentre os ideais trazidos pela ordem constitucional, destacam-se a efetividade⁵² e a segurança jurídica, ambos aliados ao valor democracia. Esses novos valores ideológicos, conseqüentemente, refletiram nos três conceitos básicos da disciplina processual – ação, jurisdição e processo –, que passaram a ser vistos sob a atual ótica constitucional. Ressalte-se aqui que as recentes reformas processuais privilegiaram o valor efetividade, em prol da segurança jurídica, buscando uma satisfação mais rápida do jurisdicionado.

No direito alienígena não foi diferente, com os sistemas jurídicos enaltecendo não só o devido processo legal, mas também a efetividade e a segurança jurídica, que fazem parte dos principais ideais constitucionais buscados.⁵³

Não obstante, toda essa mudança comportamental fez que o Estado não mais se conformasse com a igualdade formal, mas buscasse a verdadeira isonomia entre os participantes da relação processual, exigindo uma paridade substancial como forma justa e legítima de se alcançar a pacificação social.

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75.

⁵¹ CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 672.

⁵² Entendendo que a função social do processo depende de sua efetividade, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini, A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 8.

⁵³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90. p. 95-150, abr./jun. 1998.

Como consequência, exigiu-se do magistrado um papel atuante diante da relação jurídica processual, não mais se admitindo que o juiz fique inerte no decorrer do processo, principalmente nos casos em que observa um latente desequilíbrio entre os litigantes.⁵⁴

Verificou-se então que, a cada reforma legislativa, mais poderes passaram a ser conferidos ao juiz, numa clara demonstração de libertação do modelo privatístico⁵⁵ de processo, bem como em atendimento aos anseios constitucionais, talvez até sob a inspiração dos bons resultados práticos que o ativismo vem alcançando.

Pode-se dizer que, no atual contexto democrático, o juiz possui o direito fundamental de participação no processo civil, já que contribui – por meio da jurisdição – para a construção da sociedade.

Outrossim, o grupo de estudos constituído no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho para avaliar a transição ocorrida entre a vontade do legislador e o ativismo judicial⁵⁶, ao pontuar as considerações do jurista português Castanheira Neves sobre qual deveria ser o papel da lei, conclui:

Consideramos que os três modelos de classificação desse jurista demonstram uma evolução do Estado Liberal (a partir do normativismo legalista), com ênfase para as funções do Poder Legislativo, para o Estado Social (funcionalismo), com predominância das funções Administrativas e sua capacidade de promover políticas de interesse primordial da coletividade, e do Estado Social para um Estado Democrático de Direito (jurisprudencialismo), próprio de uma Sociedade pluralista, aberta aos mais diferentes valores, interessada principalmente na proteção e defesa de direitos que se consideram fundamentais para o desenvolvimento individual dos membros dessa Sociedade. Nesta Sociedade complexa, em que há tantos valores legítimos em conflito, as funções do Poder Judiciário atingem seu ápice, pois é a partir do ativismo dos juízes que os direitos são reconhecidos dentro da consciência jurídica dessa Sociedade e a constituição *material* vai sendo escrita.⁵⁷

⁵⁴ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini, A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 9.

⁵⁵ José Carlos Barbosa Moreira, ao repudiar a forma de repartição de atribuições entre as partes e o juiz na era privatista, em que se cerceava a participação do juiz e se confiava às partes a condução do processo e da atividade instrutória, comenta: “Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida a mero fiscal da observância de certas ‘regras do jogo’. Projetada na tela da economia, semelhante idéia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção do processo modelada à imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva.” (*Temas de direito processual*: nona série, cit., 2007, p. 65-66).

⁵⁶ Esse termo vem corriqueiramente sendo usado na doutrina para expressar a atividade do juiz de direção do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 220).

⁵⁷ GRUPO DE ESTUDOS “A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA”. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.oei.es/n8908.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

Moreira Pinto retrata a questão da seguinte forma:

Qualquer intervenção no plano legislativo, ao menos no âmbito do processo, passará a ser salutar a partir do momento em que despertar na comunidade jurídica o senso crítico. E os operadores do direito, a partir das novas lições, precisam contribuir para uma revolução na mentalidade e no modo de conduzir e vislumbrar a relação jurídica processual. Juízes passivos, descompromissados com o resultado do processo e advogados não preparados suficientemente ao descortinar do litígio, conduzirão, sem sombra de dúvidas, a eterna ineficiência do mecanismo estatal de solução dos conflitos.⁵⁸

Sobre o assunto, o constitucionalista português Gomes Canotilho sintetiza o que ora se defende, de modo ímpar:

Revelem-se, também, as profundas deslocções retóricas, discursivas e metodológicas operadas no direito público pelas várias *teorias da justiça* e do *agir comunicativo* que pretendem completar, quando não substituir, a clássica teoria da constituição. Neste contexto, “estar *in*” no direito constitucional é acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, económico e social. Se incluirmos no direito constitucional outros modos de pensar, poderemos fazer face ao “desencanto” provocado pelo formalismo jurídico contundente, em certa medida, à procura de outros modos de compreender as “regras jurídicas”. Estamos a referir, sobretudo as propostas de entendimento do direito como *prática social* e os compromissos com formas *alternativas* o direito oficial como a do “direito achado na rua”.⁵⁹

Toda essa evolução da ciência processual refletiu também no direito probatório⁶⁰, com alterações em sua estrutura principiológica. Em face da colocação publicista do processo e da socialização do direito, o princípio dispositivo que rege a matéria no âmbito civil passou a caminhar lado a lado com as iniciativas probatórias do juiz, garantindo a prestação de uma tutela adequada, tempestiva e justa.

Não bastasse, a nova concepção do instituto da prova está intimamente relacionada à sua natureza jurídica, mais precisamente no reconhecimento pela doutrina majoritária de seu caráter público, em detrimento de posicionamentos eminentemente privatísticos ou bifrontes, como se verá oportunamente. Foi esse reconhecimento da publicização do próprio direito probatório o evento determinante do atual tratamento das questões a ele relacionadas.

⁵⁸ MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 148, p. 178, jun. 2007.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 26-27.

⁶⁰ Segundo Gian Antonio Micheli, a posição que a matéria da prova tem é quase como uma ponte entre o direito substancial e o processo, sendo a prova um instrumento indispensável para a demonstração do fundamento da própria demanda no processo (*L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966. p. 87).

Com isso, o julgador assume um papel importantíssimo, no sentido de dar aplicabilidade ao instituto da prova, de modo a atingir plenamente a sua finalidade⁶¹. E a apuração pelo juiz das afirmações postas em juízo, vale sempre ressaltar, não deve ser desmedida, mas, ao invés, deve corresponder exatamente à necessidade reclamada no processo.

Há de se pensar que a atuação instrutória do juiz constitui um poder-dever-função que visa sempre à perfeita entrega jurisdicional, de forma que a inércia do magistrado traz malefícios tanto às partes da relação processual quanto à sociedade. Resumindo, tanto a conduta ativa do magistrado, quanto a omissiva, podem ensejar prejuízos e responsabilização.

Aliás, deixe-se assente que os poderes conferidos pela legislação ao juiz, não só no campo probatório, trazem consigo uma carga de responsabilidade⁶² que nem sempre é reconhecida pelas partes e seus advogados, mas que, necessariamente, pesa sobre a atividade judicial.

Assim, o juiz deve ter coragem, liderança e iniciativa para detectar quando e como aparece a desigualdade - substancial ou processual – entre as partes, a fim de que possa implementar, por conseguinte, a solução oriunda de seus poderes. Não obstante, deve o julgador ultrapassar as possíveis dificuldades e incertezas que ocorram quando da busca da verdade processual.

Contudo, não se deve deixar de mencionar que o juiz também está sujeito à boa-fé objetiva, que impera sobre todos os envolvidos na relação processual, sob pena de se

⁶¹ “Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. [...] III - tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.” (STJ – RESP n. 43467/MG, 1994/0002624-2, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995, *DJU*, de 18.03.1996, p. 7.568, *RDR*, v. 7, p. 277, *REVFOR*, v. 336, p. 256, *RSTJ*, v. 84, p. 250, *RT*, v. 729, p. 155).

⁶² Como alerta Humberto Dalla Bernardina de Pinho, o aumento da responsabilidade do juiz em razão do incremento de seus poderes, de acordo com o artigo 133 do Código de Processo Civil, deve receber novos matizes com o inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2005, (*Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64).

configurar ato atentatório ao exercício da jurisdição, de que trata o artigo 14, II, do Código de Processo Civil. Outrossim, o juiz não pode cometer ato que afronte seu dever de lealdade.⁶³

Ora, se ao juiz está sendo conferida e exigida uma atuação cooperativa no processo, não seria razoável que tivesse um tratamento diferenciado dos demais participantes do feito, numa posição privilegiada e inseqüente.

Ao invés, quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, seja por sua conduta abusiva, seja por sua conduta omissiva⁶⁴. Assim, as situações que antigamente só seriam avaliadas pela via recursal, também estarão sujeitas a medidas administrativas e judiciais. É o que ensina Amendoeira Junior:

A possibilidade de responsabilização do Estado e do juiz é certamente uma medida preventiva e educativa, já que evita que os juizes, no exercício de suas funções, excedam os limites no uso dos poderes postos à sua disposição “esquecendo-se” de que estes não são apenas poderes desvinculados, como dito e repisado, verdadeiros poderes-deveres, oriundos dessa função.⁶⁵

Outro aspecto dessa carga de responsabilidade imposta ao julgador é gerar a concessão de poderes ao juiz grande resistência e desconfiança no mundo jurídico, como qualquer novidade no campo do direito. Aqui entra a questão institucional, relativa ao próprio Poder Judiciário como um todo, já que não se atribui ao mesmo a maturidade esperada de uma autoridade tão poderosa.

E é a atuação da magistratura que irá dizer, ao longo de sua trajetória, se estava ou não preparada para tamanha credibilidade. Essa expectativa não será observada somente no ordenamento jurídico pátrio, mas em todos os sistemas que apostaram nessa nova concepção

⁶³ Reconhece-se na doutrina brasileira que o juiz não escapa da responsabilidade pessoal por infringência ao dever de lealdade, que deverá ser definida pelo tribunal, quando apreciar algum recurso ou sucedâneo recursal, ou por outro juiz, como, por exemplo, o deprecante, em face do deprecado (CARPENA, Márcio Louzada. *Da (des) lealdade no processo civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.htm](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2008). Ainda sobre a responsabilidade pessoal do juiz, explica Sidney Amendoeira Junior: “Aliás, valeria dizer, por fim, que ao aumento gradual dos poderes do juiz deveria, ao menos em tese, corresponder um aumento gradual da possibilidade de ser o mesmo diretamente responsabilizado pelo seu uso. No nosso modo de entender, nada justifica a letra da lei que responsabiliza o Estado e ‘esconde’ o magistrado, que só pode ser responsabilizado naquelas hipóteses acima mencionadas.” (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 94).

⁶⁴ “Cuidar da acentuação de poderes, no entanto, é cuidar também, e forçosamente, de acentuação da responsabilidade. Quem se investe de poderes responde pela omissão em exercê-los na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 51).

⁶⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 94.

legal, a fim de que a experiência seja solidificada ou definitivamente banida dos sistemas de direito.

Por tudo isso é que se diz que, caso a questão seja analisada da forma como se deve, perceber-se-á que, no final, a posição do juiz poderá ser muito mais incômoda do que a das partes, no que tange à sua atuação no processo, já que os parâmetros objetivos do poder instrutório, de inteira responsabilidade do magistrado, nem sempre são perceptíveis ou acertadamente aplicados, mas exigem uma prudência inquestionável.

Não obstante, deixe-se assente que a idéia de paternalismo processual ou social, está muito presente, num primeiro momento, na visão dos estudiosos do assunto, o que não se confirma. Não é esse o objetivo dessa nova tendência.

Ao invés, tudo o que se tenta demonstrar é que a noção de parcialidade é completamente oposta ao fundamento publicístico do ativismo. Sem essa compreensão, o juiz se transforma num “assistente”⁶⁶ da parte, o que definitivamente não compatibiliza com a imparcialidade necessária ao exercício da jurisdição.

A avaliação da necessidade e a conseqüente aplicação dos poderes processuais pelo magistrado ocorrerão sempre de forma objetiva, levando-se em consideração apenas as debilidades refletidas processualmente, no interesse dos próprios litigantes.

Os poderes do juiz não se prestam nem a ajudar tecnicamente a parte e nem à realização de política social. Essa concepção subjetivista do poder do juiz deve ser inteiramente afastada, a fim de que tanto as partes quanto o próprio juiz tenham a segurança necessária para a atuação no processo. Sendo assim, a iniciativa oficial deve ser interpretada e aplicada de modo a não desvirtuar o instituto.

Insta reforçar que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz têm sido observada em quase todos os ordenamentos jurídicos, uns em maior escala que outros. A marcha ao processo civil autoritário, em decorrência da socialização do direito, é uma tendência que vem sendo adotada paulatinamente pelos países da *civil law* e da *common law*.

⁶⁶ Entendendo que o juiz presta “assistência judicial”: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 477.

Por essa razão, debate-se na doutrina nacional e estrangeira o rumo que esses poderes processuais vêm tomando, principalmente no campo probatório, até para que se possa repensar a questão.

Portanto, o desafio passa a ser a implementação de uma mudança ideológica por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem, quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.

2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROBATÓRIO

O direito à prova⁶⁷ constitui manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa “porque ‘agir e defender-se provando’ é uma condição necessária para a atuação dessas garantias”.⁶⁸

Após uma longa linha evolutiva, verificou-se que a prova passou a ser consagrada como um direito do cidadão, constituindo uma das formas de acesso à justiça e de se obter a justiça. Ocorre que no Brasil esse direito foi constituído de modo interessante, eis que agregou vertentes de sistemas jurídicos distintos. Nas precisas palavras de Eduardo Cambi:

Portanto, o reconhecimento do direito à prova, no Brasil, é mais fácil do que na maioria dos países europeus, os quais adotam o sistema da *civil law*, mas não prevêm em suas respectivas Constituições um conjunto tão expressivo e analítico de garantias processuais. Aliás, a consagração do direito à prova no Brasil é influenciada por duas vertentes distintas. De um lado recebe os influxos do modelo da *common law*, uma vez que a Constituição brasileira de 1988 assimilou a cláusula do *due process of law* e a dos direitos fundamentais implícitos. Por outro lado, acolhe as influências contemporâneas do sistema da *civil law*, que, no pós-guerra, constitucionalizou as garantias processuais; porém nessa perspectiva, foi ainda mais detalhista que a maior parte das Constituições européias, porque assegurou, expressamente, as garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório ao processo civil. Com efeito, os intérpretes da Constituição brasileira e os operadores jurídicos, de um modo geral, têm à disposição várias possibilidades (*topoi*) para incorporar o direito à prova no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5 da CF).⁶⁹

Não obstante, a Constituição brasileira incorpora ao elenco do artigo 5º direitos e garantias provenientes dos tratados e convenções internacionais em que o Brasil seja parte, tais como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionada pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992, que também consagra o direito à prova (art. 8º, § 2º, “F”).

⁶⁷ Há quem considere tratar-se de uma garantia constitucional, e não apenas de um direito. Eduardo Couture, ao comentar o tema, assevera: “*La ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.*” (*Estudios de derecho procesal civil: La constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 1, p. 65-66). Ainda sobre a visão da prova como garantia, ver: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 468-470).

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Prova (in generale). In: DIGESTO delle discipline privatistiche: sezione civile, v. 16, p. 30, apud CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 112-113.

⁶⁹ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 163.

A Carta Magna refere-se expressamente à questão da prova somente no inciso LVI do artigo 5º, ao dispor que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Apesar disso, a previsão do direito à prova encontra-se implícita na norma constitucional que estabelece a cláusula *due process of law* (art. 5º, inciso LIV) e no inciso LV do mesmo artigo que, ao tratar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, refere-se também aos meios e recurso inerentes a essa última, nos quais se inclui o direito à prova.

Nesse passo, pode-se concluir que o direito à prova “é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa”⁷⁰. Nesse sentido é o julgado do Supremo Tribunal Federal:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO *DUE PROCESS OF LAW*. PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO. O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o *due process of law*, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), inclusive o direito à prova. Abrangência da cláusula constitucional do *due process of law*.⁷¹

Outrossim, no Código Civil, o direito à prova vem esculpido no artigo 212, estabelecendo a sua amplitude, restringindo-o somente no que tange aos fatos que dependem de prova especial quanto à forma, trazendo, ainda, um rol dos meios de prova.

⁷⁰ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 113.

⁷¹ STF – MS n. 26.358/DF-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 02.03.2007.

O Código de Processo Civil, por sua vez, amplia ainda mais o direito à prova ao prescrever, em seu artigo 332, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Como se vê, o nosso ordenamento jurídico – seja na lei, na doutrina ou na jurisprudência – consagra o direito à prova, que deve ser concebido com um direito público subjetivo.⁷²

Porém, esse direito público subjetivo à prova não é absoluto, podendo ser limitado nos casos de desnecessidade, impertinência, irrelevância, inadmissibilidade, em nome da celeridade, da economia processual, bem como do valor da efetividade, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outras hipóteses consideradas em cada processo.

Além disso, a limitação mencionada pode vir instituída no próprio procedimento, mas também pode ser exercida pelo juiz – com base em lei –, quando constatar a presença das situações autorizativas, seja em razão do objeto litigioso não demandar uma dilação probatória, seja em razão da inutilidade da mesma para o convencimento do magistrado, diante dos elementos já constantes dos autos, ou seja, ainda, por sua impertinência em relação às afirmações submetidas à prova.

Por fim, registre-se que o direito à prova serve para assegurar a obtenção de meios e também de resultados, garantindo a qualidade do provimento judicial, de modo que o magistrado deve agir ponderadamente quando da inadmissão do meio probatório pleiteado.

Assim é que a excessiva restrição do poder de se alegar em juízo os fatos relevantes, bem como de comprová-los, acarreta a ineficácia da expressão dinâmica das garantias processuais e constitucionais, privando as partes dos meios adequados de acesso à ordem jurídica justa.

⁷² CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 44.

O direito probatório também ganhou notório reconhecimento no direito estrangeiro⁷³. É instituto consagrado nos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos, constituindo-se em um direito subjetivo do indivíduo, cuja observância se faz necessária, ao se regular o desenvolvimento do processo.

Dito isso, mister se faz a análise do incessante questionamento jurídico referente à natureza jurídica das normas probatórias, ou seja, seu aspecto objetivo. A discussão se dá em razão da estreita ligação entre o direito material e a prova, tendo em vista que o reconhecimento daquele depende do que esta possibilitar, bem como pelo fato das normas sobre prova se encontrarem esparsas, tanto nas codificações e leis materiais, quanto nas processuais.

Insta registrar, inicialmente, que o próprio Código de Processo Civil de 1973 repetiu e alterou o Código Civil em matéria de prova, indicando a existência de dúvida quanto à permanência das normas probatórias nesse último.

Contudo, mesmo tendo a exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Lei n. 634-B/75 do Código Civil observado a diretriz de eliminar as regras de cunho processual, não houve tal acatamento, e o novo Código Civil manteve em seu corpo normas sobre prova, dispondo, inclusive, de um título específico para a matéria.

A necessidade de identificação da natureza jurídica da prova é de suma importância, já que enseja implicações teóricas e práticas relevantíssimas, como as concernentes aos conflitos de leis no tempo e no espaço, à validade dos “pactos sobre provas”, às formas de acesso às instâncias superiores, à extensão da garantia constitucional do direito de ação e de defesa e, ainda, aos poderes instrutórios do juiz.

⁷³ Eduardo Cambi faz um estudo completo e comparativo do direito à prova. Relata que na Alemanha o direito à prova deriva do direito de o cidadão obter justiça (*Justizgewährungsanspruch*). A Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn de 1949 prevê o direito à tutela jurisdicional no artigo 19.4. Na Suíça, o direito à prova era considerado um direito privado, mas foi reconhecido posteriormente como um direito público no artigo 4 de sua Constituição Federal. Na Espanha, o direito à prova está previsto no artigo 24, n. 2, da Constituição. Em Portugal, o direito à prova está previsto no artigo 20 da Constituição como uma manifestação essencial das garantias da ação e da defesa. Na Itália, a consolidação do direito à prova decorre da interpretação jurisprudencial e doutrinária do artigo 24 da Constituição italiana, como corolário das garantias constitucionais processuais. Nos Estados Unidos, a jurisprudência dá *status* constitucional ao direito à prova, reconhecendo-o como um aspecto fundamental dos direitos de agir ou de defender-se em juízo, os quais são inerentes à garantia constitucional do devido processo legal (*Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 157-163).

A questão é polêmica na doutrina, sendo três as principais teorias sobre o assunto: a de que integra o ramo do direito processual⁷⁴; a de que pertence ao direito substancial⁷⁵; e, por fim, a teoria mista, que diz que as normas sobre prova são partilhadas pelos direitos substancial e processual.⁷⁶

No entanto, a posição dominante⁷⁷ é a que atribui à prova a natureza processual, “pois regula o meio pelo qual o juiz formará a sua convicção, a fim de exercer a função jurisdicional”.⁷⁸

Segundo Liebman⁷⁹, as provas possuem natureza instrumental-processual, uma vez que não dizem respeito à existência dos fatos jurídicos, mas se limitam a disciplinar os modos e as formas de sua evidência no processo, isto é, as coisas e atividades que permitem a declaração de sua certeza por parte do juiz.

Assim, não há justificativa para que parte das normas esteja prevista no Código Civil, mormente quanto à admissão das provas e sua eficácia no processo.

Alexandre Câmara⁸⁰ é categórico ao afirmar que as provas devem ser reguladas no Código de Processo Civil, não sendo o Código Civil a sede apropriada, pois as regras do direito probatório são as mesmas, tanto para o direito público, quanto para o privado. Complementa no sentido de que no direito material são reguladas as regras formativas do ato e o valor da prova. Já no direito processual, regulam-se os meios de prova, admissibilidade pelo juiz, produção da prova, distribuição do ônus da prova, regra de valoração (art. 131 do CPC), desde que não estabelecida em lei. Ademais, o Código Civil de 2002 mistura meio e fonte de prova, e não fala das provas atípicas, além de incluir a presunção, que não é prova.

⁷⁴ REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 143; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 179-181; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 2, p. 83; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 74.

⁷⁵ SATTI, Salvatore. *Direito processual civil*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003. v. 2. p. 213.

⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4, p. 18; DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

⁷⁷ Por todos, consultar: REGO, Hermenegildo de Souza, *Natureza das normas sobre prova*, cit.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 390.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 83-86.

⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 390-391.

Com efeito, o direito probatório constitui técnica processual a ser utilizada para atender às finalidades do litígio judicial. As conseqüências dessa conclusão refletem em todos os entes envolvidos na relação processual, bem como em todas as fases do procedimento probatório. A principal, e que nos interessa neste momento, é a concernente à iniciativa probatória do juiz, tendo em vista que o reconhecimento do instituto como integrante do ramo do direito público retira do campo de disponibilidade das partes qualquer tentativa de manipulação ou convenção quanto à produção das provas, devendo submeter-se ao que a técnica processual puder proporcionar para o deslinde da questão posta em juízo.

Outrossim, a natureza pública do direito probatório confere ao julgador ampla flexibilidade para conduzir a fase probatória, de modo a adequar os instrumentos processuais às peculiaridades do direito material envolvido.

Na precisa lição de Alvaro de Oliveira:

Instaurado porém o processo, o seu modo ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo discipiendo no entanto possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso. Daí, o equívoco de colocar-se no mesmo plano as iniciativas do juiz em tema de prova (operantes apenas no plano *formelle Prozessleitung*) e as que incidem por sua vez sobre as alegações, que concernem efetivamente ao plano da “matéria”, ou seja, ao “objeto” do processo.⁸¹

Por outro lado, a discussão acerca do tipo de direito material em jogo – se disponível ou indisponível – perde completamente sua força⁸², já que a verdade buscada será uma só e as técnicas empregadas terão um mesmo propósito, conforme conclui José Roberto Bedaque:

Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal disponível ou indisponível. Tanto o direito processual civil como o direito processual penal pertencem ao mesmo ramo do direito. O desenvolvimento dos estudos sobre a teoria geral do processo permite que se fale hoje em direito processual, disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista.⁸³

⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

⁸² No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 2. p. 52. Conferir ainda: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 112.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 128.

O autor ainda complementa:

Em síntese, não se deve restringir a atividade instrutória oficial em função da natureza da relação jurídica controvertida. Além de não haver qualquer dispositivo legal que autorize tal conclusão, o objetivo buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a “ativização da conduta do magistrado”.⁸⁴

Também comunga do mesmo entendimento Alvaro de Oliveira⁸⁵. Tudo, portanto, recomenda a quebra do monopólio das partes na instrução da causa, mesmo em se tratando de interesses puramente privados, pois não há porque alterar a estrutura do processo em função da natureza disponível ou indisponível do direito litigioso.

Conseqüentemente, a convenção⁸⁶ sobre o ônus da prova prevista no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil⁸⁷ não pode subsistir em nosso ordenamento jurídico, já que conflita com o próprio direito probatório, ou então não deve ser entendida como norma a ser submetida ao crivo do magistrado para que possa surtir efeitos processuais.

João Batista Lopes, inconformado com a disposição do Código de Processo Civil sobre a possibilidade de convenção das partes em matéria probatória (art. 333, parágrafo único), afirma que:

A admissão do princípio dispositivo não significa, porém, que as partes possam orientar o processo a seu talante. Dono do processo (*dominus processu*) é o juiz e, se às partes se conferem certos poderes de disposição (indicar os meios de prova, fixar o objeto da demanda, transigir etc.), tal se compreende fora da atividade própria do juiz, não sendo este obrigado, na formação das bases da sentença, a aceitar as convenções das partes.⁸⁸

Portanto, reconhecida a natureza processual das normas sobre prova, estabelece-se um parâmetro para a análise e desenvolvimento dos demais aspectos relacionados ao tema, que devem levar em consideração as características públicas do direito processual, objetivando, acima de tudo, a coerência no estudo e aplicação do direito probatório.

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 137-138.

⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, cit.

⁸⁶ Entendendo de forma diversa: “Outras convenções probatórias também são admissíveis, desde que disponível o direito material que por elas possa ser atingido e que não seja tolhido o livre convencimento de juiz, nem limitado o seu poder de determinar de ofício a produção das provas que julgar necessárias à devida e veraz elucidação dos fatos.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 07 fev. 2008).

⁸⁷ “Artigo 333 - O ônus da prova incumbe: [...] Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

⁸⁸ LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 42.

3 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A análise do direito probatório e dos poderes instrutórios do juiz passa necessariamente pela questão dos princípios norteadores das provas.

Os princípios, ao lado das regras, são espécies do gênero normas jurídicas. Diferem das regras no que tange à sua maior abstração, em razão da carga valorativa neles inserida. Humberto Ávila define os princípios como sendo:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁸⁹

O princípio matriz do nosso ordenamento jurídico é o devido processo legal. É a partir dele que decorrem todos os demais princípios. Na concepção de Eduardo Cambi, o devido processo legal deve ser tratado como “cláusula em branco”, pois está destinada a variar segundo as condições histórico-políticas e econômico-sociais próprias do momento de sua aplicação”.⁹⁰

O fato é que a garantia do devido processo legal, numa acepção ampla, abrange as garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório. Também possui um aspecto formal e outro material.

Não bastasse, ao lado dos princípios gerais que norteiam o processo, existem alguns princípios específicos do direito probatório que merecem ser ressaltados, ainda que de forma meramente enunciativa: a) ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88) – é o que garante a produção de prova e contraprova pelos envolvidos na demanda; b) proibição da prova obtida ilicitamente (art. 5º, LVI da CF/88) – não tem caráter absoluto e vem sendo mitigado em nome de interesses maiores em jogo; c) disponibilidade processual – confere ao juiz a direção do processo na busca dos elementos probatórios ensejadores de sua convicção; d) oralidade – as provas devem ser produzidas preferencialmente em audiência, para permitir maior

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 167.

⁹⁰ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 111.

aproximação do juiz com os meios probatórios; e) imediatidade – o juiz é quem colhe a prova, pessoal, direta e imediatamente; f) identidade física do juiz (art. 132 do CPC) – o juiz que concluir a instrução deve, em regra, sentenciar (a Lei n. 8.637/93 alterou esse artigo para desvincular o magistrado sucessor do julgamento da causa, mas ressaltou que as provas podem ser repetidas para melhor esclarecimento); g) aquisição processual – prevê a comunhão das provas que, uma vez produzidas, ficam incorporadas e adquiridas no processo, podendo o juiz julgar contra quem requereu e produziu a prova; h) livre convencimento motivado do juiz (art. 131 do CPC) – pelo nosso sistema, não há pré-valorização da prova, devendo o juiz analisar uma prova dentro do conjunto probatório dos autos, decidindo motivadamente; a prova legal é uma limitação a esse princípio (ex: certidão do estado civil para provar o estado da pessoa).

Assim, essas são as diretrizes que norteiam o direito probatório, atribuindo-lhe características próprias que fazem com que ele diferencie dos demais institutos processuais.

Além dos princípios supracitados, tem-se ainda o princípio dispositivo, que rege o processo civil⁹¹ e é apontado como um dos principais obstáculos aos poderes instrutórios do juiz.⁹²

O princípio dispositivo encontra-se consagrado na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil vigente, refletindo a vertente do pensamento jurídico ocidental, que propende a reservar às partes o papel principal nessa área, o que induz, em tese, ao afastamento de qualquer interferência do juiz.

Isso se dá porque, de acordo com os interesses tutelados, o Estado dispõe de modelos processuais para melhor atender à solução do litígio e em consonância com a importância que o bem jurídico sob tutela representa para o ordenamento doméstico.

Aqui, insta esclarecer que não há vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador pátrio e o tipo de regime político vigente no momento da opção, com o

⁹¹ O jurista espanhol Joan Picó y Junoy assevera que o tipo de modelo processual escolhido pelo legislador se dá de acordo com a clara distinção entre interesses públicos e privados. Prossegue dizendo que: “*En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo.*” (Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 103, p. 61, jul./set. 2001).

⁹² Discordando dessa característica do princípio dispositivo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 35-40.

“princípio dispositivo” correspondendo a um regime “liberal” e o princípio “inquisitivo” a um regime “autoritário”. Essa relação pode refletir no campo processual, mas não de modo constante e necessário, como é freqüentemente insinuado.⁹³

O termo “dispositivo”, por sua origem, indica tratar-se das relações jurídicas disponíveis, ou seja, dos direitos que as partes podem dispor com liberalidade, em oposição aos direitos indisponíveis, dos quais as partes não podem dispor.

Entretanto, esse atrelamento não se confirma, eis que não há necessariamente uma contraposição entre o princípio dispositivo e os denominados direitos indisponíveis, já que o referido modelo processual também pode comportar as relações que envolvam essa categoria de direitos. Assim, a índole disponível ou indisponível da relação jurídica não se presta a identificar o regime processual adequado.⁹⁴

Por sua vez, o princípio dispositivo é comumente designado como o modelo em que o juiz fica subordinado aos atos processuais das partes, em oposição ao princípio inquisitivo, que atribui ao órgão judicial maiores poderes⁹⁵. Aqui também não há correlação entre os institutos⁹⁶. Aliás, o sistema inquisitivo “tem como princípio basilar a reunião, num mesmo sujeito, das funções de acusar, defender e julgar”.⁹⁷

Como se vê, o modelo inquisitivo, substancialmente considerado, se presta não só a enaltecer os poderes processuais do juiz, mas também a definir suas atribuições institucionais, incluindo a de acusar⁹⁸. Assim, a comparação entre os referidos princípios é no mínimo temerária, já que não há exata identidade de características, ainda que contrapostas.

Por outro lado, a opção legislativa que consagrou o princípio dispositivo visou apenas distribuir as tarefas dos sujeitos processuais envolvidos na contenda cível – partes e

⁹³ São os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira (*Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54).

⁹⁴ Em sentido contrário: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento: 1ª parte. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 275.

⁹⁵ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 221.

⁹⁶ Para Michele Taruffo, a distinção entre os modelos adversarial e o inquisitorial é equivocada e induz a erros, uma vez que não existem sistemas adversariais puros, e todos os modernos sistemas procedimentais investem o juiz de poderes relevantes em matéria probatória. (*Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, cit, p. 1).

⁹⁷ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público*: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36-37.

⁹⁸ Sobre os diversos modelos processuais, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini, *A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório*, cit., p. 3-10.

juiz –, e não indicar uma sobreposição de poderes, sendo certo que a utilização deles pelo julgador só seria autorizada em processos em que se detectasse uma desigualdade justificadora, ou então para reprimir ou prevenir condutas, atos atentatórios à dignidade da Justiça. Em nenhum momento a Exposição de Motivos relacionou o aumento dos poderes do Poder Judiciário à diminuição dos poderes das partes, como manifestação de subordinação.

A confusão ora observada tem razão de existir, sendo que o problema reside nos diversos significados e funções atribuídos ao princípio dispositivo, situação essa que persiste desde o seu nascimento.

O princípio em comento, de origem alemã, embora inicialmente inspirado na disponibilidade de direitos, acabou por não refletir esse vínculo na terminologia adotada.

Com efeito, na modernidade, a subordinação do juiz à iniciativa da parte foi denominada de *Verhandlungsmaxime*⁹⁹, relacionando-se com a introdução no processo da matéria de fato, a decisão sobre sua verificação e a iniciativa desta, ou seja, o modo de funcionar o mecanismo processual em relação aos fatos e a prova destes.

Por outro lado, a expressão *Dispositionsmaxime* foi empregada para identificar a diretriz que se relaciona com a liberdade do titular do direito de decidir sobre a utilização ou não do instrumento do processo, sua subsistência, e ainda sobre a demarcação do litígio.¹⁰⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo “princípio dispositivo” também acarreta posicionamentos discrepantes quanto ao seu significado. É comum ver o instituto sendo atrelado: à iniciativa de instauração do processo (que, na verdade, corresponde ao princípio da demanda, *ne procedat iudex ex officio*); à disponibilidade da relação jurídica material, à fixação do objeto litigioso, e à tarefa de coletar provas (*judex secundum allegata et probata judicare debet*); ao titular da marcha processual (princípio da disponibilidade processual); à possibilidade de autocomposição do litígio; e à demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, dentre outros.

⁹⁹ “Convém frisar, no entanto, que já quase não se aponta na noção de disponibilidade razão suficiente para fundamentar a *Verhandlungsmaxime*.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 40).

¹⁰⁰ Sobre o tema ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 35-40.

Entretanto, esses atos podem até eventualmente constituir desdobramentos do princípio dispositivo, mas essa denominação é adequada, típica e unicamente, aos atos de disposição das partes dentro do processo, sobre os quais o juiz pode se manifestar somente quanto à validade, mas não quanto ao conteúdo.¹⁰¹

Assim, definido o âmbito de abrangência do princípio dispositivo, resta agora traçar um paralelo com os poderes instrutórios do juiz¹⁰² porque o reconhecimento desses poderes no processo civil encontra grande resistência na aparente incompatibilidade com o referido princípio, sob o argumento de que as partes poderiam dispor dos atos processuais tal qual o fazem em relação ao direito material, retirando do juiz qualquer ingerência nesse intento.

Contudo, a questão deve ser analisada sob o enfoque do real significado do princípio dispositivo, do modo acima discutido. A primeira constatação é a de que o modelo dispositivo, na sua singular concepção, não possui nenhuma relação com os poderes instrutórios do juiz, sendo fenômenos distintos que se prestam a finalidades diversas, podendo ambos conviver harmoniosamente no processo, já que os atos das partes não interferem na atividade do juiz, e nem vice-versa.¹⁰³

Na verdade, os atos de disposição das partes devem ser reconhecidos, garantidos, e estimulados pelo juiz, da mesma forma que o comando do processo pelo magistrado deve ser respeitado, exigido e interpretado como meio de assegurar a regularidade, o equilíbrio e a efetividade da relação jurídica processual. São condutas, pois, que se complementam, e não se excluem.

Em outros termos, não há competição entre o juiz e as partes. Quanto mais neutro for o juiz, menos as partes estarão seguras quanto ao desenvolvimento do processo, que ficará à sorte do mais esperto, já que os litigantes atuam cada qual visando benefício próprio, ao passo que o juiz age como terceiro imparcial, sendo o único a zelar efetivamente pela igualdade de armas.

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 42-43.

¹⁰² Acerca da relação entre princípio dispositivo e poderes instrutórios do juiz, Santiago Sentis Melendo assevera que o juiz deve *verificar* o que as partes dão conta de *averiguar*. (*La prueba*: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979, p. 204).

¹⁰³ Com o mesmo entendimento: TARUFFO, Michele, *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, cit., p. 7.

Nesse passo, o incremento dos poderes do juiz não ameaça os direitos processuais¹⁰⁴. O que se tem são direitos (das partes) e poderes (do juiz) convergindo para uma finalidade única, que é a prestação da tutela jurisdicional.

Assim, não há que se falar em conflito de interesses, mas simplesmente em atuações distintas dos entes processuais – juiz e partes. Ao primeiro cumpre determinar a marcha do processo, enquanto que às últimas cabe o exercício dos atos de disposição no processo.

Em termos práticos, os atos das partes relacionados ao seu direito material, quando exercidos dentro do processo, não podem ser restringidos pelo juiz, a não ser quando inválidos. Por outro lado, os atos de disposição das partes se prestam somente a proporcionar o desenrolar do processo, mas não ao controle do mesmo, que é exercido pelo magistrado.

Dessa forma, é a parte quem provoca a atuação da jurisdição, mas é o juiz quem define os rumos do processo, imprimindo a ele ritmo, celeridade e efetividade.

Como se observa, os poderes do juiz – inclusive os instrutórios – não redundam no abrandamento, na mitigação¹⁰⁵ ou na reformulação do princípio dispositivo¹⁰⁶, que permanece

¹⁰⁴ “Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, *usurpando* função da parte; não está agindo *no lugar dela*, fazendo algo que *a ela, e só a ela, incumbia fazer*. Sua iniciativa não é, a rigor, um *sucedâneo* da iniciativa da parte: é qualquer coisa de *inerente* à sua missão de julgador. Ele não atua *como substituto da parte*, atua *como juiz* – como juiz empenhado em julgar bem.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 96).

¹⁰⁵ Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 223.

¹⁰⁶ Na jurisprudência: “[...] o Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual, em sua formulação inicial, o juiz deveria julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abandonou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, como hoje cedoço, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, entre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade’ (RESP n. 17.591/SP, DJU, de 27.06.1994). IV - Indispensável, no entanto, como também assentado nesse precedente, que, na determinação da produção das provas, não haja favorecimento ao litigante que haja descuidado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse.” (STJ – RESP n. 178.189/SP, 1998/0043261-2, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.03.2003, DJU, de 07.04.2003, p. 289, grifamos). Também no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, há memorável acórdão de relatoria do Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PERÍCIA. QUESITOS SUPLEMENTARES. OPORTUNIDADE PARA APRESENTAÇÃO. ART. 425 CPC. QUESITOS SUPLEMENTARES EFETIVAMENTE RESPONDIDOS PELO EXPERT. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. ART. 437. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - *O princípio dispositivo, consagrado em nosso Código de Processo Civil, vem sendo reinterpretado e abrandado em sua formulação primitiva, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real.* 2 - Sob essa ótica contemporânea do processo, não pode a produção probatória ficar restrita a questões meramente temporais, quando, embora concomitantemente à entrega do laudo, a quesitação suplementar já tenha sido respondida e reputada pelo magistrado como pertinente e necessária ao melhor esclarecimento dos fatos e deslinde da causa. 3 - Sendo o juiz o destinatário das provas, cabe-lhe o cotejo de sua prescindibilidade na solução da lide. 4 - Recurso conhecido e desprovido.” (TJES – AG n. 035.03.900178-5/Vila Velha, 2ª Câmara Cível, rel. Alinaldo Faria de Souza, rel. designado Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. 31.08.2004, DOE, de 18.11.2004, grifamos).

íntegro¹⁰⁷. Por outro lado, o princípio dispositivo não deve ser medido pelo grau qualitativo e quantitativo de atuação do juiz no processo.

Deixe-se assente que o fato do princípio dispositivo se referir à relação jurídico-substancial não lhe retira a natureza processual.

Rafael Pereira assim comenta a questão:

Deve-se esclarecer de uma vez por todas que o princípio dispositivo ostenta natureza processual, não material, pois do contrário teríamos que admitir que além da relação jurídica deduzida em juízo ter caráter privado, também gozaria da mesma natureza privada a estrutura interna do processo, ou seja, a técnica processual, o que nos conduziria a aceitar a teoria material da ação.¹⁰⁸

Com efeito, o princípio dispositivo se presta a proteger, dentro do processo, os atos de disposição das partes decorrentes do direito material. Nesse sentido é que a atribuição de natureza pública ao princípio dispositivo – ainda que relativo à relação substancial – se mostra coerente com os reflexos proporcionados pelo instituto no processo. Por conseguinte, nem às partes seria possível dispor desse modelo processual.

Assim, as partes só podem dispor, por meio de atos processuais, do seu direito material, e não da técnica processual, que fica a cargo do magistrado. Afasta-se, pois, a idéia de disponibilidade do processo pelas partes, harmonizando toda a evolução publicista ocorrida no direito processual, principalmente quanto à atribuição de maiores poderes de condução do processo pelo juiz, mormente no campo probatório.

¹⁰⁷ Em oposição, entendendo que o princípio dispositivo foi alterado: “Em conclusão, acompanhando embora as tendências modernas no sentido de fortalecimento dos poderes do juiz, não devemos superestimar o comando do art. 130 do CPC para converter o magistrado em investigador de fatos ou juiz de instrução. Não se afigura adequado, pois, permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhe é atribuída, premiando sua omissão e descaso. Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que se insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça. Em suma, o princípio dispositivo não foi abandonado, mas possui, agora, nova configuração [...]” (LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 69-71). No mesmo sentido: “O princípio dispositivo moderno rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbem privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos, mas, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos.” (PEREIRA, Rafael Caselli. *A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz*. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo1037.doc>>. Acesso em: 17 jan. 2008).

¹⁰⁸ PEREIRA, Rafael Caselli, op. cit.

Acaba-se com a impressão de que o juiz precisa afastar o princípio dispositivo em certas circunstâncias, como um artifício jurídico para que possa exercer seus poderes, sem culpa de estar ferindo outro instituto jurídico.

Frise-se, mais uma vez, que o reconhecimento da existência e relevância dos atos processuais das partes, em suas variadas categorias, deve permanecer intacto. Independentemente de se configurarem como faculdades, poderes, ônus, sujeição, direitos, deveres ou como meros atos ordinatórios, essas condutas estão expressamente previstas no Código de Processo Civil e também impulsionam o processo.

Entretanto, as técnicas processuais não devem estar atreladas ao princípio dispositivo, já que, uma vez provocada a atuação do juízo, retira-se do campo de disponibilidade das partes as eventuais conseqüências decorrentes do desenrolar do feito.

Nas palavras de Barbosa Moreira:

Ora, ninguém é forçado a invocar um direito em juízo, nem, por conseguinte, a alegar o fato de que ele se originaria. Mas aí cessa o poder de disposição. Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extraia esta ou aquela conseqüência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível – para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu) será atitude manifestamente contraditória. Caso lhe resulte inconveniente, por tal ou qual motivo, a averiguação, tem ainda o litigante, no âmbito das relações jurídicas disponíveis, a opção de renunciar ao direito postulado, e com isso barrar o caminho à cognição judicial. O que de jeito nenhum se afigura razoável é pretender a tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, objetar a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos.¹⁰⁹

Em outros termos, a capacidade de dispor do desenvolvimento do processo não está mais ao alcance dos litigantes, em que pese serem detentores de verdadeiros direitos processuais¹¹⁰. Eles – que constituem manifestação do próprio direito de ação – podem ser exercidos, mas sem que as partes manipulem o desenvolvimento da lide de acordo com seus interesses particulares.

Por isso, enquanto houver interesse na utilização da ação como veículo da pretensão, cuja finalidade será alcançada por meio do processo, deve a parte submeter-se à condução do magistrado. Com efeito, a partir do momento em que o demandante deposita seu conflito no

¹⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 97-98.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 628. (Curso de Processo Civil, v. 1).

Poder Judiciário e credita a ele a incumbência de solucionar do problema, deve estar ciente de que o interesse que passa a prevalecer é o de ordem pública, como expressão do autêntico Estado Democrático de Direito.

No âmbito probatório, que é o objeto deste estudo, o controle estatal decorre de lei, que é aplicada imperativamente ou mediante ato judicial. Uma demonstração da primeira hipótese é a indicação das provas pelas partes, em razão de constituir um ônus processual que tem como consequência, pelo não exercício, a perda imediata do direito pelo alcance da preclusão, enquanto que, na segunda, verifica-se, quando da admissibilidade dos meios probatórios, que não é automática, ficando submetida ao crivo do Judiciário, representado pela figura do juiz.

Portanto, o princípio dispositivo não interfere na marcha processual, de natureza pública, cuja condução é do juiz, este sim possuidor da disponibilidade processual. Dessa forma, o processo não fica no campo de liberdade dos litigantes, que apenas podem dispor do próprio direito material. Com essa divisão de tarefas, fica mais aceitável e coerente a conjugação do interesse particular das partes com o interesse público do processo.

4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUAS CARACTERÍSTICAS

O início legislativo do reconhecimento dos poderes do juiz, nos moldes atuais, pode ser atribuído ao Código de Processo Civil de 1939, que já na Exposição de Motivos destacava que tanto a direção do processo, quanto a formação dos elementos instrutórios, deveriam ser atribuídas ao julgador.

No campo das provas, o artigo 118 do Código de Processo Civil de 1939 instituía o livre convencimento do juiz quanto ao conjunto probatório. Já o artigo 117 previa a possibilidade de o juiz determinar de ofício as diligências necessárias à instrução do feito, sendo o precursor do atual artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973.

Essa evolução legislativa foi acompanhada com reservas pela doutrina, que insistia em dizer que esses poderes eram apenas supletivos¹¹¹, posição, aliás, que até hoje se pode encontrar no meio acadêmico.¹¹²

Hodiernamente, a direção do processo pelo juiz vem prevista no artigo 125, do Código de Processo Civil, enquanto que seus poderes instrutórios encontram respaldo no artigo 130 do mesmo Código.

Ressalte-se que, quanto ao critério de avaliação das provas, o assunto encontra amparo legal no seguinte dispositivo:

Artigo 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

São três os sistemas de apreciação das provas. O primeiro é o das provas legais (tarifadas), de origem germânica, que não confere qualquer margem de liberdade para a apreciação do juiz, sendo o valor das provas tabelado. O segundo é o da livre convicção, que dá liberdade plena ao juiz quanto à averiguação da verdade e apreciação das provas. Por fim,

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 77.

¹¹² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2, p. 393.

tem-se o da persuasão racional que, ao contrário dos demais, impõe limite à atuação jurisdicional, consistente no dever de motivar a decisão.¹¹³

O critério da persuasão racional foi o contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, como forma de se conferir segurança jurídica, evitando decisões pessoais e arbitrárias.

Entretanto, Fredie Didier Jr. ressalta que esse sistema deve se curvar a algumas regras¹¹⁴, senão vejamos:

A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo.

[...]

No sistema do livre convencimento motivado, veda-se, na apreciação dos fatos, juízo de equidade [...].¹¹⁵

Acerca da matéria, João Batista Lopes assevera que “de acordo com o critério da persuasão racional, o juiz não deve decidir exclusivamente segundo suas impressões pessoais ou escorado em elementos colhidos fora dos autos, mas deve atender ao conjunto probatório e às regras jurídicas e de experiência”.¹¹⁶

O mesmo autor ainda ressalta o seguinte:

A intuição e o bom senso exercem relevante papel na atuação do juiz, mas não bastam para fundamentar seu convencimento. Assim, deve o juiz, a par do bom senso e da intuição, levar em consideração os preceitos legais e a doutrina jurídica, indicando, na sentença, os motivos que determinaram seu convencimento.¹¹⁷

¹¹³ Sobre a matéria, consultar: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 67-70. Ver, ainda: KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.doc>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

¹¹⁴ Há quem sustente que a confissão limita o livre convencimento do juiz, bem como seus poderes instrutórios (MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento: 1ª parte*, cit., v. 2, p. 275). Considerando a revelia como limite à livre convicção do juiz ver: DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 335-346, jan./mar. 1988.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 68.

¹¹⁶ LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 47.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

Além dos dispositivos legais supracitados, outros preceitos específicos do Código de Processo Civil regulam os poderes instrutórios do magistrado e o autorizam a: a) artigo 335 – usar regras da experiência comum na falta de norma específica; b) artigo 342 – determinar, de ofício, em qualquer fase processual, o comparecimento pessoal das partes, a fim de ouvi-las sobre os fatos da causa (esse interrogatório não gera pena de confissão¹¹⁸); c) artigos 355 e 360 – ordenar a exibição de documento ou coisa, em poder do litigante ou de terceiro; d) artigos 381 e 382 – determinar a juntada de documentos por uma das partes; e) artigo 399 – requisitar às repartições públicas as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas envolvendo os entes públicos; f) artigo 418 – determinar, de ofício, a oitiva de testemunha referida ou proceder à acareação de partes e/ou testemunhas; g) artigo 427 – prevê situação em que a prova pericial poderá ser indeferida pelo juiz; h) artigos 426, 436 e 437 – estabelecem outros poderes instrutórios relativos à prova pericial; h) artigo 440 – proceder a inspeção de pessoas ou coisas.

Como se observa, o assunto está bem amparado na legislação nacional.

Doutrinariamente, o maior expoente e divulgador da mudança de comportamento que atingiu o magistrado é o jurista carioca José Carlos Barbosa Moreira, cujas idéias não só repercutiram, mas foram encampadas, tanto pela doutrina nacional, quanto pela estrangeira, remontando seus escritos sobre o tema ao ano de 1984.¹¹⁹

Os poderes processuais conferidos aos juízes, especialmente no campo probatório, são alvo de calorosos e consistentes debates no meio jurídico nacional e alienígena (como se verá no tópico seguinte), principalmente no âmbito processo civil, em que a mentalidade original – baseada em uma concepção privatista – era a de que os atos de disposição das partes quanto ao direito material implicavam na imediata disponibilidade processual.

Entretanto, a publicização do direito processual, o reconhecimento da natureza processual das normas sobre prova e a correta interpretação do próprio princípio dispositivo são fatores determinantes na alteração completa do panorama dos sujeitos envolvidos na

¹¹⁸ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 118.

¹¹⁹ Ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: terceira série, cit., p. 43.

relação jurídica processual, com a atribuição da direção da instrução processual ao juiz, de modo a melhor atender os anseios constitucionais contemporâneos.¹²⁰

Sobre o tema, destaca José Roberto Bedaque:

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois, somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário.¹²¹

Assim, o magistrado passou a efetivamente dispor das técnicas processuais, atuando com mais iniciativa e autonomia no processo, através de mecanismos adequados às particularidades do caso em concreto, sem, contudo, desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes.

Esse comportamento tem como resultado uma prestação jurisdicional mais condizente com os escopos do processo, incrementando a entrega da tutela jurisdicional em um tempo razoável, deixando de lado o formalismo¹²² excessivo, que em nada contribuía para a nossa Justiça.

Não obstante, ao juiz restou confiada a ponderação quanto à prevalência da segurança jurídica ou da efetividade – ambas de origem legal –, quando esses dois valores

¹²⁰ Na visão de Marco Antônio de Barros: “Isto revela, mais uma vez, a tendência publicista do Direito processual moderno, que se destina a produzir a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a providencial intervenção do juiz durante a instrução do processo, realizada com o propósito de garantir a paz social. E por ser esta a principal missão a ser cumprida pelo juiz, há quem defenda que o mesmo não pode satisfazer-se com a ‘direção formal’, mas sim empreender a ‘direção material’ do processo de forma a promover a concretização da justiça.” (*A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 33-34).

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 13-14.

¹²² Galeno Lacerda, em 1983, quando analisava os 10 anos do nosso Código, já comentava sobre o apego excessivo às formas: “Esquecem, os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.” (LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 21, n. 21, p. 16, 1983/1984. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983).

constitucionais estivessem em confronto, garantindo um bom funcionamento do Judiciário, de acordo com o direito juridicamente tutelado.¹²³

No campo probatório, os poderes do juiz ainda são vistos com desconfiança e até com certa resistência pelos litigantes, especialmente por não saberem exatamente a capacidade de mácula à imparcialidade do julgador¹²⁴, e ainda por receio de que esse controle probatório acabe prejudicando os interesses defendidos porque, no sistema processual na época do liberalismo, o deslinde da questão posta em juízo dependia muito mais da habilidade dos advogados do que propriamente do direito da parte. O processo ficava à sorte do mais esperto!

Nos precisos termos de Leonardo Greco:

Admitir que a liberdade das partes de dispor de seus interesses pudesse forçar o juiz a aceitar como verdadeiros os fatos absolutamente inverossímeis seria transformar o juiz num fantoche, demolir a confiança da sociedade na justiça e colocá-la a serviço da simulação e da fraude. Aceitar que, diante da insuficiência probatória decorrente da iniciativa deficiente das partes, devesse o juiz lavar as mãos, seria desobrigá-lo de exercer a tutela efetiva dos direitos dos seus jurisdicionados, deixando-os entregues à própria sorte e contentando-se com uma igualdade das partes meramente formal.¹²⁵

E é essa situação que deve ser enxergada pelos operadores do direito, ou seja, a de que o juiz, munido de poderes processuais e atento a critérios bem definidos, pode estabelecer o equilíbrio entre os litigantes, dando razão a quem efetivamente a tenha. É claro que eventuais excessos pelo juiz devem ser evitados e podem ser questionados, mas, antes de tudo, é a conduta dos próprios litigantes que merece ser objeto de observação, por meio de um terceiro imparcial.

Alvaro de Oliveira descreve o fenômeno da seguinte forma:

¹²³ Sobre a extensão dos poderes instrutórios do juiz, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “Inclui-se entre os poderes instrutórios do juiz, inerentes ao processo de cognição, o de determinar a exibição de documentos (art. 355, do CPC). O deferimento de tal medida, no procedimento ordinário, é perfeitamente admissível e não configura antecipação de tutela.” (TJES – AG n. 035.02.900149-8/Comarca da Capital/Vila Velha, 1ª Câmara Cível, rel. Arnaldo Santos Souza, j. 22.04.2003, *DOE*, de 26.08.2003).

¹²⁴ Luigi Paolo Comoglio assevera que o ativismo não deve se visto em contraste com o imperativo da imparcialidade do órgão jurisdicional ou com o direito da parte a um processo equânime e justo, a menos que o juiz interventista, exercitando seus poderes de ofício, não atenda ao contraditório e viole o direito de defesa da parte, ou aja de modo parcial, comprometendo a paridade de armas dos litigantes, em favor de um ou de outro (COMOGLIO, Luigi Paolo, *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*: modelli a confronto, cit., p. 122).

¹²⁵ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

Analisando-se criticamente essa visão social do processo, impõe-se advertir, em primeiro lugar, que aumento dos poderes do juiz não deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual. [...] Ao mesmo tempo não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado *chose faite*, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional. Por sinal, Relatório relativamente recente sobre o ativismo judicial extrai da situação atual, dentro dessa linha de pensamento, as seguintes conclusões: a) declina o sistema inquisitorial de tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica-se uma aproximação dos sistemas anglo-americano e europeu no domínio da *richterliche Rechtsforbildung* e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; d) o ativismo do juiz exibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras.¹²⁶

Ainda sobre a questão, importantes são os ensinamentos de Leonardo Greco:

A iniciativa probatória das partes não tem fundamento constitucional, ao contrário do princípio dispositivo, mas caráter meramente técnico. É preciso distinguir entre o princípio dispositivo (da demanda) e a iniciativa probatória do juiz. Essa iniciativa tem fundamento constitucional no caráter social do Estado de Direito, assim como no dever do Estado de alcançar a justiça. A justiça depende da busca da verdade, que depende da certeza dos juízos sobre os fatos. A tutela jurisdicional efetiva exige a prova dos fatos litigiosos. A iniciativa probatória do juiz não o converte em um juiz autoritário ou fascista, desde que bem delimitada aos fatos discutidos no processo, às fontes probatórias que já constem na causa e se confira aos litigantes o exercício do seu direito de defesa ampliando se necessário suas provas inicialmente propostas.¹²⁷

Portanto, espera-se do mundo jurídico a compreensão adequada da relevância do processo contemporâneo.

¹²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, cit.

¹²⁷ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

Primeiramente, há que se ter em mente que a utilização dos poderes¹²⁸ instrutórios pelo juiz constitui um dever¹²⁹ decorrente do poder outorgado pela lei, e não uma faculdade¹³⁰. Assim, nas hipóteses autorizativas, o juiz não pode simplesmente optar por não exercê-los.

Outrossim, os poderes instrutórios do juiz ainda são alvo de outra discussão jurídica, relativa às suas características em relação aos atos processuais das partes, existindo três correntes sobre o assunto.

A primeira afirma que o poder do juiz é amplo¹³¹ e autônomo ao das partes¹³², autorizando o magistrado a atuar independentemente da conduta probatória dos litigantes na busca da verdade. Esse entendimento parte do pressuposto de que os poderes instrutórios do juiz não possuem relação alguma com os atos de disposição das partes quanto ao direito material, nem tampouco com o ônus subjetivo da prova.

A segunda prevê uma atuação concorrente do juiz no campo probatório, no qual sua atividade instrutória será exercida juntamente¹³³ com as partes. Nesse sentido, Sérgio de Mattos:

A iniciativa probatória é assim comum ao juiz e às partes. O juiz e as partes propõem as provas conjuntamente. A investigação dos fatos é tarefa de todos os sujeitos processuais no sentido do descobrimento da verdade e da realização da justiça. O juiz apenas cumpre sua parte numa tarefa comum. O processo, vale salientar, converte-se numa ordem de colaboração entre o juiz e as partes, desenvolvendo-se em direção à consecução da justiça, intimamente relacionada com a atuação do direito material, segurança, paz social e efetividade. Os fins polarizam o processo. O juiz e as partes, nada

¹²⁸ Asseverando tratar-se de um poder-dever: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 700, p. 35-39, fev. 1994. Ver também: SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*, cit., p. 190.

¹²⁹ Nesse sentido: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coords.). *Processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006, p. 32. Também entendendo tratar-se de um dever: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 223. Fritz Baur afirma ser ao mesmo tempo um direito e um dever do juiz. (O papel ativo do juiz, cit., p. 186-189).

¹³⁰ “A ordem jurídico-processual não outorga faculdades nem ônus ao juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 208).

¹³¹ CÂMARA, Alexandre. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 52.

¹³² Apesar de Sidney Amendoeira Junior não dizer expressamente, essa parece ser a sua conclusão (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 110-115).

¹³³ Esse é o entendimento de Alvaro de Oliveira: “Volta a cena, assim, a necessidade da cooperação tantas vezes mencionada: a atividade probatória haverá de ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas juntamente com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, cit.). No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 159.

obstante os interesses contrapostos dessas últimas desempenham um conjunto harmônico de atividades necessárias à efetivação dos fins do processo. E quem colabora não pode substituir. Portanto, a iniciativa do juiz em tema de prova não substitui às das partes. É aqui que entra o poder instrutório do magistrado na busca da verdade processual que formará o seu convencimento para decidir. Mas, uma vez chegando neste estágio processual, não poderá o juiz se furtar de seu dever funcional.¹³⁴

Por fim, existe a posição de que o poder instrutório do juiz deve ser subsidiário¹³⁵ ao das partes, dependendo, pois, de uma inviabilidade probatória dos litigantes para que o magistrado lance mão de uma conduta ativa para tentar elucidar os fatos.¹³⁶

Nessa última direção, Leonardo Greco, citando as lições dos juristas Baracho e Taruffo, conclui que a solução para a conciliação entre os poderes instrutórios e a disponibilidade de direitos das partes é a adoção do princípio da subsidiariedade da intervenção estatal, desenvolvendo o juiz um papel integrativo em relação ao das partes, flexibilizando e equilibrando os excessos eventualmente cometidos, em nome do interesse público.¹³⁷

Após a análise do papel do princípio dispositivo e de sua relação – ou ausência de relação – com os poderes instrutórios do juiz, mister se faz o esclarecimento das características imputadas à iniciativa oficial em tema de prova, porque é comum os juristas darem ao instituto adjetivos que nem sempre correspondem ao significado que eles próprios pretendem imprimir.

Assim, como visto, quando a doutrina fala em poderes instrutórios do juiz, disponibiliza várias denominações às suas características, como, por exemplo: autônomo;

¹³⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 127.

¹³⁵ Segundo José Frederico Marques: “[...] admite-se a intervenção complementar e supletiva do órgão judiciário nas operações destinadas à apuração e descoberta da verdade.” (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 260). E ainda: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, cit., v. 2, p. 393.

¹³⁶ Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque: “Ao contrário do sistema italiano, onde vige o denominado princípio *dispositivo atenuado*, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção de prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário, nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, no Brasil existe regra geral conferindo-lhe papel ativo na formação do conjunto probatório.” (*Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 96).

¹³⁷ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit. O autor ainda complementa seu entendimento: “A busca da verdade não é autoritária, desde que respeitada a liberdade das partes de dispor de seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade. Em caráter subsidiário, para suprir as deficiências probatória das partes, especialmente o abismo de comunicação que separa as partes do juiz, ela constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais.” (Ibidem).

independente; discricionário; interpretativo; comum; concorrente; subsidiário; integrativo; residual; complementar; e secundário, dentre outros.

Antes de mais nada, deve ser afastado o entendimento de que a iniciativa instrutória do juiz decorra de discricionariiedade do juiz. A atividade exercida pelo julgador em nada se iguala à discricionariiedade decorrente do juízo de conveniência e oportunidade.

Ao contrário, os poderes instrutórios do julgador estão vinculados à necessidade de busca da verdade dos fatos ou então de estabelecer a paridade de armas dos litigantes. Em qualquer caso, é imprescindível a observância do contraditório e do dever de motivação, com a exposição clara pelo magistrado das justificativas ensejadoras da iniciativa probatória.

Como se vê, essa liberdade do julgador em nada se identifica com a discricionariiedade prevista no direito administrativo.¹³⁸

Nas precisas palavras de Teresa Wambier:

É inevitável estabelecer, a este propósito, uma conexão direta do tema com a questão da teoria política do Estado moderno, baseada fundamentalmente na tripartição dos poderes e no *princípio da legalidade* e na correlata *possibilidade de controle* dos atos do Estado. É relevantíssimo observar-se que ao conceito de *discricionariiedade* está intimamente conectada a idéia de *imunidade* ou *impossibilidade de controle*, pelo menos em certa escala. Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário *não tem discricionariiedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Também não a tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, relativa à formação deste quadro. Isso implicaria, de certo modo, em que essas decisões ficassem *fora do controle das partes*. Impossível conclusão diferente. Qual seria, senão este, o sentido funcional do conceito de *discricionariiedade*? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o juiz estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.¹³⁹

¹³⁸ “Parece-nos que entre a discricionariiedade administrativa e a ‘discricionariiedade’ judicial há diferenças fundamentais, tão fundamentais a ponto de justificar a não adoção do termo discricionariiedade atinentemente à atividade do Poder Judiciário, como se verá, salvo em raríssimas exceções. A diferença essencial entre ambos os fenômenos, ainda segundo Barbosa Moreira, reside em que a discricionariiedade respeita aos efeitos, enquanto a interpretação de conceitos vagos, ao ‘fato’ (*Tatbestand, fattispecie*).” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 375).

¹³⁹ *Ibidem*, p. 371-372.

Não está se negando que o julgador efetivamente possua certa margem de escolha¹⁴⁰ quanto às técnicas a serem aplicadas no processo, para melhor atender ao caso concreto. Entretanto, estando o julgador expressamente amarrado à finalidade de seus poderes, ao respeito à legalidade e, acima de tudo, à melhor solução¹⁴¹ – ou à tese da resposta correta, como ensinava Ronald Dworkin¹⁴² –, o que se têm é uma completa vinculação de seu ato.

Com a propriedade que lhe é peculiar, explica José Roberto Bedaque:

De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial.¹⁴³

Verifica-se, pois, que o poder instrutório do juiz decorre efetivamente de sua capacidade de interpretação¹⁴⁴ da norma, e não de um poder discricionário¹⁴⁵. Correto, portanto, o adjetivo interpretativo conferido ao poder instrutório do magistrado.

No que tange à denominação dos poderes instrutórios do juiz de autônomos ou independentes, ambos possuem o mesmo significado, qual seja o de que a conduta do magistrado subsiste no processo, sem qualquer sujeição aos atos de disposição das partes.

¹⁴⁰ Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva “O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008).

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 376.

¹⁴² O filósofo Ronald Dworkin, ao atacar a teoria da função discricionária dos juizes, sustentava que os casos difíceis deveriam ser preenchidos pelo material jurídico composto por normas, diretrizes e princípios (CALSAMIGLIA, Albert. *Ensaio sobre Dworkin*. Texto traduzido por Patrícia Sampaio da apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin “Derechos en serio (Barcelona: Ariel, 1984). Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 25 jan. 2008).

¹⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 150.

¹⁴⁴ Eduardo Talamini, mesmo aceitando a expressão discricionariedade para designar a liberdade de escolha do magistrado advinda do conteúdo da regra como um todo, conclui que: “Sob esse prisma, deve-se afastar a idéia de que a concessão de discricionariedade derive de defeito ou incompletude do ordenamento ou de lapso do legislador. A atribuição legal de competências discricionárias tem de ser sempre interpretada – e concretamente exercida – como técnica destinada à obtenção dos melhores resultados possíveis.” (*Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 381).

¹⁴⁵ Ovídio Araújo Baptista da Silva é categórico ao afirmar: “É, sem dúvida, uma verdade indiscutível que nossos juizes – como qualquer julgador – laboram com uma apreciável dose de *discricionariedade*. Entretanto (este é o verdadeiro problema), fazem-no de ‘contrabando’, supondo ou fingindo que aplicam, religiosamente, a pura vontade da lei, mantendo-se, por isso, irresponsáveis, sob o pressuposto de que a eventual injustiça da sentença deva ser debitada ao legislador.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008).

Com efeito, as justificativas que ensejam os poderes instrutórios não se relacionam com as premissas que fundamentam a atuação das partes no processo. Essas são parciais e defendem interesses próprios¹⁴⁶, enquanto que o juiz é o terceiro imparcial, responsável pela perfeita entrega da tutela jurisdicional. Daí não se poder comparar as pretensões e nem o comportamento das partes com os do julgador.

Assim, a autonomia do poder instrutório do juiz em relação à conduta das partes deriva da total desvinculação entre os objetivos em jogo. Enquanto o juiz atua em nome do interesse público, as partes agem em nome de seus interesses particulares. Em outras palavras, existe clara divergência entre a finalidade dos atos das partes e a dos atos do julgador.

Porém, não se deve confundir a autonomia dos poderes instrutórios do juiz com o eventual conceito de exclusividade, no sentido de que apenas ao juiz caberia a iniciativa probatória. Mas, afóra essa observação, é correta a afirmativa de que os poderes do juiz em tema de prova possuem características diversas e independentes dos atos dos litigantes.

Quando se fala que a atividade instrutória oficial é comum ou concorrente com a das partes, estabelece-se que elas são quantitativa e qualitativamente idênticas, ou seja, os litigantes e o julgador exercem a mesma capacidade instrutória nos autos. Aqui não há referência ao momento do exercício do poder instrutório, mas somente à extensão de seu conteúdo. Por isso, também são apropriados os adjetivos ora empregados.

Agora, questão ainda mais polêmica refere-se aos termos subsidiário, complementar¹⁴⁷, integrativo e secundário. O que se observa nesse aspecto é uma clara confusão em se identificar o verdadeiro significado dessas expressões para o mundo probatório porque os referidos termos são utilizados tanto para definir a extensão qualitativa e quantitativa da iniciativa oficial, quanto para expressar o momento de atuação do juiz no processo.

¹⁴⁶ Michele Taruffo assevera inclusive que as partes, no afã competitivo, podem ter interesse em esconder alguns fatos dos olhos do juiz. (Investigación judicial y producción de prueba por las partes, cit., p. 5).

¹⁴⁷ Nesse sentido: “Tratando-se de autor hipossuficiente, o juiz, tendo dúvidas a respeito da sua situação de beneficiário do INSS, poderia empregar seus poderes instrutórios *suplementares*, atendendo-se assim aos princípios informativos do processo civil e atendendo aos fins sociais da legislação previdenciária”. (STJ – RESP n. 166801/GO, 1998/0016965-2, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 05.08.1999, *DJU*, de 13.09.1999, p. 89, grifamos). No mesmo sentido: STJ – RESP n.126777/MG, 1997/0024059-2, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 20.04.1999, *DJU*, de 31.05.1999, p. 166.

No primeiro caso, tem-se a antiga concepção de que o magistrado só estaria habilitado a agir em relação à prova faltante, seja porque não requerida pelas partes, seja porque as produzidas não foram capazes de convencê-lo suficientemente para decidir. Já com relação à segunda hipótese, o juiz só poderia atuar após dar oportunidade às partes de indicar as provas que pretendem produzir.

No entanto, a idéia ultrapassada de diferenciar a qualidade e a quantidade da conduta instrutória do juiz em relação à das partes não deve subsistir. Por tudo que foi dito no início desse trabalho sobre a evolução do direito processual, bem como do direito probatório, entender o contrário seria uma latente e indesejável incoerência em relação ao nosso ordenamento jurídico.

É o que diz José Roberto Bedaque:

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material.¹⁴⁸

Outrossim, deve-se reconhecer que o melhor momento para o exercício pelo juiz de sua iniciativa em tema de prova é mesmo após ensejar aos litigantes a indicação das provas hábeis a demonstrar os fatos alegados, inclusive sugerindo os meios de prova compatíveis com o caso. O motivo é singelo: antes dessa etapa, o juiz não sabe o que as partes querem e o que são capazes de comprovar.¹⁴⁹

Uma antecipação desse momento, inclusive, poderia causar problemas na prática, uma vez que estimularia um comportamento cômodo dos litigantes em produzir a prova, aguardando a iniciativa do magistrado.

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 94.

¹⁴⁹ “Ao julgador é lícita a determinação de produção de provas *ex officio* sempre que o conjunto probatório mostrar-se contraditório, confuso ou incompleto e puder a prova a ser produzida influir na formação de sua convicção.” (STJ – RESP n. 406862/MG, 2002/0008326-5, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 08.11.2002, DJU, de 07.04.2003 p. 281).

Note-se que o juiz não pode buscar meios de prova pelas partes, mas se houver existido tentativa probatória ou a demonstração da impossibilidade técnica de alcançar o que se pretende, é nessa ocasião que o juiz deverá tomar as providências pertinentes ao caso.¹⁵⁰

Aliás, nessa oportunidade, exige-se um cuidado redobrado do magistrado e uma sensibilidade apurada para identificar se se trata mesmo de deficiência probatória por insuficiência de meios aptos e conclusivos da questão controvertida, ou se é caso de intenção deliberada da parte ou do advogado de deixar propositalmente a carga probatória para o julgador.

Não sendo constatada essa última hipótese, autoriza-se uma postura ativa do juiz em tentar elucidar os fatos, produzindo outras provas além das já constantes nos autos, para definir quais seriam as mais apropriadas para resolver a controvérsia pendente. Nessa ocasião, o poder instrutório do magistrado deve ser amplo para atingir a sua finalidade, que é a formação de seu convencimento sobre os fatos afirmados em juízo.

Por outro lado, não se pode esquecer a questão das despesas relativas à produção da prova. Quem arca com o prejuízo pela produção da prova requerida antecipadamente pelo juiz? Sabe-se que, em princípio, é o autor quem paga pelo ato probatório determinado pelo juiz, conforme prevê o parágrafo 2º do artigo 19 do Código de Processo Civil. Mas, como resolver essa situação sem saber previamente quem teria condições de produzir e arcar com as despesas probatórias? Como se vê, não há como o juiz justificar essas conseqüências de seu comportamento.

Sendo assim, não é viável uma precipitação do juiz quanto à sua iniciativa probante em relação à das partes, até porque nada justificaria essa conduta, sob pena de, aí sim, configurar-se arbítrio.

Portanto, o juiz deve primeiro ouvir as partes sobre as provas que pretendem lançar mão, para só depois se manifestar sobre as que entende necessárias à complementação da instrução.

¹⁵⁰ Na jurisprudência: “A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. *No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito.*” (STJ – RESP n. 471857/ES, 2002/0129088-5, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.10.2003, DJU, de 17.11.2003, p. 207, grifamos).

Nada obsta, inclusive, que o magistrado exerça juízo de admissibilidade das provas requeridas pelas partes no mesmo ato processual em que determina a produção de outras provas faltantes, o que até facilita, quando da eventual interposição de recurso.

Nesse sentido, Maristela Alves:

Essas ponderações levam-nos a concluir pela impossibilidade de sustentar a aplicação das regras de julgamento somente após esgotadas as atividades das partes. Na verdade, o juiz aplicará tais regras após olhar para trás e verificar que todos já tiveram oportunidade de produzir suas provas. Durante a fase de produção probatória, o juiz deve fazer realmente jus ao título de condutor material do processo. Nessa fase impõe-se determine o magistrado a produção de provas, para após avaliar quem deixou de produzir o quê. Na verdade, fará a busca de prova de forma supletiva e simultânea às partes.¹⁵¹

Como se percebe, considerar a iniciativa probatória oficial como subsidiária, complementar, residual, secundária ou integrativa só faz sentido se a conotação empregada pelo aplicador do direito for a de que o juiz deve aguardar a indicação das provas pelas partes, para só então dispor de seus poderes instrutórios, sem que isso tenha qualquer relação com a qualidade e quantidade de sua iniciativa.

Um exemplo de aplicação na prática forense pode ser dado quando da oitiva de testemunhas. O artigo 416 do Código de Processo Civil estabelece que a ordem de inquirição da testemunha será: primeiro o juiz, segundo a parte que arrolou e, por fim, a parte contrária, dispondo, ao final, que as perguntas dessas últimas (autor e réu) seriam tendentes a esclarecer ou complementar o depoimento.

Pela lógica, e seguindo as premissas mencionadas, deveria ser ao contrário, ou seja, as partes formulariam as perguntas capazes de esclarecer o ponto controvertido, de acordo com o conhecimento que cada testemunha dispõe, restando ao juiz apenas complementar algum ponto omissis ou obscuro.

Mas nas audiências, às vezes, apesar de fixado o ponto controvertido, o juiz não sabe ao certo o que perguntar à testemunha, ou como o fazer de forma objetiva, por desconhecer a relação da mesma com o fato ou com a parte; precisa ele então rodear a questão, até descobrir como a testemunha pode contribuir para a elucidação do juízo.

¹⁵¹ ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 86.

Portanto, a hipótese deveria ser revista pelos legisladores, para se imprimir maior coerência ao instituto. Nada obstante, ainda que a questão legal permaneça sem alteração, poderá o juiz lançar mão de seus poderes instrutórios para inverter essa ordem procedimental, quando for o caso, desde que comunique às partes previamente, a fim de que tenham a oportunidade de se insurgir.¹⁵²

Concluindo, após a análise dos adjetivos encontrados na doutrina, verifica-se que eles só podem corresponder à classificação do poder instrutório do juiz se assim forem entendidos: autônomo ou independente, por possuir natureza jurídica diversa da iniciativa probatória das partes; comum ou concorrente, significando que pode ser exercido na mesma quantidade e qualidade do das partes; discricionário, se se referir a certa margem de liberdade de escolha pelo julgador; interpretativo, no sentido de que essa discricionariedade decorre da hermenêutica do juiz; e, por fim, subsidiário, residual, secundário, complementar e integrativo, por ser exercido em momento posterior ao da indicação das provas pelas partes.

Num grande resumo do que foi dito até agora, expressa José Roberto Bedaque:

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, pela investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes. Apenas não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução *justa*, visto que as partes visam a um resultado favorável aos seus interesses, não se importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida. Não se pode negar que às partes incumbe, predominantemente, a iniciativa probatória. Mas isso somente ocorre por questões de ordem prática, não pela natureza do direito. Verifica-se porque ninguém conhece os fatos melhor do que elas. Além disso, o juiz não pode utilizar-se de seus conhecimentos particulares. Cabe lembrar, ainda, que o legislador processual não estabeleceu qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz, em função da matéria discutida no processo. A amplitude desses poderes é a mesma, qualquer que seja a natureza da relação jurídica objeto do processo, seja ela disponível ou não. Em todas as hipóteses, incide o artigo 130 do Código de Processo Civil.¹⁵³

¹⁵² Essa possibilidade de modificação da ordem das inquirições já se observa no Código de Processo Civil japonês (TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 57, jul./set. 2000).

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 133-134.

Esclarecida, portanto, a amplitude dos poderes instrutórios do juiz, para que ele consiga uma convicção tão próxima da realidade dos fatos, mister se faz que, caso seja preciso, o julgador lance mão de mecanismos de prova eficazes em esclarecer a eventual controvérsia.

Reforçando a idéia exposta, Picó y Junoy¹⁵⁴ assevera que, em sendo a justiça um ideal da comunidade, deve o Estado pôr a serviço dos juízes todas as ferramentas e poderes necessários para alcançar esse fim.

Assim, todos os meios de prova serão permitidos, desde que eficazes à elucidação do assunto controvertido. É óbvio que o magistrado também deve estar atento para não produzir provas repetitivas e que não tenham utilidade para o processo¹⁵⁵. Mas, fora isso, as eventuais técnicas empregadas serão legítimas a esclarecer a questão, desde que compatíveis com a legalidade.

De outra banda, o artigo 330 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de julgamento antecipado do mérito¹⁵⁶, nas situações em que o objeto posto em litígio dispense o magistrado da busca de novos elementos probatórios, seja em razão da própria natureza, quando unicamente de direito, seja por ele não demandar outras provas além das já constantes dos autos, quando de direito e de fato.

Eduardo Cambi resume sucintamente a finalidade da disposição legal: “O instituto do julgamento antecipado do mérito consagra os princípios da celeridade, economia e concentração processuais, em detrimento da oralidade e da imediação.”¹⁵⁷

¹⁵⁴ PICÓ Y JUNOY, Juan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 102-125.

¹⁵⁵ “PROCESSO CIVIL. PROVA ORAL. Constatando que o desate da lide não exige a produção de prova oral (inidônea para contrariar a prova documental), o juiz deve dispensá-la.” (STJ – RESP n. 264647/PR, 2000/0062944-8, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.11.2006, DJU, de 19.03.2007, p. 316). E ainda: “Não é vedado ao magistrado, no exercício de seu poder instrutório, dispensar a produção das provas que entender despiciendas ao deslinde da controvérsia (CPC, arts. 130, 131 e 330).” (TJRS – AC n. 70022181663, 5ª Câmara Cível, rel. Paulo Sérgio Scarparo, j. 05.12.2007, *Diário da Justiça*, de 12.12.2007).

¹⁵⁶ “O julgamento antecipado deve ser realizado quando a produção da prova for *supérflua*, ou seja, quando a prova, que se pretende produzir, tem apenas a finalidade de confirmar o êxito de outras provas já constantes dos autos. Em outras palavras, a prova é *supérflua* quando pretende demonstrar aquilo que já foi de algum modo comprovado. Assim sendo, a sua exclusão é justificável com a finalidade de evitarem-se atividades instrutórias inúteis, sem que isso represente uma indevida violação ao direito à prova. Com isso, é fácil perceber não ser esse direito absoluto, podendo o juiz pôr termo à instrução processual, com base na apreciação antecipada das provas.” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 442-443).

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 439.

Com efeito, é uma hipótese clara de utilização dos poderes instrutórios do juiz, que serve tanto para fins de aumentar o conjunto probatório, quanto para reduzi-lo, sem que essas providências configurem arbítrio, cerceamento de defesa ou ilegalidade. Na verdade, o que se tem no julgamento antecipado – quando a hipótese autorizar – é um juiz atualizado e consciente de seu papel dentro do processo contemporâneo.

Outrossim, uma questão ainda tormentosa na doutrina e jurisprudência refere-se à hipótese de revelia, em que a veracidade dos fatos se confirma por meio de presunção, ainda que relativa. Nesse caso, o juiz está autorizado a julgar antecipadamente a lide, se já tiver formado o seu convencimento, diante da verossimilhança das alegações autorais.

Note-se que se as alegações forem verossímeis, o juiz não deverá produzir prova das assertivas, porque aí há uma nítida opção do legislador pela consequência da presunção legal e pela preponderância do valor efetividade, em detrimento do da segurança jurídica. Ressalte-se, não há que se reconhecer aqui um limite à atuação jurisdicional probatória¹⁵⁸. O que se tem é uma autorização legislativa para que o julgador atinja a verdade dos autos, sem a produção de provas.

Mas pode ocorrer que as afirmações do autor não sejam verossímeis, o que prejudicará o reconhecimento imediato do efeito da revelia, que reputa verdadeiros os fatos alegados na exordial. Nessa hipótese, o magistrado deverá se valer de seus poderes instrutórios e determinar a produção de provas que sejam capazes de conceder a verossimilhança necessária às afirmações autorais.

O campo da iniciativa probatória do juiz também revela outras situações que carecem abordagem.

Quando o juiz indefere a produção de prova de uma parte, por entender desnecessária ou irrelevante, ele não fica impedido de julgar contrariamente a esse litigante, e a hipótese não configura cerceamento de defesa. O que não pode acontecer é o juiz indeferir as provas de uma parte e depois julgar desfavorável à mesma, por falta de provas.

¹⁵⁸ Em sentido contrário: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 263, p. 45, jul./set. 1978.

Como foi dito, o juiz, quando precisa lançar mão de técnicas processuais que melhor se amoldam ao caso – como ocorre na dispensa das provas inúteis –, não o faz para prejudicar a parte ou o seu direito à prova, mas sim para evitar delongas, e até mesmo despesas processuais.

Por essa razão, a sentença decorrente de uma instrução atrofiada deve justificar tal conduta, por meio de uma motivação suficiente, clara e precisa quanto aos elementos de convicção do julgador.

Para finalizar as formas de utilização dos poderes instrutórios do juiz, devem ser ressaltados mais dois assuntos, ambos relacionados à prova testemunhal.

O primeiro diz respeito ao poder do juiz ouvir pessoas que não estejam no processo, não foram arroladas pelas partes (art. 407 do CPC) e nem referidas pelas partes ou testemunhas (art. 418, I, do CPC). Isso porque, na prática, sob algumas circunstâncias, o juiz pode se dar conta de que os fatos controversos, até então não esclarecidos, podem vir a sê-lo através de pessoas efetivamente capazes de contribuir para o deslinde da questão.

Como exemplo, tem-se o seguinte caso: imagine-se uma demanda envolvendo danos morais, cujos fatos se deram dentro de uma repartição pública específica, presenciados por vários servidores públicos. Será que no caso de esgotados os meios probatórios das partes e em permanecendo a dúvida, o juiz não poderia, de ofício, determinar a oitiva dos servidores que estavam no local no momento dos fatos? A resposta deve ser afirmativa, sem que isso represente arbítrio ou desrespeito ao modelo dispositivo de processo.

Ora, nessa hipótese, o contexto fático trazido pelas próprias partes aponta meios de obtenção da verdade que o julgador não pode ignorar. O juiz não está investigando os fatos aleatoriamente ou em benefício de uma das partes, mas sim se utilizando de dados concretos na busca da solução do litígio. Portanto, nada obsta que o juiz ouça pessoas que não foram referidas, mas que, indiretamente, ainda que em princípio não identificadas, constaram das situações relatadas pelos próprios litigantes.

O segundo e último assunto envolvendo a prova testemunhal diz respeito à possibilidade de declarações orais¹⁵⁹ serem apresentadas por meio escrito, por videoconferência, por telefone ou por outro meio tecnológico disponível¹⁶⁰. Essa autorização, sem dúvida, conferiria maior agilidade ao processo, implicaria menor gasto com deslocamentos e proporcionaria maior satisfação aos jurisdicionados, sem contar que evitaria indesejáveis constrangimentos eventualmente sofridos pelas testemunhas; deve-se ressaltar ainda que a presença física da testemunha nem sempre acrescenta qualidade ou veracidade às afirmações, ainda que devidamente advertidas das conseqüências legais.

Assim, as partes devem ser consultadas previamente, e o compromisso – quando necessário – deve continuar sendo exigido, seja qual for a modalidade de depoimento adotada. Outrossim, nada obsta que o juiz, insatisfeito de alguma forma com a declaração, determine o depoimento oral da testemunha ou a acareação de que trata o artigo 418, II, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, o ordenamento jurídico deve estar aberto às evoluções tecnológicas da modernidade e aproveitá-las em benefício da própria Justiça.

O tema ainda deságua em outra questão bastante atual e que merece referência, concernente à necessidade de integração das partes com o juiz, visando a solucionar a controvérsia posta em juízo.

A idéia de solidariedade entre os entes da relação processual não é nova, e vem sendo cada vez mais enaltecida pelos ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiros. Aqui no Brasil, a base legal vem insculpida logo no artigo 3º, I, da Constituição da República.¹⁶¹

¹⁵⁹ A pregação da oralidade já não é tão pacífica, encontrando, na modernidade, fortes opositores. Ademais, os ordenamentos jurídicos estrangeiros tendem a substituir a oralidade por escritos ou outros meios de depoimento, como é o caso do direito inglês, do francês e do austríaco (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 61-65).

¹⁶⁰ Essa evolução já era prevista por José Carlos Barbosa Moreira desde 1988 (*Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 150). Ver ainda: PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 732-733. O mesmo fenômeno também ocorre no Japão (TANIGUCHI, Yasuhei, O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?, cit., p. 50-73).

¹⁶¹ “Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

O empenho de todos os sujeitos da relação processual¹⁶², principalmente no campo probatório, é garantia certa da boa entrega da tutela jurisdicional. A participação das partes é importante, pois elas sabem melhor o que querem provar e como podem provar. Já o juiz, analisando os fatos controvertidos e a produção de prova pelos litigantes, pode identificar com maior precisão o que está faltando para o seu convencimento.

Dessa forma é que se mostra imprescindível a colaboração dos que atuam no processo. A atuação conjunta de juiz e partes, aliás, tem-se revelado um meio bastante eficaz para o alcance da jurisdição efetiva, propiciando às partes o acesso à ordem jurídica justa.

Alvaro de Oliveira, grande estudioso da matéria, assevera:

Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. [...] Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão dos trabalhos entre o órgão judicial e as partes.¹⁶³

O autor supracitado ainda coloca a questão de forma bastante interessante:

Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal – a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico –, importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça.¹⁶⁴

Portanto, quanto aos poderes instrutórios e suas características, só resta à sociedade jurídica dar aplicabilidade ao que o ordenamento jurídico já reconhece.

¹⁶² Também defendendo a cooperação entre as partes e o juiz: BARROS, Marco Antônio de, *A busca da verdade no processo penal*, cit., p. 33-34.

¹⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 13, jul. 2006.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, cit.

4.1 Direito comparado

Constata-se nos estudos sobre a doutrina estrangeira o desencadeamento de caloroso debate acerca do publicismo e do privatismo no processo civil, especialmente na Itália e na Espanha. Analisemos, pois, as concepções autoritária e liberal das relações entre os cidadãos e o Estado.

No liberalismo do século XIX, o processo se destinava a proteger a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos, e não a observância do direito objetivo ou salvaguarda do interesse público, em decorrência da grande desconfiança em relação ao juiz, que deveria permanecer inerte no processo, submetendo-se integralmente à iniciativa das partes.

Já no século XX, iniciou-se o movimento de publicização do processo civil, que dominou a doutrina¹⁶⁵ da época, sob a alegação de que o incremento dos poderes do Estado na sociedade ensejaria o progresso social e justificaria o poder do juiz, aumentando o acesso e a qualidade da justiça. Era o interesse público sobre o particular.

Na defesa do liberalismo, está o processualista espanhol Juan Montero Aroca, aliás, principal provocador da discussão. Para o doutrinador, a nova Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 2000 caminhou acertadamente, ao regular o processo civil a partir da perspectiva do cidadão¹⁶⁶. A autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo possuem suporte garantístico na atual teoria dos direitos fundamentais, e o julgador não pode fundamentar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, nem ignorar os que tiverem sido por elas admitidos.¹⁶⁷

Em suma, para essa corrente, o incremento dos poderes do juiz é fruto de uma visão autoritária do processo e de um sentimento de desconfiança por parte do advogado, além de

¹⁶⁵ Destaca Michele Taruffo que na maioria dos ordenamentos jurídicos comparados há tendência em fortalecer de forma simultânea e com total compatibilidade os poderes do juiz e os direitos processuais dos jurisdicionados (Investigación judicial y producción de prueba por las partes, cit., p. 1).

¹⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan. Prólogo. In: MONTERO AROCA, Juan. (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 16.

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 34.

comprometer a imparcialidade do julgador e as garantias do contraditório e da ampla defesa, já que a parte, ao invés de se defender do adversário, passa a se defender do próprio juiz.¹⁶⁸

A reação dos publicistas veio encabeçada por Giovanni Verde, Picó y Junoy e Barbosa Moreira. Para eles, a tese liberal é rebatida com os seguintes argumentos: a) o Estado deve fornecer aos juízes os poderes e meios necessários para se atingir a justiça; b) o desenvolvimento do processo pertence ao Estado, e não aos litigantes; c) deve haver ponderação entre a eficácia do processo e o garantismo; d) o princípio dispositivo não se confunde com os poderes do juiz; e) os governos autoritários não fortalecem os poderes do juiz¹⁶⁹; f) tanto a omissão quanto a iniciativa judicial podem ser prejudiciais à imparcialidade; g) o contraditório entre as partes sem nenhuma intervenção do juiz, além de não ser suficiente, às vezes provoca até distorção.

O direito espanhol, defensor do liberalismo, considera que a jurisdição se presta a tutelar o direito privado que nasce da lesão, que é o único elemento essencial do processo. Salvatore Satta, inclusive, desde 1936, já considerava deturpadas as idéias de Chiovenda – que ensejaram a onda de publicização –, seguidas por Carnelutti, o que, inclusive, segundo relatos, teria abalado a amizade entre Satta e Carnelutti.¹⁷⁰

Picó y Junoy assevera que a doutrina espanhola possui grande resistência quanto à iniciativa probatória do juiz, e discorda dessa atitude, quando analisa o novo processo civil espanhol, especialmente o artigo 429.1.II. No entanto, possui entendimento divergente da maioria da doutrina, e o faz com as seguintes razões:

Nuestra Constitución, em su art. 24, recoge el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales determinará el derecho. Por ello, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. Em conclusión, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, debe efectuarse una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces y magistrados los

¹⁶⁸ MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 181.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 199-214.

¹⁷⁰ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

*mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de “señalar” – que no advertir – la prueba cuya práctica considere necesaria.[...]. Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria ex officio iudicis no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el art. 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.*¹⁷¹

De qualquer modo, interessante é o posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol, que estabelece que o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental”¹⁷². Verifica-se, pois, que, contrariamente ao que prega a lei e a doutrina majoritária, a jurisprudência parece estar se encaminhando em permitir algum avanço na atuação judicial.

No direito italiano¹⁷³, Comoglio, Ferri e Taruffo¹⁷⁴ apontam que a marca desse poder de direção é a discricionariedade e diz respeito ao juiz instrutor. Os italianos estão tentando o equilíbrio, tendendo ao modelo inquisitório, mas fugindo de seus exageros, buscando a figura do juiz regulador ideal diante de cada caso concreto. O juiz italiano somente exerce seus poderes nos limites da demanda, não lhe sendo permitido mudar os fatos, mas possui o chamado poder qualificativo, ou seja, está sujeito ao princípio da legalidade, sem estar adstrito à qualificação jurídica dada pelas partes.

Ainda sobre o sistema italiano, afirma Comoglio¹⁷⁵ que a Constituição italiana, apesar de não se referir de modo direto a um modelo de processo e sua origem cultural, estabelece o *requisito mínimo* de um processo equânime e justo, como garantias processuais que incluem o princípio da legalidade, a independência e autonomia do Poder Judiciário, o direito inviolável de defesa, e a motivação das decisões, dentre outros. Segundo o autor, no

¹⁷¹ PICÓ Y JUNOY, Joan, Los principios del nuevo proceso civil español, cit., p. 75.

¹⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, cit., p. 17.

¹⁷³ José Carlos Barbosa Moreira atenta para o fato de que se vem notando na Itália sinais contrários à ampla participação do órgão judicial na colheita de provas. Segundo o autor, fala-se, inclusive, de tendência à “privatização” não só do papel do juiz, mas também de vários aspectos do direito processual (*Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 48 e 60).

¹⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 395-396.

¹⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo, Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto., cit., p. 112.

direito italiano, a cláusula garantística do devido processo legal é componente fundamental do justo processo. A efetividade também está presente na ideologia constitucional do sistema italiano: “*che la Costituzione ‘riconosce’ e ‘garantisce’*”.

Já o moderno processo alemão, que teve como ponto de partida o modelo de Stuttgart¹⁷⁶, conferiu grande vitalidade ao princípio da oralidade e ampliou os poderes do juiz, tendo em vista a massificação das relações sociais e econômicas, que potencializou a desigualdade das partes, exigindo uma intervenção judicial.

A reforma de processo civil alemão de 2002¹⁷⁷ concedeu ao juiz a direção e o impulso material e formal do processo, colocando-o como protagonista e diretor do processo. Sobre a reforma, comenta o jurista argentino Pérez Ragone.

*El § 139 ZPO obliga al tribunal en colaboración con las partes a la aclaración de la litis. Este deber, que pesa en cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes y con las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho.[...] El punto de partida esencial del § 139 ZPO es la clara y transparente fundamentación de una decisión judicial.*¹⁷⁸

Por fim, segundo o autor¹⁷⁹, e de acordo com as críticas à reforma de 2002, ela deixou novamente de incluir a possibilidade de haver sanções processuais nas eventuais inobservância e violação das disposições do § 139 ZPO por parte dos juízes.

Os poderes do juiz no *adversary system*¹⁸⁰ norte-americano também são controvertidos, uma vez que as eventuais mudanças na postura do magistrado – ao menos nas ações individuais – importam não só em uma reavaliação do sistema judiciário norte-americano, como ainda em um enfraquecimento de um sistema arraigado na cultura local (na qual a idéia ligada ao sistema inquisitório lembra a ofensa aos princípios básicos e a Inquisição). Dessa forma, permanecem apegados ao modelo adversarial.¹⁸¹

¹⁷⁶ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdiccional*, cit., p. 48-51.

¹⁷⁷ Sobre a reforma, ver os textos de José Carlos Barbosa Moreira: Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 111, p. 103-112, jul./set., 2003; e *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 39-54.

¹⁷⁸ PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D., La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primeira instancia y recursos, cit., p. 734.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 735.

¹⁸⁰ JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: University Press, 2000. p. 175, apud AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdiccional*, cit., p. 61.

¹⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 50.

Ainda assim, há notícia de interessante movimento que ocorre nos Estados Unidos, com os chamado juízes gerenciais. Esse movimento gerencial consiste no fato dos juízes, antes e depois do julgamento, tentarem modelar o litígio e influenciar resultados. Eles negociam com as partes o curso, o tempo e a extensão pré e pós-julgamento.

Essa responsabilidade gerencial dá aos juízes grande poder. Eles trabalham longe da publicidade e sem registro, como também sem nenhuma obrigação escrita, motivação e fora do alcance recursal. É uma nova forma de “ativismo judicial”, uma atitude que comumente atrai críticas substanciais. Judith Resnik alerta que os juízes gerenciais ensinam outros juízes a valorizar estatísticas, como o número de casos distribuídos, mais do que a qualidade de sua distribuição.

Finalmente, em razão do julgamento gerencial ser menos visado e em geral não submetido a recurso, dá às cortes de julgamento mais autoridade e, ao mesmo tempo, os litigantes são providos de menos garantias processuais para protegê-los do abuso de autoridade. Em resumo, o julgamento gerencial pode estar redefinindo os critérios do que constitui um racional, justo e imparcial julgamento. São utilizadas técnicas gerenciais e informais, na tentativa de ganhar tempo e evitar as pressões da controvérsia pública.

Os gerenciamentos pré-julgamento e pós-julgamento assemelham-se em algumas características. Em ambos, juízes interagem informalmente com as partes litigantes e recebem informações que são consideradas inadmissíveis na tradicional sala de audiência. Gerenciamento nas duas extremidades do processo judicial leva tempo e aumenta a responsabilidade dos juízes.¹⁸²

Já na Inglaterra, houve significativa mudança na postura do juiz, antes habituado a agir e a falar pouco. A atual tendência é a de que o juiz inglês tenha maior contato com o processo, inclusive na produção de prova.¹⁸³

¹⁸² A autora entende que esse juízo gerencial altera drasticamente o mundo do litígio civil, de modo que deveria ser submetido a um debate público, bem como existir uma investigação maior sobre o que os juízes devem fazer e quais regras devem governar seu comportamento. Ela está preocupada em preservar a singular função judicial, a fim de que ela não seja desnaturada e não está convencida do descrédito da virtude do juiz desinteressado, a qual forma a base da autoridade judiciária. Alega que a sociedade americana não está preparada e deliberadamente decidida a descartar o tradicional modelo contraditório, em favor do modelo continental ou inquisitorial. Ela teme que esses movimentos se aproximem de uma administração, colocando em risco de extinção o julgamento (RESNIK, Judith. *Managerial Judges*. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

¹⁸³ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 55.

Assim é que, na Inglaterra¹⁸⁴, após pesquisa elaborada pelo magistrado Lord Woolf sobre a situação da Justiça civil inglesa, em que se constatou uma série de deficiências (custo-lentidão-complexidade), houve a elaboração, no ano de 1999, de um Código de Processo Civil denominado *Rules of Civil Procedure*, que substituiu a fragmentária disciplina existente. Trata-se de uma importante transformação legislativa, que procurou utilizar linguagem uniforme e simples.

A diretriz para a solução dos problemas detectados é o abrandamento dos excessos do *adversary system*. Incrementaram-se os poderes do juiz na direção formal do processo. Em relação à instrução do processo¹⁸⁵, o novo Código não chega a conceder ao juiz o poder de determinar de ofício a realização de provas, mas lhe outorga “amplas faculdades de controle da atividade probatória”.¹⁸⁶

Na França¹⁸⁷, a preocupação contemporânea está em enfrentar a inflação contenciosa, acelerando, ao mesmo tempo, o procedimento. Para tanto, foram reforçados os poderes instrutórios do órgão judicial¹⁸⁸. Segundo Roger Perrot:

Ao longo deste meio século, o processo civil francês foi consideravelmente renovado, por força de uma reforma global que entrou em vigor em 1981. Essa reforma caracterizou-se antes de tudo pela notável ampliação dos poderes do juiz, à luz da idéia diretriz, de origem alemã, segundo a qual, se as partes têm o ônus de alegar os fatos, em compensação o juiz tem a missão de dizer o direito.¹⁸⁹

No Japão, verifica-se da reforma do Código de Processo Civil (Lei 109 de 1996) que as inovações introduzidas no ordenamento processual civil foram bem modestas, sem qualquer evolução significativa para a ciência jurídica, necessitando, ainda, de observação quando à sua prática, para que se possa promover sem demora a legislação necessária.

Não obstante, constata-se, em tema de prova, um tímido avanço na concessão de poderes aos juízes, encorajando-os a terem mais iniciativa. Isso ocorre em relação à prova

¹⁸⁴ Sobre o assunto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 74-83, jul./set. 2000.

¹⁸⁵ Relatando os poderes instrutórios postos à disposição do magistrado inglês ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 58.

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês, cit. p. 74-83.

¹⁸⁷ Interessantes considerações sobre o ordenamento jurídico francês, retratando as perspectivas do futuro, podem ser encontradas em: PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 2000.

¹⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série, cit., p. 50.

¹⁸⁹ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI, cit., p. 207.

testemunhal, estando o juiz autorizado a alterar a ordem de inquirição das testemunhas – após consultar as partes –, para exercer seu poder “suplementar”, formulando perguntas, após dar oportunidade à inquirição pelos advogados, e ainda admitir declaração escrita da testemunha, em vez de ouvi-la em audiência, salvo se houver objeção da parte.

Também se conferiu um papel ativo ao tribunal no esclarecimento da natureza do caso a ele submetido, podendo o juiz fazer perguntas e sugestões para tal fim na audiência plenária.

Sobre o tema, conclui Taniguchi:

Ademais, o novo Código é inequivocamente um produto de nosso tempo, em que se procura bom equilíbrio entre o poder do juiz e a autonomia da parte, no contexto do devido processo e da justiça processual. Do ponto de vista comparativo, o novo Código vale por outro passo no sentido de um processo civil tipicamente japonês, mas ao mesmo tempo reflete a tendência comum de convergência entre os processos de *Civil Law* e de *Common Law*.¹⁹⁰

Por fim, cabe registrar um fenômeno curioso ocorrido em Portugal, denominado *regime processual experimental*. A legislação processual portuguesa implementou um regime processual civil mais simples e flexível, que entrou em vigor em 2006, visando privilegiar a participação dos sujeitos do processo, estimulando o contraditório.

Suas características marcantes são a cooperação e a atribuição de poderes efetivos ao juiz, que assume a direção do processo, aplicando ao caso concreto a regra mais racional. Essas regras são aplicadas somente em tribunais de elevada movimentação processual e serão revistas ao final do prazo de dois anos.

A lição que se extrai do sistema lusitano é a de que o direito processual português, pautado em certos costumes enraizados no sistema romano-germânico, não estava funcionando a contento, gerando a necessidade haver mudanças capazes de efetivamente atender aos consumidores da Justiça. Nas palavras de Moreira Pinto:

O modelo autoritário do processo, calcado no individualismo, cedeu espaço ao espírito humilde e construtivista, sob a participação de todos os sujeitos atuantes, em prol da efetiva realização do direito material. A antiga tendência, consubstanciada no paradigma liberal do processo, de situar as

¹⁹⁰ TANIGUCHI, Yasuhei, O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?, p. 73.

partes como as figuras centrais da demanda, relegando o juiz a um personagem passivo e desinteressado, não mais sobrevive na dinâmica da realidade da moderna processualística lusitana.¹⁹¹

Concluindo o tópico, observa-se que os grandes sistemas jurídicos – cada qual com as suas peculiaridades – estão gradativamente reconhecendo e/ou implementando o aumento da iniciativa do órgão judicial, seja por partilharem das idéias do publicismo, seja sob a justificativa de se atender à exigência constitucional da efetividade.

De qualquer modo, ainda que de forma experimental, é possível que a doutrina e a jurisprudência dos ordenamentos que adotam o liberalismo mitiguem os exageros do privatismo, a fim de que o processo e a verdade não fiquem tão reféns do voluntarismo e do capricho das partes.

¹⁹¹ MOREIRA PINTO, Junior Alexandre, O regime processual experimental português, cit., p. 172.

5 LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Como nenhum poder é absoluto, o aumento dos poderes instrutórios conferidos ao juiz levou a doutrina a se preocupar com o estabelecimento de limites a serem respeitados, visando a não só guiar a iniciativa oficial, como também conferir segurança jurídica aos litigantes.

A matéria é bastante controvertida, e cada jurista enxerga o assunto sob um ângulo diferente. Daí a necessidade de avaliação dos variados posicionamentos para saber se efetivamente existe algum limite e, em caso positivo, qual é.

O dispositivo legal de trata dos poderes instrutório do juiz é o artigo 130 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Inicialmente, via-se no princípio dispositivo grande empecilho aos poderes instrutórios do juiz, já que, aparentemente, a função do magistrado se tornaria incompatível com a disponibilidade das partes quanto ao objeto da lide.

Entretanto, conforme já esclarecido em tópico anterior, o incremento dos poderes instrutórios do juiz não encontra barreiras no princípio dispositivo, por serem situações que não conflitam e nem se excluem. Os atos de disposição das partes dentro do processo permanecem intactos, ao passo que ao juiz cabe a direção e o controle do ritmo do feito. Portanto, a marcha processual não fica vulnerável aos desígnios das partes.

Já a idéia de que o princípio da isonomia seria uma resistência à ampla aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil não deve subsistir, pois a conduta positiva do magistrado visa justamente a restabelecer a igualdade substancial no processo, e não a favorecer qualquer dos litigantes. “As apontadas ofensas a este princípio fundam-se na ultrapassada concepção de disponibilidade das provas pelas partes.”¹⁹²

¹⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 52-53.

Questiona-se também o princípio da imparcialidade¹⁹³ do juiz, quando, no processo civil, a ele é conferida uma função típica de parte¹⁹⁴, sendo que essa suposta parcialidade seria vedada constitucionalmente.

Outros vêem limites no artigo 131 do Código de Processo Civil, que reza: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Sérgio de Mattos assim se posiciona: “[...] o ‘ativismo’ do juiz em tema de prova esbarraria nos limites do material fático aportado à causa”¹⁹⁵. Já para Leonardo Greco: “Para evitar o juiz investigador, o que comprometeria a sua imparcialidade, a sua iniciativa probatória deve limitar-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos (*Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 429.1.II).”¹⁹⁶

Doutrinadores de peso atribuem à lide ou objeto controvertido o limite à iniciativa probatória. Segundo João Batista Lopes: “Cabe advertir, por último, que as iniciativas probatórias do juiz devem limitar-se aos fatos controvertidos do processo, não lhe sendo lícito alterar a *causa petendi*, introduzindo fatos ou fundamentos novos.”¹⁹⁷

No mesmo sentido, Arruda Alvim: “Em face do que dispõe o art. 130 do CPC, a única limitação à atividade do juiz com relação à atividade instrutória é a de que a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus (subjetivo) da prova.”¹⁹⁸

Semelhante é a leitura de José Roberto Bedaque, que entende o seguinte:

¹⁹³ O princípio da imparcialidade do juiz – ao lado dos princípios da igualdade das partes e da liberdade das partes de dispor de seu direito material – é tido como limite por Humberto Theodoro Júnior (Os poderes do juiz em face da prova, cit., p. 39-47).

¹⁹⁴ A doutrina estrangeira mais moderna distingue a figura do juiz terceiro e do juiz imparcial. A primeira existe quando se confere ao magistrado função típica de parte; a segunda se refere à sua garantia orgânica. Por todos: MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 129-165.

¹⁹⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil, cit., p. 126.

¹⁹⁶ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

¹⁹⁷ LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 70.

¹⁹⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, cit., v. 2, p. 392.

Em princípio, pode-se dizer que os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação. À luz do princípio da correlação ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir (CPC, arts. 128 e 460). Se assim é, não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório.¹⁹⁹

Já Marcelo Abelha²⁰⁰ conclui que os únicos limites à conduta do julgador seriam o contraditório e ampla defesa.

Amendoeira Junior²⁰¹ aduz que os limites do juiz seriam o princípio da demanda²⁰², da legalidade e da motivação das decisões.

Acrescente-se, ainda, as palavras de Leonardo Greco:

A definição de limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre às partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão dos atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.²⁰³

Como se vê, o poder instrutório do juiz é visto sob muitos ângulos, e cada um deles corresponde a uma restrição específica. Daí a necessidade de identificar de forma mais aprofundada o que melhor se aplica em termos de provas.

De todo o exposto, resta saber, afinal, a par de um estudo criterioso e cientificamente harmonizado com os princípios fundamentais que regem a matéria – constitucionais e infraconstitucionais –, se, de fato, existe alguma limitação ao poder instrutório do juiz e, em caso positivo, verificar qual seria essa delimitação, de acordo com o ordenamento jurídico contemporâneo.

¹⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 154.

²⁰⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 305.

²⁰¹ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 110-115.

²⁰² “Associam-se a esse condicionamento da jurisdição à provocação da parte, atualmente denominado de princípio da demanda, princípio da exceção material (*exceptiones iuris*), o de não poder o órgão judicial conceder tutela a quem, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte (*ne eat iudex ultra petita partium*), o princípio da impugnação da sentença só pelas partes e o princípio da disponibilidade privada do processo, para formar em seu conjunto o que se convencionou denominar em doutrina ‘princípio dispositivo’ em sentido material ou próprio. Todos representam limites formais aos poderes de que desfruta o órgão judicial, na verdade maior barreira formal à sua atividade.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, cit.).

²⁰³ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

Desta forma, o desenvolvimento do tema se justifica para servir de base para a atuação jurisdicional, já que, na realidade, o poder conferido por lei ao magistrado nem sempre é por ele utilizado ou pelas partes compreendido. Aliás, a aplicação efetiva desses poderes na prática não é vista com a devida frequência.

6 CRÍTICAS AOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA DOUTRINA NACIONAL

A tarefa de questionar os limites até então estabelecidos por uma doutrina tão sólida não é das mais fáceis e requer grande responsabilidade, ainda que o objetivo seja apenas fomentar o debate acerca do assunto no mundo jurídico.

Pode-se arrolar os principais limites estabelecidos pela doutrina brasileira como sendo os seguintes:

- imparcialidade;
- fatos e circunstâncias constantes dos autos;
- lide ou objeto litigioso;
- princípio o ônus subjetivo da prova;
- contraditório e ampla defesa;
- princípios da demanda, legalidade e motivação.

Esses limites serão analisados individualmente, mediante a exposição dos motivos que servem de sustentação para mantê-los ou para rechaçá-los.

Para rebater as restrições consideradas pela doutrina pátria, além de argumentação jurídica, serão utilizados três critérios objetivos, quais sejam: a) a coerência jurídica quanto ao limite encontrado em relação ao direito probatório; b) o momento em que o “limite” é considerado pelo juiz dentro do procedimento probatório; e c) as conseqüências processuais decorrentes da inobservância da restrição. Pretende-se, pois, para se reconhecer o verdadeiro limite, que esses critérios sejam conjugados e estejam presentes concomitantemente.

Quando se fala em coerência jurídica quer-se dizer que nem sempre o limite identificado se refere ao direito probatório, pertencendo a outro instituto jurídico ou processual. Assim, a aparente limitação corresponde eventualmente a irregularidades não afetas diretamente ao campo probatório.

A análise do momento em que a restrição deve ser observada pelo juiz também é importante para efeito de configuração do limite à atividade instrutória do juiz porque a idéia de limite está relacionada ao significado de demarcação, ou seja, até onde o julgador pode

chegar, ou a barreira que impede a ultrapassagem. É o termo final de sua atividade. Ocorre que alguns dos limites supracitados correspondem à observação do que o juiz deve fazer no início da fase instrutória, mas não comprometem a ampla extensão do poder judicial.

Por fim, serão analisadas ainda as conseqüências processuais²⁰⁴ provenientes da eventual inobservância do limite indicado. Como é sabido, de acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, consagrado no artigo 249, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil²⁰⁵, para que algum ato processual seja considerado inválido ou irregular é necessária a ocorrência de algum prejuízo que justifique a nulidade ou ineficácia do mesmo, sob pena de não precisar repeti-lo ou expurgá-lo do processo²⁰⁶. Nesse passo, não se pode querer que uma circunstância processualmente inexpressiva seja elevada à categoria de limite aos poderes instrutórios.

É certo que, teoricamente, esses critérios objetivos ficam soltos na imaginação dos leitores, mas quando aplicados às restrições já mencionadas, espera-se que façam mais sentido.

6.1 Imparcialidade

A imparcialidade possui íntima ligação com o instituto da jurisdição. Esse sistema, que marcou de modo inconfundível a separação de poderes, constitui-se no poder-dever-função do Estado de dizer o direito ou realizá-lo coativamente²⁰⁷. A imparcialidade inclui-se no rol das características da jurisdição e realiza-se pelo ato desinteressado do juiz no exercício de sua função de julgar. Assim, é a sua posição equidistante das emoções e dos interesses da demanda que confere legitimidade para mediar a solução de um conflito na esfera judicial. É tanto uma garantia orgânica da magistratura como uma garantia constitucional das partes.

²⁰⁴ José Roberto dos Santos Bedaque assevera: “Inadmissível a imposição dessa conseqüência pelo simples descumprimento de determinada forma legal, sem que essa não-observância impeça o ato de atingir o próprio fim. Os princípios da economia e da conservação impõem a desconsideração do vício de forma se atingido o objetivo do ato defeituoso, para evitar a renovação desnecessária de atividade processual, bem como para preservar o direito da parte cuja situação estiver amparada pelo ordenamento jurídico substancial.” (*Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 503-504).

²⁰⁵ “Artigo 249 - [...] § 1º - O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

²⁰⁶ Nesse sentido: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.

²⁰⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 159.

No entanto, quando se fala em atos produzidos de ofício pelo magistrado, a sua imparcialidade é comumente questionada, pois a eles sempre se relaciona algum tipo de envolvimento subjetivo do juiz capaz de macular a seriedade, credibilidade e legitimidade do pronunciamento judicial.

E o mesmo raciocínio se aplica à iniciativa probatória, uma vez que gera grande desconfiança quanto aos reais interesses do magistrado no deslinde do feito, justamente por estar exercendo função típica das partes.

Contudo, não é assim que deve ser entendida a matéria. Quando se comenta a iniciativa probatória do magistrado no processo, consideram-se os ideais perseguidos não pela pessoa do juiz, mas pelo próprio ordenamento jurídico contemporâneo.

A figura do juiz se enquadra como mero aplicador dos anseios constitucionais. Assim, cabe ao magistrado a busca pela verdade processual, atendendo-se aos parâmetros estabelecidos pelo devido processo legal, seja ele no plano substancial ou formal.

Por outro lado, a atividade jurisdicional possui plena capacidade de utilizar instrumentos eficazes para atingir a referida verdade, caso a parte fique inerte ou seja ineficaz para provar o fato controvertido nos autos e resolver a questão posta em juízo. Nunca é demais lembrar que a iniciativa do juiz nesses casos ocorre após verificar o que as partes podem oferecer ao processo em termos de prova.

Em ocorrendo tal situação, o magistrado – caso não esteja convencido dos elementos de prova até então existentes – deve lançar mão de seus poderes instrutórios, sem que haja qualquer mácula à intenção de sua conduta. Repita-se: a iniciativa de prova pelo magistrado não ocorrerá de forma indiscriminada e aleatória. Ao invés, será posterior à oportunidade processual das partes e através dos meios de prova necessários e proporcionais ao caso concreto, qualitativa e quantitativamente.

Assim, como se observa, nos precisos casos mencionados – insuficiência ou incapacidade probatória –, a iniciativa probatória do juiz será exercida como consequência natural e lógica de sua própria função de dar impulso ao processo, para se convencer e julgar a lide, sem que isso comprometa a sua imparcialidade na causa. Portanto, é uma postura inerente ao seu próprio ofício jurisdicional.

Sob outro ângulo, o conceito de direito à produção da prova deve ser ampliado, para se considerar que não está relacionado somente ao direito subjetivo da parte na indicação e produção da prova, mas sim ao imperativo constitucional, na efetiva busca da finalidade do processo, através dos meios probatórios aptos a formar a convicção do magistrado acerca da questão controvertida.

Vista a situação dessa forma, ou seja, a de que o direito probatório da parte está relacionado, acima de tudo, com os ideais processuais e constitucionais, independentemente de quem seja a iniciativa²⁰⁸, não seria exagero considerar que a produção pelo juiz de prova capaz de elucidar os fatos afirmados nos autos constitui um dever jurídico inafastável, inerente à sua tarefa jurisdicional e decorrente do interesse público.

Não obstante, caso o magistrado assim não agisse, a consequência da omissão poderia implicar o questionamento recursal de sua decisão, por descumprimento do ofício jurisdicional que lhe é inerente, com possibilidade, inclusive, de alegação de parcialidade. Aqui se estaria diante de um erro de procedimento, pelo fato do julgador não assumir no processo a sua importante missão de busca de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Ora, o juiz, tal qual as partes, deve estar comprometido com a solução rápida mas eficaz do processo, não podendo se furtar de tal mister, sem que isso represente qualquer ilegalidade, ilicitude ou imparcialidade.

Dessa forma, considerar o poder instrutório do juiz, nos precisos casos elencados, como configurador de sua parcialidade, seria o mesmo que negar autoridade à sua função jurisdicional, desacreditando o próprio Poder Judiciário. Nas palavras de José Roberto Bedaque:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento.

²⁰⁸ “A iniciativa probatória compromete a sua imparcialidade tanto quanto a sua omissão, mas a busca da verdade constitui um ganho apreciável. Quanto ao conhecimento de fatos que justificam a improcedência do pedido, não se pode generalizar, pois há os examináveis de ofício e os que dependem de iniciativa do réu. Não há porque contrapor os poderes instrutórios do juiz às garantias processuais das partes e ao seu poder de disposição de seus direitos: uns não prejudicam os outros.” (GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.).

Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.²⁰⁹

Interessante posicionamento é o de Marinoni, para quem “o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte”.²¹⁰

No mesmo sentido, Leonardo Greco: “Seguramente, quanto menos interventivo for o juiz, maior será aparência da sua imparcialidade, mas me parece que não cabe confundir o ativismo moderado e subsidiário com a perda daquele atributo, essencial à própria jurisdição.”²¹¹

Por outro lado, não seria lógico atribuir uma parcialidade à atividade do juiz apenas no momento instrutório²¹², desvinculando-o das demais fases procedimentais. O juiz não decide ser parcial sem a finalidade de ajudar ou prejudicar uma das partes no decorrer do processo como um todo. Assim, se isso ocorre, se dá em um momento anterior à produção das provas e se estende até o julgamento, quando as provas produzidas serão valoradas, para compor a fundamentação da decisão.

Seria incoerente imaginar que um juiz iria beneficiar ou prejudicar uma parte somente no momento probatório, para atender a um capricho seu ou de um dos litigantes, sem estar vinculado ao resultado do processo.

Nesse passo, o perigo de quebra da imparcialidade pelo juiz está presente ao longo de todo processo, sendo que, se ele quiser ser parcial, o será sem poder imputar a culpa aos seus poderes instrutórios.²¹³

²⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 110-111.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, cit., p. 415.

²¹¹ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

²¹² “A participação ativa do juiz na instrução do processo, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos contidos na causa de pedir, não ofende a sua imparcialidade; antes a evidencia, pois o seu objetivo é atingir a verdade real, dando a quem merece o direito disputado.” (PEREIRA, Rafael Caselli, *A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz*, cit.).

²¹³ No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual: quarta série*, cit., p. 48.

Dessa forma, o problema da imparcialidade que tanto de se atribui à fase instrutória está, na verdade, relacionado à irregularidade do próprio ofício jurisdicional do magistrado, que não deveria estar atuando no processo desde a fase postulatória, quiçá nas instrutória e decisória. Em outros termos, a eventual atitude tendenciosa do juiz compromete não só a fase instrutória, mas o exercício de sua jurisdição.

É o que ensina Siqueira Castro:

Não resta dúvida, nesse sentido, como já exposto, que o atributo da imparcialidade é ínsito à existência orgânica da Justiça. Ninguém duvida que os julgadores (juízes e tribunais) exercem atividade *superpartes* e indispensavelmente desinteressada, cujas decisões devem pautar-se em critérios de absoluta independência em face das pessoas e dos interesses em confronto nas lides submetidas à sua cognição e julgamento. O juiz que julga em “*causa própria*”, ou que julga tendenciosamente em favor de uma das partes, não exerce jurisdição legítima.

[...]

Se jurisdição é sinônimo de imparcialidade, a sentença parcial equivale por certo à denegação de justiça, ou o que é pior, à prestação da injustiça. Nesse caso, o restabelecimento da imparcialidade judicante, que é inafastável exigência do *due process of law*, impõe a oferta, à parte agravada pelo desvirtuamento da jurisdição independente, dos adequados expedientes recursais e correicionais.²¹⁴

Assim, atribuir aos poderes instrutórios a responsabilidade pela eventual parcialidade do juiz é fechar os olhos para uma intenção que se inicia antes da etapa de produção de provas, cuja finalidade se posterga até que se atinja o resultado “esperado” no processo, de forma que as provas eventualmente produzidas pelo magistrado serão somente meios de se atingir um fim ilícito, passível de repreensões administrativas e judiciais.

Assumindo o mesmo o entendimento, Daniel Assumpção Neves acrescenta argumentos que reforçam a tese:

Outra barreira a ser vencida constitui em superar a desconfiança daqueles que acreditam que um juiz ativo seria um juiz tendencioso, imparcial. Para certa parte da doutrina, a busca das provas por parte do juiz o faria pender para o litigante ao qual estaria “auxiliando” na produção dessas novas provas e perderia, portanto, sua imparcialidade, condição básica e elementar para a correta atuação jurisdicional. Entendemos que o simples ativismo judicial na coleta da prova não poderá em hipótese alguma ser considerado como motivo de perda da imparcialidade do juiz. Ora, quando o juiz determina *ex officio* a produção de uma prova não se pode considerar que esteja atuando em favor desse ou daquele litigante. Parte da doutrina entende, a nosso ver erroneamente, que a produção de prova virá beneficiar a parte que supostamente deveria ter requerido sua produção, acarretando a perda da

²¹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 323-325.

imparcialidade do juiz. Embora se possa antever até alguma lógica em tal pensamento, impossível admitir-se correta tal conclusão. Somente se poderá conhecer do teor da prova em momento posterior à sua realização, e somente após esse conhecimento se poderá afirmar a que parte a produção da prova veio favorecer. Assim, no exato momento em que determina a produção da prova, o juiz ainda não tem a exata noção da conseqüência de tal produção para a formação de seu convencimento. Seria no mínimo prematuro falar em favorecimento a uma das partes, já que é impossível se determinar qual delas será beneficiada com a produção da prova determinada *ex officio*.²¹⁵

Para finalizar, deve ser analisada a questão sob a aplicação dos critérios objetivos de repulsa, para saber em qual deles a imparcialidade se encaixa. De plano, foi observado acima que ela não se relaciona com o direito probatório propriamente dito, mas sim é uma característica da jurisdição, de modo que ausente o critério da coerência, resta prejudicada a avaliação dos demais.

Portanto, a produção de prova pelo juiz constitui apenas mais um dos muitos atos processuais previstos e necessários para o regular desenvolvimento do processo, sendo que a alegação de risco à imparcialidade não deve subsistir como limite à iniciativa probatória do juiz, já que macula o exercício e a legitimidade da própria jurisdição, e não a iniciativa probatória do juiz.

6.2 Fatos e circunstâncias constantes dos autos

Outra restrição elencada pela doutrina como limite à iniciativa probatória do magistrado são os fatos e as circunstâncias constantes dos autos, prevista no artigo 131 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Inicialmente, salta aos olhos que o dispositivo legal em comento possui relação com a valoração da prova e não com a produção da mesma pelo juiz. Assim, sua interpretação deve ser no sentido de que o juiz não poderá se utilizar de elementos de convicção externos aos autos para decidir.

²¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 263-265.

Ao contrário, deverá se limitar a formar seu convencimento com os elementos instrutórios dos autos, sejam eles decorrentes da produção de prova pelas partes, ou, então, em último caso, pelo critério do ônus da prova do artigo 333 do Código de Processo Civil, que é regra de julgamento.

Nas palavras de Maristela Alves:

Ou seja, a dificuldade de entendimento está justamente em como o sistema contempla a iniciativa probatória do juiz e ao mesmo tempo a repartição de ônus da prova. A explicação pode ser buscada no próprio princípio dispositivo, isto é, as partes têm liberdade de limitar a atuação investigativa do juiz aos fatos por elas trazidos aos autos. Embora o juiz fique adstrito ao pedido e aos fatos fornecidos pelos litigantes, conserva a liberdade de determinar a produção de provas, desde que em dúvida sobre os acontecimentos.²¹⁶

Estará vedado ao juiz, por exemplo, basear-se em informações da mídia, em conhecimento pessoal do fato, convicção de natureza íntima – ainda que técnica – dentre outras situações que não estejam evidenciadas nos autos para ensejar o pronunciamento, mas, ao invés, deve pautar-se exclusivamente no conjunto probatório produzido.

Assim, a decisão que não esteja fulcrada nos elementos fáticos e probatórios existentes no feito, ainda que devidamente motivada, não será legítima, por ferir garantias processuais fundamentais.

Pretende-se, pois, preservar o devido processo legal e evitar que as partes sejam suprimidas do seu direito de ampla defesa e contraditório, sendo ao final surpreendidas com uma fundamentação baseada em circunstâncias que não estiveram presentes na instrução dos autos.

Porém, há de se insistir no fato de que tal regra está voltada para nortear o campo da valoração da prova pelo magistrado, no momento do julgamento, não havendo que se confundir com uma possível restrição ao poder instrutório do mesmo, que ocorre na fase anterior.

De outro modo, ou seja, caso a norma estivesse se referindo ao limite do poder instrutório do juiz, despicienda seria tal afirmativa, já que a logicidade da questão é de imperioso reconhecimento.

²¹⁶ ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, cit., p. 86.

Ora, o juiz não teria razão alguma e nem interesse em produzir uma prova sobre fatos ou circunstâncias externos aos autos. Se muitas vezes já é difícil elucidar o que existe nos autos, quiçá partir para a produção de prova de elementos que não se enquadram no feito.

Em outros termos, não seria coerente produzir prova sobre fato ou circunstância que não tivessem sido trazidos pelas partes aos autos, ou então que não interessassem ao deslinde da demanda. Mas isso consiste, na verdade, na delimitação ao objeto da prova, bem como em relação à pertinência da mesma, cuja apreciação será exercida pelo juiz, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que existe entendimento mais atual que permite ao juiz a avaliação de fatos que não se incluem dentre os alegados pelas partes, visando proporcionar um conhecimento mais amplo das circunstâncias gerais que envolvem o litígio. Nesse sentido, Alvaro de Oliveira: “Não é recomendável, contudo, proibir a apreciação de fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum.”²¹⁷

Vejamos agora como fica o assunto frente aos critérios objetivos de exclusão do limite alegado. Os fatos e circunstâncias dos autos ferem os três critérios estabelecidos: a coerência em razão do pretense limite estar relacionado ao campo de valoração dos elementos dos autos e não à produção de prova em si; o momento em que o juiz lança mão dos fatos e circunstâncias é posterior à fase probatória, já quando do julgamento; e, por último, se o juiz não está mais tão adstrito aos fatos primários dos autos, nos moldes supracitados, é sinal de que não são imperativas as conseqüências processuais pelo não-acatamento da regra.

Portanto, a hipótese aqui avençada também não configura um limite ao poder instrutório, mas sim uma regra a ser observada pelo magistrado no momento do julgamento da causa.

²¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, cit.

6.3 Lide ou objeto litigioso

Quando se fala em limite aos poderes instrutórios do juiz, é comum a indicação da lide ou objeto litigioso como forma de critério objetivo impeditivo da extrapolação do magistrado²¹⁸. Nesse sentido, José Roberto Bedaque:

A atividade instrutória do juiz, portanto, está diretamente vinculada aos limites da demanda, que, ao menos em princípio, não podem ser ampliados de ofício (CPC, arts. 128 e 460). Nessa medida, à luz dos fatos deduzidos pelas partes, deve ele desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo.²¹⁹

A lide ou o objeto litigioso²²⁰ se prestam a identificar qual exatamente é o ponto controvertido existente entre as afirmações das partes, a fim de que se extraia a eventual necessidade de produção de prova e se estabeleça o tipo probatório adequado ao caso concreto.

Assim, o ponto controvertido encontrado constitui o objeto da prova, sobre o qual o juiz deverá se pautar na fase instrutória do processo, para efeito de admitir as provas requeridas pelas partes, ou produzir as faltantes para a elucidação dos fatos.

Como se observa, o objeto da prova precisa ser identificado, e sobre ele recairá toda a instrução probatória. Após esse procedimento, e tendo sido propiciada às partes a ampla produção de provas, sem que seja possível se chegar a uma conclusão definitiva sobre a questão, o juiz poderá lançar mão de todo o seu poder de atuação probatória.

Porém, mais uma vez se verifica que não se está falando de limitação do poder instrutório do magistrado, mas de técnica processual capaz de definir exatamente o que carece de prova nos autos, bem como a modalidade instrutória que se amolda à situação.

É certo que a definição do objeto litigioso ganha maior ou menor importância conforme as particularidades do tipo de procedimento adotado, porque alguns procedimentos,

²¹⁸ Na jurisprudência: “O preceito ligado ao poder instrutório do juiz é limitado pelas deduções das partes. Obedecido tal limite, a necessidade da produção da prova deve ser aferida pelo juízo, visando a formação de seu convencimento. Se entendeu o juízo *a quo* ser necessária a produção de prova pericial, por óbvio não é o caso de julgamento antecipado da lide. Recurso improvido.” (TJSP – AgG n. 1125005002/São Paulo, julgador: 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Rocha de Souza, j. 04.10.2007).

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 94.

²²⁰ “Essa a razão de entendermos ser o objeto do processo mais amplo que o objeto litigioso ou a lide, desde que no primeiro está contido o segundo (lide), somadas as alegações do réu.” (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de, *Manual de direito processual civil: parte geral*, cit., v. 1, p. 385).

em nome do princípio da efetividade, delimitam ou modificam as etapas processuais, que passam a ser desenvolvidas de modo a melhor atender ao direito material.

Esse efeito definidor, que organiza e prioriza a marcha processual, opera sobre todos os envolvidos na relação processual, não só sobre o juiz. Mas, respeitado o procedimento escolhido, o julgador irá conduzir o feito apropriadamente, nos limites da lei.

Ocorre que também não é o poder do juiz que é restringido nessa hipótese, pois, dentro dos limites do procedimento escolhido, ele é livre para definir os atos probatórios mais compatíveis com a situação posta em juízo. Note-se que a delimitação que se fala é apenas procedimental, e não operacional.

Nesse caso, a produção de provas sobre fatos externos à lide desvirtua a finalidade e a celeridade do processo, constituindo um erro de procedimento do juiz, como qualquer outra atecnia processual eventualmente procedida – e não necessariamente sobre a produção de provas –, passível de controle pelas partes, através dos meios processuais próprios, mas, definitivamente, não configura um limite à sua função jurisdicional.

Dessa forma, a lide ou objeto litigioso se prestam a organizar o conteúdo probatório, proporcionando principalmente ao julgador o reconhecimento dos atos potencialmente procrastinatórios, irrelevantes, inúteis, impertinentes ou inadequados para a solução do litígio, cuja produção não interessa admitir nos autos, por quem quer que seja. Portanto, o objeto litigioso não serve para amarrar a postura instrutória do juiz, mas somente para preparar o seu campo de atuação.

Sob a ótica dos critérios objetivos de exclusão de limite, verifica-se que o objeto litigioso atende perfeitamente ao requisito da coerência jurídica, já que, de fato, tem pertinência com o direito probatório, constituindo seu objeto, mas peca quanto aos demais. Explica-se.

A identificação da lide pelo magistrado ocorre logo no início da fase instrutória, mais especificamente quando fixa os pontos controvertidos. E é somente após esse momento que o juiz lança mão de sua iniciativa probatória. Como então dizer que a lide constitui o limite de algo que ainda não aconteceu?

Como se vê, não é a identificação do objeto litigioso que impedirá o juiz de ir além ou aquém de seus poderes instrutórios. Esses poderes, após a definição do objeto litigioso, serão amplos.

Por outro lado, em caso de desrespeito pelo juiz quanto ao objeto litigioso, seja para restringindo-lo ou ampliando-lo, tal irregularidade somente surtirá efeito se causar algum prejuízo aos litigantes. Caso contrário, será convalidada.

Portanto, não é correto atribuir a tal causa um limite à tarefa probatória. O que não se quer é que o juiz forme sua convicção sem levar em conta os aspectos fáticos e jurídicos controvertidos nos autos, produzindo atos que não possuem relação com o processo, ou seja, desnecessários e impertinentes.

6.4 Princípio do ônus subjetivo da prova

O princípio do ônus subjetivo da prova também não se presta a delimitar os poderes instrutórios do juiz.

Esse instituto retrata com muita clareza que as partes possuem a necessidade de persuadir o juiz²²¹ e a incumbência processual de provar suas alegações, sob pena de sofrerem as conseqüências pela inércia. Segundo Carnelutti, “[...] deve, pois, provar quem deve afirmar, porque assim requer a lei e não porque quem deve afirmar seja o único interessado em provar [...]”.²²²

Hodiernamente, muito se questiona se a regra estática do artigo 333 do Código de Processo Civil destina-se às partes – ficando as mesmas responsáveis pela prova do que alegam (com exceção das hipóteses de inversão do ônus da prova previstas em lei), sendo que o eventual insucesso nessa conduta implica em prejuízo à sustentabilidade de suas afirmações –, ou se se configura como regra de julgamento (ônus objetivo da prova).

²²¹ Para José Carlos Barbosa Moreira, o aspecto subjetivo do ônus da prova tem relevância mais psicológica do que jurídica, de modo que não deve ser alvo de preocupação do juiz (*Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 75).

²²² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p. 41.

Não obstante, debate-se sobre a importância da própria existência da regra do ônus da prova. Esses assuntos serão abordados oportunamente. O que interessa neste momento é o inevitável reconhecimento de que, direta ou indiretamente, as partes ficam sujeitas às consequências processuais pela não-produção das provas que lhes cabiam.²²³

Entretanto, retorna-se aqui ao tema disponibilidade dos atos processuais pelas partes. O fato de serem portadoras de ônus processuais quanto ao objeto material não limita a atividade probatória do magistrado.

A parte terá responsabilidade principal na elucidação dos fatos e circunstâncias por si afirmados. Ocorre que nem sempre essa incumbência atinge resultados eficazes, seja pelas vias escolhidas pelos interessados, seja pela própria dificuldade que o meio de prova pode apresentar diante do caso concreto.

É nesse momento que entra a atuação do juiz, até porque, em muitos casos, possui efetivamente mais condições de buscar a prova que não se consegue por meio de um particular. Nesse estágio processual, evidencia-se o caráter público do comprometimento judicial que legitima sua conduta.

Dessa forma, o ônus subjetivo da prova não interfere nos poderes instrutórios do juiz. Sobre o tema, diz José Roberto Bedaque:

Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova de maneira alguma importa em retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe a elas a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este para que seu provimento se aproxime o máximo possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de prova são procuradas por quem averigua os fatos; com os meios de prova se faz a verificação. À parte compete averiguar e afirmar. Nada impede que a função verificadora seja entregue ao juiz, pois o acerto da decisão dela depende.²²⁴

²²³ “Nos limites em que algum relevo se lhe pode reconhecer, subsiste, pois – *atenuado* que seja – o aspecto ‘subjetivo’ do ônus da prova.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: segunda série, cit., p. 79).

²²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 124.

Outrossim, a verificação do eventual desrespeito do ônus subjetivo da prova e suas conseqüências são reservadas ao momento do julgamento²²⁵, ou seja, posterior à fase instrutória. Mais uma vez, José Roberto Bedaque:

O não atendimento à regra do art. 333 pelas partes implica descumprimento de ônus processual, gerando, em conseqüência, sanção da mesma natureza, consistente no julgamento desfavorável. A incidência do dispositivo ocorre, pois, no momento final, diante da situação de incerteza causada pela insuficiência do conjunto probatório. Não tem fundamento a tentativa de vincular a distribuição desse ônus à legitimidade para produção da prova. São questões diversas, a serem enfrentadas em momentos procedimentais próprios. Não é condição de admissibilidade da prova a coincidência entre quem produz e quem deveria fazê-lo. A razão de ser da regra é, pois, evitar o *non liquet*. Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova.²²⁶

Insta ressaltar ainda que a questão do ônus subjetivo da prova perde seu brilho diante do princípio da comunhão da prova, pois pouco importa quem a está produzindo, já que a partir do momento em que os elementos de prova são inseridos ou deferidos nos autos, passam a pertencer ao processo, e não às partes ou ao juiz.

Sobre o tema, valiosos são os ensinamentos de Daniel Assumpção Neves:

Sendo a prova do processo, e não da parte que a requereu, a partir do momento em que a mesma é deferida pelo juiz, ela perde completamente a sua identidade subjetiva, passando desde já a pertencer ao processo. Não há de fato qualquer razão – acadêmica ou lógica – que reserve tal constatação somente a prova já produzida, bastando para tanto lembrar que a fase de produção da prova é apenas uma entre aquelas que compõem o procedimento probatório. E é justamente o princípio da comunhão das provas, responsável pela perda da identidade pelo seu surgimento no processo, que nos autoriza tal conclusão. Nesse tocante, inclusive, cabe recordar as lições de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a propositura da prova já faz parte de sua produção.²²⁷

Por fim, como se vê, o ônus subjetivo da prova também não atende à conjugação dos critérios objetivos destinados a encontrar a restrição da atividade oficial. Inicialmente porque, ainda que considerado, relaciona-se com os aspectos psicológicos da parte, e não com o campo probatório, ocorrendo em momento anterior à iniciativa probatória do juiz. Para

²²⁵ Entendendo tratar-se de regra de julgamento: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 76.

²²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 18-19.

²²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 19-33, out. 2005.

finalizar, o não-atendimento pelo litigante do princípio do ônus subjetivo da prova não traz obrigatoriamente um prejuízo processual.

Portanto, o princípio do ônus subjetivo da prova regula a iniciativa primária das partes da produção da prova, e não impõe qualquer limite à instrução efetuada pelo juiz.

6.5 Contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, é a expressão mais fiel do Estado Democrático de Direito, de modo que a inobservância desses institutos viola as mais basilares garantias do nosso ordenamento jurídico.

O exercício do contraditório não envolve só as partes, mas compreende também o juiz e todos os demais participantes do processo, num imprescindível diálogo judicial.²²⁸

Aliás, Alvaro de Oliveira ressalta a inegável importância do contraditório para o processo justo, que se encontra na mesma base da dialética processual e da cooperação. E acrescenta:

A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos na busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.²²⁹

²²⁸ “Como se vê, o contraditório não é um princípio que deva ser observado somente na relação entre as partes no processo, ou seja, no sentido de uma poder manifestar-se sobre as alegações da outra. Aplica-se com a mesma intensidade imperativa no que diz respeito às partes e o órgão julgador, não sendo dado a este fazer do processo uma ‘caixinha de surpresas’, de cujo conteúdo as partes só poderão tomar conhecimento após a prolação da decisão.” (PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 65).

²²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, cit., p. 13.

O princípio do contraditório²³⁰ possui estreita associação com o princípio da igualdade²³¹. Complementa Nelson Nery Júnior: “Essa igualdade de armas²³² não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.”²³³

Sérgio de Mattos, com propriedade, comenta:

Na medida que toda a convivência social se apresenta como uma grande competição para a obtenção de bens escassos, a igualdade de oportunidades tem como objetivo oferecer a todos os membros de determinada comunidade condições de participar, valendo-se de posições iguais de partida, da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo. O parentesco entre o princípio da igualdade de oportunidades e o do contraditório é irrefutável.²³⁴

Mas não pára por aí. Segundo Adriana Pires:

[...] o contraditório não se resume apenas nisso, visto que ele é igualmente garantia da própria jurisdição, pois que essa efetiva e plena possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e de produzirem provas constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.

[...]

Sob um outro enfoque, mas entretanto sem contrapor aquele recém manifestado acerca do aspecto técnico do contraditório, está a questão do contraditório como instrumento de limitação ao exercício do poder.²³⁵

²³⁰ “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.” (NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135).

²³¹ Sobre o tema, Luigi Paolo Comoglio assevera que o contraditório da parte, como forma de obtenção de condição de paridade, também é tido no ordenamento jurídico italiano, espanhol e latino-americano como uma das garantias mínimas para se atingir o justo processo, e que deve ser respeitado, principalmente quando estão em jogo os poderes de iniciativa instrutória do juiz, cuja possibilidade já reconheceu a legislação italiana. Trata-se de garantia mínima de legalidade processual, juntamente com a figura institucional do juiz imparcial. (Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 97-158, jul./set. 2004). O mesmo autor também aborda a matéria em: COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

²³² “Ocorre entretanto, que nem sempre existe inteira coincidência entre o princípio da igualdade e o contraditório. Como se sabe, a igualdade das partes deve ser assegurada ao juiz na condução do processo na conformidade do que dispõe o art. 125, I, do CPC. Porém, a igualdade não se projeta apenas no nível do contraditório, mas sim ela deve ser garantida em tudo que se refere aos poderes, aos deveres, aos direitos das partes no processo. Assim, deve haver igualdade de prazos para recorrer, igualdade de oportunidades em recorrer, enfim, igualdade de oportunidades de modo geral no processo.” (PIRES, Adriana, Prova e contraditório, cit., p. 69).

²³³ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 153.

²³⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil, cit., p. 133.

²³⁵ PIRES, Adriana, Prova e contraditório, cit., p. 61-63.

Como visto, no que tange ao tema, o juiz assume dois papéis distintos: um é o de objeto do contraditório, no sentido de que é um dos sujeitos que participa do mesmo; ao mesmo tempo, é o responsável pelo exercício e controle do contraditório e da ampla defesa no processo.²³⁶

Não obstante, a utilização e incremento dos poderes instrutórios pelo julgador fazem com que essa dialética dos participantes da relação jurídica processual proporcione o equilíbrio argumentativo, legitimando²³⁷ a decisão judicial²³⁸. Nas palavras de Sérgio de Mattos:

No tocante às iniciativas do juiz em tema de prova, delas os interessados deverão ser informados e delas poderão participar efetivamente. Os poderes instrutórios do juiz incorporam-se e coordenam o princípio do contraditório no sentido da mitigação da desigualdade entre as partes. Portanto, somente pela via do princípio do contraditório pode a iniciativa do juiz em matéria de prova contribuir para a obtenção da igualdade entre as partes, no processo civil.²³⁹

Considerando que a fase instrutória é decisiva para formar a convicção do juiz, a importância do princípio do contraditório e ampla defesa ganha proporções ainda maiores, e a condução e observância do contraditório e da ampla defesa devem ser efetuadas pelo magistrado, na qualidade de presidente do processo. Mas, sua tarefa referente a esses dois institutos constitucionais termina aí, de modo que, em caso de desconsideração pelo juiz, fica o processo maculado, impedindo a sustentação de um pronunciamento judicial.

O maior vício que se vê na declaração do princípio do contraditório e ampla defesa como limite à iniciativa probatória do juiz está na confusão que comumente se faz entre os requisitos indispensáveis e necessários para o regular desenvolvimento do processo – ou

²³⁶ “Entretanto, não é somente no exercício da produção probatória que repousa a participação; não é só através da prova propriamente dita que as partes instruem o juiz e trabalham para o seu convencimento, mas em todas as manifestações que se dão dentro do processo. Quando se alega, quando se argumenta e contra-argumenta, também se está preparando o espírito do julgador, instruindo-o. Daí porque quando se fala em contraditório na instrução, deve-se necessariamente entendê-lo em qualquer ato do processo tendente ao convencimento judicial, e não somente no ato de provar *stricto-sensu*.” (PIRES, Adriana, Prova e contraditório, cit., p. 68.)

²³⁷ Na sábia observação de José Roberto dos Santos Bedaque: “Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.” (*Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 78).

²³⁸ “O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas a eventual omissão da parte pode decorrer exatamente da inexistência de uma paridade *real*. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 104-105).

²³⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil, cit., p. 135.

como pressuposto de inviolabilidade do direito de defesa, cuja observância constitui condição essencial para sua efetivação²⁴⁰ – e a suposta restrição instrutória do magistrado.

Não se nega que para o processo ser considerado regular e válido, mister se faz a observância de imperativos indispensáveis, tanto pelas partes, como pelo juiz. É o caso do contraditório e da ampla defesa.

Essa irregularidade cairá no mesmo problema anteriormente identificado, consistente no erro de procedimento do magistrado, passível de controle recursal, cujos efeitos processuais serão acertados pela prática do ato de defesa suprimido.

Entretanto, o problema não atinge propriamente o seu poder de produzir provas nos autos. Quer-se dizer com isso que a observância de requisitos para a instrução do juiz legitima seus atos, mas não tem o condão de restringi-los.

Levando a discussão para o preenchimento dos critérios objetivos de aceitação da tese doutrinária, tem-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa não se enquadra no quesito coerência da argumentação jurídica, já que destinado a legitimar os atos processuais, e não a servir de limite aos mesmos. Ademais, no que tange às conseqüências, o eventual desrespeito ao instituto não enseja uma nulidade absoluta, e sim relativa, condicionada à demonstração de prejuízo.

Dessa forma, em que pese ser constitucionalmente exigida a observância do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos judiciais e administrativos, restringem-se os institutos à classificação jurídica de requisitos de desenvolvimento regular do processo, mas não de limites aos poderes do juiz em tema de provas.

6.6 Princípios da demanda, da legalidade e da motivação

O princípio da demanda, baseado no artigo 262 do Código de Processo Civil²⁴¹, estabelece que a jurisdição, em regra, somente se inicia se for provocada. Ou seja, é a iniciativa da parte que dá ensejo à formação da relação jurídica processual e ao exercício da

²⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 485.

²⁴¹ “Artigo 262 - O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

atividade jurisdicional. Afirma-se com isso que o juiz não deve instaurar a contenda judicial de ofício, sendo essa uma das características da jurisdição.

A provocação da parte para efeito de início da jurisdição justifica-se ante a disponibilidade da parte em relação ao objeto litigioso, nas relações de cunho privado, cujos valores envolvidos não demandam uma provocação oficial.

Porém, em que pese ser do litigante a iniciativa de provocação da jurisdição e a delimitação do objeto litigioso, o processo se desenvolve por impulso do juiz, que passa a não mais depender de manifestação da parte interessada, inclusive para fins probatórios.²⁴²

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. comenta: “Assim, a inércia da jurisdição, embora permaneça como característica geral fica reduzida, basicamente, à instauração do processo e à determinação do objeto litigioso (o mérito da causa), que, a princípio, exigem provocação da parte.”²⁴³

Nesse passo, a iniciativa que dá ensejo ao exercício da jurisdição não traz qualquer limitação aos poderes instrutórios do juiz, que são amplos, contanto que necessários e adequados à hipótese.

E o mesmo se pode dizer em relação ao princípio dispositivo²⁴⁴, o qual “diz respeito apenas às limitações do juiz no tocante aos atos de disposição das partes”²⁴⁵, sendo a iniciativa de provocação da jurisdição somente uma dessas condutas processuais.

Sobre o tema, José Roberto Bedaque:

Conclui-se que a denominação “princípio dispositivo” deve expressar apenas as limitações imposta ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem portanto, do chamado “princípio dispositivo”. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão tornaria possível sua utilização para representar tais restrições.²⁴⁶

²⁴² Entendendo ser clara a distinção feita pelo Código de Processo Civil entre a iniciativa e o impulso: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 221.

²⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1. p. 87.

²⁴⁴ “As restrições ao ‘ativismo’ do juiz em tema de prova [...] não advêm da natureza disponível ou indisponível do direito material, vale dizer, não decorrem do princípio dispositivo.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, *Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil*, cit., p. 126).

²⁴⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 113.

²⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 93.

Por outro lado, como já esclarecido, o processo civil social não mais permite que as partes tratem a demanda como um negócio privado, dispondo livremente do direito probatório. Ao invés, ficam submetidas ao interesse público conduzido pelo magistrado.

Sérgio de Mattos assevera que:

A disponibilidade do direito material incide sobre o poder de pedir a tutela jurisdicional, mas não repercute na técnica processual, variável consoante a sua adequação ao fim colimado. À natureza disponível ou indisponível do direito material não se reconduz por conseguinte a estrutura interna do procedimento.²⁴⁷

Por essa razão, foram reconhecidos poderes instrutórios ao juiz, a fim de que pudesse também colaborar com a elucidação dos fatos da causa, visando formar o seu convencimento.

Assim, sendo o princípio da demanda destinado apenas a regular a forma de provocação da jurisdição, não atende nem sequer ao critério objetivo da coerência da justificativa jurídica, relativo à pertinência do limite indicado pela doutrina, prejudicando, pois, a análise dos demais critérios.

Portanto, o impulso do juiz em tema de prova, após a instauração do feito, além de legítimo, serve para atender aos interesses e finalidade do próprio processo. Afasta-se, pois, a referida limitação.

No que tange à legalidade – *lato sensu* considerada –, trata-se de obediência às normas constitucionais e infraconstitucionais pelo magistrado, que deve revestir todos os seus atos, não só na qualidade de agente público, mas também no exercício de sua função judicante. É o texto constitucional, acima de tudo, que exige a prestação de uma tutela jurisdicional, não somente legal, mas também de acordo com os valores ideológicos do processo.

E é nesse contexto que entra a permissão legislativa para a iniciativa probatória do juiz, quando a situação demandar, pois é com base no respeito à legalidade e ao interesse público que o magistrado deve preencher a lacuna probatória das partes para formar seu convencimento.

²⁴⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil, cit., p. 125.

Aqui, mais uma vez confundem-se o limite aos poderes instrutórios do juiz com os requisitos para o seu exercício, não preenchendo, pois, o critério objetivo da coerência já explicada.

Dessa forma, o princípio da legalidade – *lato sensu* – também não pode ser visto como um limite, mas como um requisito que dá lastro à função jurisdicional do magistrado.

Do mesmo modo, a motivação²⁴⁸ é ato essencial a fornecer respaldo à decisão judicial²⁴⁹. Segundo Ricardo Aronne: “A motivação da sentença é um dever do juiz, não só pela lógica de seu porquê de existir, mas também por força do art. 131 de nosso Código de Processo Civil.”²⁵⁰

É através dela que o juiz justifica²⁵¹ a tomada de uma postura probatória ativa para efeito de se proferir o julgamento, constituindo, assim, mais um requisito de validade da tutela jurisdicional. Por fim, tem-se a “motivação como atividade legitimadora da justiça perante a sociedade civil.”²⁵²

No mesmo sentido são as palavras de Siqueira Castro:

Outro aspecto de transcendente importância na aplicação da cláusula do *devido processo legal* em sua acepção processual (*procedural due process*) tem a ver com o requisito de motivação das decisões judiciais. *Trata-se de condição de validade dos editos prestadores de jurisdição, cuja finalidade última é justamente salvá-los da mácula da arbitrariedade.* Da exatidão e suficiência da motivação depende o conhecimento pelas partes em juízo da estrutura e do teor do julgado, o que, inclusive, as habilita a interpor os recursos que lhes faculta a legislação processual.²⁵³ (grifamos)

²⁴⁸ “Fundamentar significa o magistrado dar as suas razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.” (NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 183).

²⁴⁹ “E isto porque constitui condição essencial da sentença a motivação, com a conseqüente indicação dos fundamentos de ato e de direito que levaram o juiz a formar sua convicção.” (ALVES, Maristela da Silva, *O ônus da prova como regra de julgamento*, cit., p. 87).

²⁵⁰ ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 48.

²⁵¹ “A observância do dever de motivação das decisões (art. 93, inc. IX, da Constituição brasileira de 1988) e o eventual reexame da decisão em segundo grau de jurisdição permitem o controle de desvios na conduta do juiz.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de, *Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil*, cit., p. 128).

²⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, cit., p. 13.

²⁵³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, cit., p. 310.

Nelson Nery Júnior, comentando o artigo 93, IX e X, da Constituição Federal, faz importante observação:

Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.²⁵⁴

Assim, em sendo a motivação um requisito de validade, e não uma restrição aos poderes instrutórios do juiz, a presente observação doutrinária também não atende ao critério objetivo estabelecido.

Poderíamos, dessa forma, elencar um extenso rol de requisitos a serem preenchidos para conferir validade à iniciativa probatória do juiz, mas não identificaremos, nas hipóteses supracitadas, limites propriamente ditos na conduta do julgador em busca dos elementos do prova capazes de formar o seu convencimento, como alguns juristas querem fazer crer.

²⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 184.

7 A LEGALIDADE ESTRITA COMO LIMITE AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Como foi visto anteriormente, os limites até então estabelecidos pela doutrina: constituem pressupostos da função jurisdicional; ou enquadram-se na categoria de requisitos essenciais à atuação do magistrado; ou constituem o ponto de partida do juiz, e não o termo final de sua atuação; ou, então, não ensejam uma consequência processual danosa automática e necessária, de modo a inviabilizar a conclusão de que sejam verdadeiros limites aos poderes instrutórios.

Poder-se-ia até estabelecer como pressupostos do exercício jurisdicional a imparcialidade e a legalidade *lato sensu*, e como requisitos da iniciativa probatória do juiz a observância da lide ou objeto litigioso, do princípio do ônus subjetivo da prova, do contraditório e ampla defesa, dos princípios da demanda e a motivação. Os fatos e circunstâncias constantes dos autos correspondem, como já explicitado, a um requisito voltado ao julgamento da causa.

Todas essas exigências, na realidade, são destinadas a garantir a qualidade do exercício da função jurisdicional, que deve se revestir de todos os aspectos da legalidade, em respeito ao devido processo legal – nos aspectos processual e substancial – constitucionalmente previsto.

Dessa forma, as “restrições” apontadas têm de ser efetivamente observadas para que a produção da prova e a decisão sejam consideradas lícitas, o que não limita a atividade jurisdicional em termos de prova, que pode ser ampla e condicionada apenas ao aspecto da legalidade, em seu sentido estrito.

Como é sabido, é a legalidade que sempre deve pautar a conduta dos magistrados, principalmente quando está em jogo uma dose de liberdade nos atos judiciais, como ocorre no poder instrutório que ora se defende.

E não há como negar que a legalidade *lato sensu* engloba todos os aspectos anteriormente citados como pressupostos ou como requisitos, quais sejam: a imparcialidade; os fatos e circunstâncias constantes dos autos; a lide ou objeto litigioso; o princípio do ônus subjetivo da prova; o contraditório e ampla defesa; os princípios da demanda e a motivação.

Na verdade, a legalidade *lato sensu* está intimamente ligada ao próprio exercício e qualidade da jurisdição, pouco importando o tipo de ato envolvido, ou seja, se para fins probatórios ou não. É por isso que nem mesmo essa legalidade pode ser alegada como limite ao poder instrutório, apesar de dever sempre estar intrinsecamente presente na prestação jurisdicional, em atendimento ao devido processo legal.

Nesse passo, a legalidade estrita que se defende como delimitadora dos poderes instrutórios do juiz é a específica do direito probatório, concernente aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais de aceitação²⁵⁵, ou seja, nas suas dimensões processual e substancial.²⁵⁶

Insta esclarecer que não se trata de simples jogo de palavras, tendo em vista que, quando se colocam os pressupostos e requisitos como limites, estabelecem-se demarcações à atividade probatória jurisdicional que na verdade não existem, tornando inapropriada não só a terminologia empregada, mas também a qualificação do instituto jurídico.

Quando se fala em legalidade estrita, levam-se em consideração aspectos que interessam e importam especificamente ao direito probatório. São hipóteses jurídicas que, como regra, constituem barreiras intransponíveis à atividade judicial em tema de prova.

Assim, a prova ilegal é a que a doutrina normalmente classifica como ilícita – fere normas ou valores constitucionais – ou ilegítima – vulnera preceitos processuais. Patrícia Silveira, comentando essa divisão de Ada Pellegrini, conclui: “Daí confirma-se a dupla natureza dos princípios em matéria de direito probatório, em que se incluem direito processual e direito material.”²⁵⁷

Por sua vez, João Batista Lopes considera correta a doutrina que rejeita as provas ilícitas com fundamento em princípios constitucionais, e acrescenta: “A despeito de a norma constitucional se referir a ‘provas obtidas por meios ilícitos’, temos para nós que a vedação

²⁵⁵ Entendendo que a tese que diferencia a ilicitude da ilegitimidade das provas encontra-se superada com a Constituição Federal de 1988: ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 318, nov. 2007.

²⁵⁶ Ada Pellegrini Grinover coloca a legalidade estrita – licitude e legitimidade – ao lado do contraditório e da motivação como limites aos poderes instrutórios do juiz (A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 6).

²⁵⁷ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

constitucional alcança, também, sua apresentação em juízo por força da regra do art. 332 do CPC, que dispõe sobre a admissibilidade de todos os meios moralmente legítimos.”²⁵⁸

Como se observa, mesmo sem usar os adjetivos processuais e materiais, o autor enxerga que a irregularidade da prova pode ser proveniente de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nos comentários de Nelson Nery Júnior:

O que é prova ilícita? Conceituar prova obtida ilicitamente é tarefa da doutrina. Há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos *prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente*. Utilizando-se, entretanto, a terminologia de prova vedada, sugerida por Nuvolone, tem-se que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova). Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será *ilegal* sempre que houver violação do ordenamento com um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente. Em outra classificação, a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal.²⁵⁹

Não se nega que, para fins didáticos, a divisão do tipo de prova em diversas classificações pode ser útil. Dessa forma, como exemplo de imperativo constitucional, pode-se citar o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal²⁶⁰; já quanto às previsões infraconstitucionais, o artigo 332 do Código de Processo Civil²⁶¹ retrata bem o que se quer dizer.

Entretanto, deve-se ter em mente que, em regra, não se admite a produção prova que, de alguma forma, afronte o direito probatório. Por conseguinte, qualquer atitude do juiz que pretenda ir de encontro a essa premissa deve ser rejeitada e combatida com vigor. Não é por outro motivo que as conseqüências que resultam da produção de prova ilegal, como regra, são insuperáveis, já que redundam na nulidade absoluta do ato.

²⁵⁸ LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, cit., p. 87.

²⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 163.

²⁶⁰ “Artigo 5º - [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

²⁶¹ “Artigo 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

É evidente que não se está alheio à polêmica quanto à excepcional possibilidade de admitir a produção de prova ilícita, quando os valores envolvidos na discussão superarem e conflitam com as garantias processuais constitucionais, momento em que o magistrado deverá lançar mão da razoabilidade, fazendo prevalecer os interesses mais elevados.²⁶²

Mas note-se que, nesses casos, o nosso ordenamento jurídico está protegendo um bem cuja prevalência é infinitamente superior ao próprio sistema de provas, e por isso não pode ser considerado para fins de se tentar relativizar as conseqüências do limite da ilegalidade estrita.

Bedaque, discorrendo sobre o tema, considera que o direito à prova não é absoluto, afastando a pretensão da parte de exigir a apresentação da prova ilícita. Sugere que o juiz, para efeito de admitir a produção de prova obtida ilicitamente, deve aplicar, excepcionalmente, o princípio da proporcionalidade no caso em concreto:

Assim, apresentando-se essa situação excepcional, o julgador, ao tomar conhecimento da existência de uma prova, determinaria sua produção, ainda que obtida por meio ilegal. A eventual ilicitude não pode afastar por completo o poder instrutório do juiz. No caso em tela, esse poder seria ainda maior, visto que não importaria a parte interessada pretender trazê-las aos autos. Aqui a iniciativa probatória seria exclusiva do magistrado.²⁶³

Nesse passo, não há dúvida de que a excepcional admissão de prova ilícita é verdadeiramente uma expressão decorrente do poder instrutório do juiz. Porém, como regra, a ilegalidade da prova constitui o real limite que se busca neste trabalho.

Ao se submeter o limite da prova ilegal aos critérios objetivos de aceitação da tese, verifica-se um exato preenchimento. Quanto à coerência da restrição, é inegável que a questão da legalidade estrita se identifica com o direito probatório, já que se refere a requisitos específicos da admissão e produção da prova.

No que tange ao momento de aplicação do limite, ele se inicia com a fase de indicação da prova ilícita – pelas partes ou pelo juiz –, passando pela admissão da prova pelo juiz, e estendendo-se até a última etapa, que é a sua produção.

²⁶² Sobre o assunto, para interessante proposta de se reconhecer, para efeito de admissão excepcional de uma prova obtida de forma ilegal, *o estado de necessidade processual*, ver: ROQUE, André Vasconcelos, *O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas*, cit., p. 328.

²⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 146.

Por fim, em relação às conseqüências processuais, ainda mais latente fica a identificação dessa restrição, eis que, em regra, conforme explicado anteriormente, não há como burlar essa nulidade para convalidar o ato judicial.

Assim, após a análise detida dos limites criados, conclui-se pela legalidade estrita como sendo a real restrição aos poderes do juiz em tema de prova.

8 O ÔNUS DA PROVA E OS PODERES DO JUIZ

O estudo dos poderes do magistrado em matéria de prova não deve se resumir à iniciativa de produzir a prova faltante para conduzir ao seu convencimento sobre a lide. Ao contrário, deve ser considerado em todos os seus aspectos processuais, como se verá adiante.

8.1 Ônus da prova

No Brasil, na esteira do que comumente se vê no *civil law*, adota-se critério estático de distribuição do ônus da prova, como último refúgio para se evitar o *non liquet*, através da regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.²⁶⁴

Esse critério se aplica, diz Danilo Knijnik, “desimportando as conseqüências daí advindas quanto à maior ou menor dificuldade de provar, juízo que o Código reservou, exclusivamente, para as convenções ou contratos probatórios (art. 333, parágrafo único, II)”.²⁶⁵

A idéia de ônus processual se relaciona à existência de uma conseqüência imposta à parte pelo não exercício de uma faculdade processual.

Maristela Alves complementa:

O ônus difere de dever, pois este pressupõe sanção. [...] Nada disso ocorre com o ônus da prova, pois, em sendo descumprido, acarretará apenas uma conseqüência processual negativa. Já se atendido, o ônus implicará uma situação de vantagem [...].

[...]

Essas considerações levam-nos à conclusão de que na verdade o ônus da prova é caracterizado pela idéia de risco nele implicada. Não se impõe à parte onerada a prova como uma atitude indispensável para evitar uma conseqüência desfavorável. Na realidade, ela assume o risco de não trazer a prova para o processo. Diante dessa ausência probatória, o juiz haverá de se pronunciar proferindo julgamento contrário àquele que não o fez, muito embora necessitado da prova. A regra do ônus da prova indica quem deve evitar que falte a prova, ou seja, quem suportará a falta da prova de determinado fato no processo.²⁶⁶

²⁶⁴ “Artigo 333 - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor. [...]”

²⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943-944.

²⁶⁶ ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, cit., p. 82-83.

Como se observa, o ônus da prova tem conotação eminentemente negativa, eis que evita um efeito danoso por meio do desenvolvimento de certa atividade.

O ônus da prova do artigo 333 do Código de Processo Civil ainda é visto sob dois enfoques distintos: um subjetivo e outro objetivo. O ônus subjetivo²⁶⁷ ou formal²⁶⁸ está relacionado às pessoas responsáveis pela produção da prova, significando saber se a parte onerada conseguiu comprovar nos autos suas alegações, enquanto que o ônus objetivo da prova está relacionado à distribuição do encargo probatório pelo juiz, no momento do julgamento, consistindo, pois, em uma regra de julgamento.

Essa distinção é importante pois, dependendo do aspecto que se der relevância, o assunto tomará rumos antagônico. Explica-se. Se o ônus da prova for somente subjetivamente considerado e, portanto, destinado às partes, elas ficam, de plano, vinculadas ao atendimento dos preceitos distributivos da carga probatória do artigo 333 do Código de Processo Civil, sob pena de ter contra si um julgamento desfavorável, podendo até constituir um limite à iniciativa probatória do juiz.

Por outro lado, se considerado o ônus da prova como regra de julgamento destinada ao magistrado, caberá a ele, no momento de decidir, verificar o conjunto probatório constante dos autos para, em caso de insuficiência de provas – e apenas residualmente –, atribuir o prejuízo à parte que descumpriu seu encargo processual.²⁶⁹

Doutrina de peso se inclina para considerar o ônus da prova como regra de julgamento, como é o caso de Alvaro de Oliveira:

Objeta-se que se o juiz determina, de ofício, com absoluta liberdade, o tipo de prova a ser produzida e o faz em momento processual que lhe aprouver, estará jogando por terra toda a possibilidade de apreciação dos fatos sob o prisma da direção dada pelo ônus de fazer a prova (ou arcar com as conseqüências de opção de não produzi-la) ou poderá com bastante

²⁶⁷ “O ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Argüindo o réu circunstância impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, a ele compete provar a alegação (art. 333, II, do CPC).” (STJ – RESP n. 118590/PR, 1997/0008907-0, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.04.2003, *DJU*, de 30.06.2003 p. 250). E ainda: “A prova cabe a quem alega e quem se insurge contra fatos retratados em documentos oficiais tem o ônus de provar o porquê da imprestabilidade do documento (art. 333 do CPC).” (STJ – RESP n. 569985/DF, 2003/0130765-0, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.06.2006, *DJU*, de 20.09.2006 p. 202).

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: segunda série, cit., p. 74.

²⁶⁹ “Como ao julgador é vedado eximir-se de decidir, o ordenamento jurídico atribui-lhe, em contrapartida, determinados poderes, bem como lhe confere certos instrumentos para que possa firmar seu convencimento com maior segurança, sendo a ampla liberdade de convencimento um atributo decorrente da obrigatoriedade de prestação da efetiva atividade jurisdicional.” (TRF-1ª Região, AC n. 199701000054842/BA, 6ª Turma, rel. Des. Fed. Souza Prudente, j. 11.12.2006, *DJU*, de 29.01.2007, p. 6).

freqüência desrespeitar a ocorrência da preclusão. A assertiva desconhece, no entanto, por um lado, o verdadeiro sentido do dogma do ônus da prova, destinado como regra de juízo a permitir a solução da controvérsia somente quando não suficientemente provados os fatos, hipótese possível até em processo de corte exclusivamente inquisitivo. E esbarra, por outro, com o entendimento generalizado no sentido de inexistência de preclusão no tocante à iniciativa judicial *ex officio* para a realização da prova, cuja única finalidade deve consistir em melhor formar a convicção do órgão julgador, matéria de ordem pública concernente à própria atividade jurisdicional. Se, no entanto, os meios probatórios são empregados sem sucesso, impõe-se a aplicação da regra de juízo, seguro limite contra o arbítrio e ao mesmo tempo freio contra o espírito de litigiosidade das partes.²⁷⁰

Leonardo Greco, reportando-se aos limites bem definidos no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, diz que “é preciso reconhecer a reduzida importância que atualmente possuem as regras relativas ao ônus probatório, que, de nenhum modo podem prejudicar o livre convencimento do juiz, servindo principalmente para auxiliá-lo em caso de dúvida”.²⁷¹

No mesmo sentido, Maristela Alves:

O ônus da prova, portanto, serve como regra de julgamento para o juiz que se encontra diante de um quadro de incerteza no momento de julgar. Ou seja, em tal hipótese o material probatório apresentado não se mostrou suficiente para formar, no espírito do julgador, uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos relevantes para a solução do litígio. As regras de julgamento para os casos de incertezas se justificam, além da obrigatoriedade da prestação jurisdicional pelo Estado, pelo dever de fundamentação judicial, advinda do sistema racional da valoração das provas, hoje seguido pelo ordenamento jurídico. Deve ser observado que a motivação dos atos judiciais constitui uma garantia constitucional aos litigantes e aos próprios jurisdicionados.²⁷²

A autora mencionada faz importante observação sobre a utilidade do ônus da prova como regra de julgamento:

O ônus da prova como regra de julgamento é também a forma encontrada para proteger as partes da arbitrariedade judicial nos casos de dúvida. Se não existissem as regras de julgamento, sempre haveria risco do que o juiz atribuisse ao autor ou réu o ônus da prova, de conformidade com o seu exclusivo entendimento subjetivo de justiça.²⁷³

Portanto, verifica-se que a regra do ônus da prova se mostra mais apropriada para atender ao juiz no momento do julgamento, e não às partes, quando da instrução da causa.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, cit.

²⁷¹ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit.

²⁷² ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, cit., p. 78-79.

²⁷³ *Ibidem*, p. 81.

Não se nega que a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil pode, eventual e implicitamente, atingir as partes, impondo-lhes uma consequência processual pela desídia probatória. Entretanto, não é essa a finalidade primária do instituto.

A relevância de tudo o que foi dito é demonstrar que a regra do ônus da prova não atinge nem limita os poderes instrutórios do juiz. Nas explicações de Maristela Alves:

Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras do ônus da prova e tampouco as afeta, visto tratar-se de problemas a serem resolvidos em momentos diversos. Não nos parece tenha razão, por essas considerações, a corrente doutrinária que sustenta que a concessão dos poderes instrutórios do juiz implicaria a eliminação pura e simples das regras sobre o ônus da prova.²⁷⁴

Sobre a matéria, ensina Marcelo Abelha:

Essa “mudança” de concepção (privatista para publicista) faz com que a prova, ou os meios de prova, deixem de ser utilizados como mecanismos de obstaculização do direito, na medida que, verificando-se a fraqueza do meu adversário, acaba-se adotando a postura inerte de sonegação (hipossuficiência) de informações, para se aguardar, em favor do recalcitrante, a regra fria do art. 333 do CPC para os casos de *non liquet*. Assim, pode-se dizer que as regras do art. 333 do CPC, relativas à distribuição do “ônus” da prova, ficam extremamente secas e vazias quando passamos a adotar o caráter publicista da prova, dando relevo máximo ao art. 130 do CPC. Nesse sentido que se pretende emprestar ao que aqui se afirma é que a prova não é regida por “ônus” e, por isso, qualquer regra processual que assim a considere é, no mínimo, ilegítima. Deve ser absolutamente banida do sistema a vergonhosa regra de julgamento diante do *non liquet*. A existência do art. 333 do CPC, ficaria, portanto, limitada às situações procedimentais do custo da produção da prova, especialmente quando fosse fruto de atividade investigatória do juiz.²⁷⁵

Feitas essas considerações preliminares, resta agora analisar como se aplicam os poderes instrutórios do juiz sobre a regra do ônus da prova, podendo modificá-la para atribuir o encargo probatório a quem tem melhores condições de assumi-lo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

No Brasil, a primeira situação jurídica que autorizou a alteração pelo juiz da regra estática de distribuição do ônus da prova surgiu com a necessidade de proteger uma determinada categoria de jurisdicionados, qual seja, a dos consumidores, que constantemente se viam em situação de imensa desvantagem frente aos fornecedores de bens e serviços, e

²⁷⁴ ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, cit., p. 87-88.

²⁷⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 199.

quase nunca conseguiam comprovar satisfatoriamente os seus pretensos direitos, ante à impossibilidade de produzir ou utilizar os meios probatórios cabíveis.

Isso ocorria porque, ao se atribuir ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, dificilmente o consumidor conseguia se valer das provas necessárias para confirmar suas alegações, hipótese em que o juiz se via complementemente impotente no processo, ensejando a inevitável penalização da parte que descumprira a regra estática de distribuição do ônus da prova.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o seu artigo 6º, VIII²⁷⁶, passou a prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no princípio da isonomia real, de índole constitucional. Esse preceito legal destina-se ao juiz, que deve aplicá-lo no momento processual apropriado, quando verificada a situação de desvantagem do consumidor.²⁷⁷

A inversão decorre de uma presunção de hipossuficiência²⁷⁸ probatória, que deve estar somada à verossimilhança das alegações, para que possa ser autorizada²⁷⁹. No caso do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁰, a inversão é obrigatória.

Esse, sem dúvida, foi um marco no nosso ordenamento jurídico, ao se conferir poderes probatórios ao juiz até então não existentes, e que contribuiu para a prática de prestação jurisdicional mais condizente com os reclames do atual Estado Democrático de Direito.

²⁷⁶ “Artigo 6º - [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

²⁷⁷ Na jurisprudência: “Agravo regimental. Relação de consumo. Lei 8.078, de 1990. Ação revisional de contrato bancário. Inversão do ônus da prova. Art. 130 do Código de Processo Civil. Apresentação de documentos determinada pelo MM. Juízo *a quo*. Poder instrutório do juiz. Recusa da instituição financeira ao entender que o ônus deve ser cumprido pelo autor, nos termos do art. 333, I, Código de Processo Civil. Exibição mantida em proveito da instrução processual.” (TJSP – AGR n. 7192594101/Auriflama, 21ª Câmara de Direito Privado, rel. Mauro Conti Machado, j.12.11.2007, data de registro 15.12.2007).

²⁷⁸ “A hipossuficiência apta a motivar a inversão do ônus da prova não é simplesmente a inferioridade econômica, mas sim aquela em que se verifica que o consumidor tem menor possibilidade técnica de acesso à prova ou deficiências para sua demonstração, como, *v.g.*, desconhecimento de dados específicos sobre o produto ou serviço.” (TJES – AG n. 035.05.900169-9/Vila Velha - 1ª Vara Cível, 2ª Câmara Cível, rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon j. 02.08.2005, *DJ*, de 19.08.2005).

²⁷⁹ Em sentido, contrário, entendendo que os requisitos não são cumulativos: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65; e PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

²⁸⁰ “Artigo 38 - O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Não obstante, a doutrina também passou a desempenhar importante papel na busca de soluções mais adequadas à distribuição do ônus da prova, sempre no intento de aprimorar o alcance da verdade processual, que pautará o convencimento e a decisão do magistrado.

Com isso, foram criadas teorias que pudessem atender ao fim almejado pelo processo, conforme se verá a seguir.

8.2 Teorias sobre o ônus da prova

Wilson Alves Souza²⁸¹ faz uma síntese das principais teorias:

- Teoria de Jeremy Bentham: a obrigação de provar incumbe a quem tem condições de satisfazê-la com menos inconvenientes;
- Teoria de Bethmann-Hollweg: a quem deduz um direito, cabe provar a sua existência, falando em prova de direito, e não de fato;
- Teoria de Gianturco: deve produzir prova aquele que irá auferir vantagem;
- Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda: dispõem que o autor deve provar fatos que fundam a sua pretensão, e o réu deve provar fatos que baseiam suas exceções;
- Teoria de Peyrano e Morello da distribuição dinâmica do ônus da prova: levam-se em conta as circunstâncias do caso concreto para efeito de repartição do ônus da prova.

Além dessas, existe ainda a doutrina do senso comum, que Danilo Knijnik expõe da seguinte forma:

Resumidamente, a doutrina do senso comum preconiza que determinadas circunstâncias, comprovadas nos autos, autorizam o julgador a concluir, no plano do livre convencimento e conforme as máximas de experiência, provada outra circunstância, normalmente a culpa, sem necessidade de realizar-se perícia, em que pese a natureza técnica da matéria.²⁸²

²⁸¹ SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, JusPodivm, n. 6, p. 247-248, 1999. Outras teorias podem ser consultadas em: WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 57-59. Ver ainda: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, cit., p. 78-130.

²⁸² KNIJNIK, Danilo, As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*, cit., p. 948-950.

Essa teoria tem como base o artigo 335 do Código de Processo Civil²⁸³ e opera diretamente no plano da valoração das provas. Não obstante legítima, sua aplicação deve ser reservada a casos excepcionalíssimos.

8.3 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Esta teoria foi desenvolvida na Argentina e teve como principais mentores Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello. Para tanto, Peyrano utilizou a conhecida teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt, que considera que os vínculos jurídicos entre as partes não são relações jurídicas (consideração estática do direito), e sim fenômenos diversos, que resumem em três palavras: expectativas, possibilidades e cargas (consideração dinâmica do direito).

Para os referidos juristas, a carga probatória estática era demasiadamente rígida para atender às circunstâncias do caso concreto que eventualmente poderiam aconselhar alguma outra solução.

Essa dinâmica das cargas probatórias visa a atender melhor à justiça do caso levado a juízo, servindo também como meta do processo civil contemporâneo. A tarefa de verificar se o caso apresentado comporta ou não a distribuição dinâmica das cargas probatórias compete aos juízes, que cada vez mais se inclinam a ponderar adequadamente as circunstâncias jurídicas que lhe são apresentadas.

A teoria é baseada nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade ou de efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional na formação do material de convicção.

A tese também tem encontrado outros fundamentos: o princípio da igualdade entre as partes em bases materiais; equilíbrio entre as partes; critério de equidade na relação processual; dever das partes de colaborar com o esclarecimento da verdade; dever das partes de colaborar com a verdade jurídica objetiva; dever de cooperação entre os profissionais; o de que as cargas probatórias dinâmicas são de responsabilidade do juiz no processo; a busca da

²⁸³ “Artigo 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

justiça no caso em concreto; deveres dos juízes e de conduta processual das partes; e concepção dinâmica do processo.²⁸⁴

Assim, a doutrina em questão leva em conta as circunstâncias do caso concreto para atribuir o ônus da prova àquele que tem condições profissionais, técnicas ou fáticas de satisfazê-lo. O juiz deverá estar atento a uma eventual violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas para, nesse caso, proferir uma decisão contrária ao infrator, com o intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa.

Nesse passo, a doutrina das cargas probatórias dinâmicas produz um verdadeiro salto qualitativo, desde o ângulo teórico, até sua operatividade na prática concreta. Não obstante, tem tido outras denominações: carga dinâmica da prova; carga de prova partilhada; cargas probatórias dinâmicas; doutrina da prova partilhada; e prova partilhada.²⁸⁵

Ao contrário da teoria estática do ônus da prova acolhida pelo nosso Código de Processo Civil (teoria clássica), a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possui as seguintes características, resumidas por Fredie Didier Jr.:

[...] i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática ou inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito –, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo.²⁸⁶

Seu propósito é criar um sistema excepcional, evitando-se a chamada prova diabólica, que ocorre quando a parte, inicialmente onerada pela regra geral de ônus probatório, não possuir condições de produzir a prova necessária à elucidação dos fatos. Em outras palavras, é a prova impossível, senão muito difícil de ser produzida.

No ordenamento brasileiro, esta teoria encontra referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. No âmbito legislativo, o Código de Processo Civil não contém regra expressa adotando a teoria. Já o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão do ônus da prova, mediante o preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística (verossimilhança e hipossuficiência).

²⁸⁴ WHITE, Inés Lépori, *Cargas probatorias dinâmicas*, cit., p. 68-69.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 69.

²⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 62.

Também alguns anteprojetos de código de processo coletivo adotam essa concepção²⁸⁷. A doutrina acolhe essa teoria, a partir de uma interpretação sistemática da legislação processual pátria, como sendo decorrência dos princípios: da igualdade; da lealdade, boa-fé e veracidade; da solidariedade; do devido processo legal; e do acesso à justiça.

Por fim, a jurisprudência²⁸⁸ tem aplicado a teoria com base em nosso sistema processual, como nos casos da responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, que sempre possui melhores condições do que a vítima para provar que agiu regularmente.

Há quem sustente ainda que a aplicação da teoria encontra limites materiais e formais. Os primeiros se relacionam com a posição privilegiada do litigante dinamicamente onerado, em relação ao material probatório, e em sua contraparte. É o que Danilo Knijnik chama de “*probatio diabolica reversa*”²⁸⁹.

Quanto ao aspecto formal, o autor supracitado ressalta a necessidade de prévia e fundamentada decisão²⁹⁰. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.²⁹¹ assevera que a aplicação desta teoria pelo magistrado deve ser feita antes da fase instrutória, eis que constitui regra de atividade e não de julgamento, a fim de não comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova.

²⁸⁷ Sobre o assunto, ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 64-65.

²⁸⁸ “RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (RESP n 122.505/SP). 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP n. 171988/RS, 1998/0029834-7, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24.05.1999, DJU, de 28.06.1999, p. 104, JBCC v. 194, p. 74, JSTJ, v. 8, p. 294, RT v. 770, p. 210).

²⁸⁹ KNIJNIK, Danilo, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 188.

²⁹⁰ Ibidem, mesma página.

²⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 65.

Assim, verifica-se que a implementação desta doutrina em nosso ordenamento jurídico, apesar de extremamente útil em atender os escopos do processo, ainda é muito tímida, necessitando de um amadurecimento por parte dos aplicadores do direito.

8.4 A inversão do ônus da prova pelo juiz

Conforme se observa das hipóteses legais e doutrinárias de inversão do ônus da prova²⁹², o papel do juiz é relevantíssimo na análise e solução das situações postas em juízo, porque alterar a regra fixa do ônus da prova acaba por romper o paradigma estabelecido com base na segurança jurídica das partes, em termos de iniciativa probatória.

A possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz – salvo a hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor – ainda não está regulamentada em nosso Código de Processo Civil, o que não inviabiliza de modo algum sua aplicação. A questão é posta com propriedade por Marinoni:

*Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada. Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 333, e exatamente por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*.²⁹³*

Não obstante, Danilo Knijnik coloca a regra fixa do ônus da prova sob o prisma do acesso útil ao Poder Judiciário, advertindo:

Contudo, o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça. Em outros termos, em inúmeros casos, verifica-se que também a aplicação das regras consagradas no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, II.²⁹⁴

²⁹² A expressão *inversão do ônus da prova* nada inverte e, por isso, não corresponde ao fenômeno estatuído pelo legislador que, em determinadas situações, “[...] há a *dispensa* da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado.” (DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 14).

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 862, n. 96, p. 11-21, ago., 2007. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.doc>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

²⁹⁴ KNIJNIK, Danilo, As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*, cit., p. 944.

No mesmo sentido, Maristela Alves:

Alem disso, diante desse quadro preocupante do acesso à justiça, mostra-se indispensável levar em consideração na instrução as desigualdades entre os litigantes presentes no processo. Por isso ganha cada vez mais força atualmente a idéia de que o juiz deve desempenhar um papel mais ativo na fase probatória. É uma preocupação honesta com o acesso à justiça e com a função do processo, tendo em vista o caráter público do mesmo.²⁹⁵

Dessa forma, verifica-se que a eventual inversão do ônus da prova tem como principal fundamento o restabelecimento da igualdade substancial entre as partes, quando identificada pelo juiz a circunstância da prova diabólica, evitando-se uma desproporção probatória inviabilizadora dos fins almejados pelo processo, que é o convencimento do magistrado para a solução justa do litígio.²⁹⁶

Entretanto, essa modificação do ônus probatório das partes não é automática, dependendo sempre de análise e decisão judicial, para que possa ser legitimamente exercida dentro do processo. E é por isso que se diz que essa inversão decorrente de um pronunciamento judicial constitui mais um aspecto dos poderes em tema de prova conferidos ao magistrado.

Com efeito, quando o juiz conduz uma instrução probatória, deve estar atento a todas as circunstâncias capazes de inviabilizar a produção de uma prova, seja pelo aspecto do direito subjetivo das partes quanto à prova, seja pela necessidade do juiz esclarecer os fatos que serão objeto de julgamento. Assim é que o ordenamento jurídico passou a flexibilizar a regra estática do ônus probatório das partes, a fim de atender ao direito material em foco, ou então à igualdade substancial dos litigantes.

No entanto, mister se faz o estabelecimento de alguns critérios capazes de nortear não só o juiz, mas também as partes, além de servir de controle para os atos jurídicos praticados no processo. Isso porque todo poder conferido ao juiz, seja em matéria de prova ou não, deve estar pautado em critérios objetivos, a fim de se eliminar, o máximo possível, o grau de subjetividade em seus pronunciamentos.

²⁹⁵ ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, cit., p. 85.

²⁹⁶ “Como visto, o juiz pode chegar ao final do procedimento i) em estado de dúvida e simplesmente aplicar a regra do ônus da prova, como também ii) julgar com base em verossimilhança ou inverter o ônus da prova em razão da ‘verossimilhança da alegação’ e ainda iii) inverter o ônus da prova em razão da inesclarecibilidade da situação fática ou da hipossuficiência do consumidor.” (MARINONI, Luiz Guilherme, Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, cit.).

É claro que a valoração desses critérios é sempre subjetiva. Entretanto, o julgador deve se basear em circunstâncias objetivas, senão legais, para serem legítimas. Ademais, a utilização de critérios e a forma de valoração dos mesmos devem estar expostos de modo claro e coerente na fundamentação, para que sejam justificados.

Sendo assim, após toda a explanação sobre os fundamentos da distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como suas limitações formais e materiais, são critérios a serem seguidos pelo juiz para a inversão do ônus da prova: i) verificação de configuração de prova diabólica; ii) impossibilidade de outras formas de produção da prova pelo litigante onerado; iii) inexistência de uma prova diabólica reversa; iv) decisão fundamentada.

Em relação ao critério temporal de aplicação de inversão do ônus da prova pelo juiz, há relevante ponderação de Marinoni:

Resumindo, o juiz deve procurar uma *convicção de verdade* e, por isso, quando está em dúvida – isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo –, em regra deve julgar com base na regra do art. 333. Porém, *algumas* situações de direito material exigem que o juiz *reduza as exigências* de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, *mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar*. Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, *para ambas as partes*, quando então não há como inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor, *quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença*.²⁹⁷

Com efeito, considerando o que já foi dito sobre as regras do ônus da prova, ou seja, que constituem regra de julgamento, o momento de inversão do ônus da prova pelo juiz deve se dar nos termos supracitados, possibilitando ao julgador decidir a melhor oportunidade da inversão, de acordo com as circunstâncias apresentadas.

Como visto, seguindo o juiz esses critérios, que garantem não só uma avaliação das circunstâncias autorizadas, mas permitem às partes uma ciência e controle dos atos

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, cit.

judiciais, o processo estará apto a socorrer às particularidades dos caso em concreto, através da utilização dos mecanismos legítimos a atender à tutela do direito. Ainda Marinoni:

Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como a da proporcionalidade e suas sub-regras.²⁹⁸

Mas o que deve ser ressaltado é que toda essa atividade de avaliação e concessão da presente alternativa probatória compreende o conceito de “poderes instrutórios do juiz” e demonstra a importância de um magistrado consciente, sensível e atuante, a propiciar de modo adequado a aplicação dessas técnicas processuais. E é por isso que não se pode deixar de entender a inversão do ônus da prova como uma faceta dos amplos poderes probatórios conferidos ao magistrado.²⁹⁹

Dessa forma, a iniciativa probatória do juiz pode se manifestar de diversas formas, seja para ensejar a busca dos elementos de convicção do julgador, seja para causar algum tipo de controle sobre os meios e ônus de produção de prova, exercitável através de sua função jurisdicional.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, cit.

²⁹⁹ Os tribunais pátrios, aos poucos e ainda como forma excepcional, têm flexibilizado a regra do ônus da prova, através dos poderes instrutórios: “Como agente operador do FGTS, incumbe à CEF centralizar, manter e controlar as contas vinculadas, porquanto o juiz, como titular do poder instrutório, poderá, excepcionalmente, determinar a requisição de documento necessário ao deslinde da questão.” (STJ – RESP n. 143615/RS, 1997/0056234-4, 1ª Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 13.11.1997, *DJU*, de 15.12.1997, p. 66.294). No mesmo sentido: “Ao juiz da causa, no exercício do poder de direção do processo (CPC, art. 125, *caput*), e adstrito ao dever de assegurar a eficácia e celeridade da prestação jurisdicional e a isonomia das partes (CPC, art. 125, incs. I e II), mormente diante da hipossuficiência do segurado da Previdência Social, é facultado o emprego dos poderes instrutórios, atribuídos pela lei processual (CPC, art. 130), para, no caso de dúvidas a respeito da situação de beneficiário do autor e de ausência de documentos necessários ao deslinde da causa, intimar a Autarquia Previdenciária a juntar os documentos e prestar informações relativas ao benefício em questão, haja vista o dever do INSS de manter os dados relativos ao segurados do Regime Geral de Previdência. Presentes os pressupostos de constituição válida e regular da relação jurídica processual, as condições ao legítimo exercício do direito de ação, bem como os documentos essenciais à propositura da ação, não há que se impor ao segurado o ônus de carrear aos autos documentos que não possui e cuja guarda cabe ao INSS, bem como exigir-lhe informações técnicas que poderão facilmente ser prestadas pela Autarquia Previdenciária e, durante a instrução probatória, ser avaliadas por perito do juízo. Hermenêutica em sentido diverso maltrata a garantia fundamental de acesso à Justiça e, sobretudo, à ordem jurídica justa, bem como vergasta o direito fundamental da pessoa humana à tutela jurídica, albergado no Texto Básico (CF, art. 5º, inc. XXXV), que é irrenunciável, porque garantia fundamental constitucional.” (TRF-1ª Região – AC n. 9401326665/MG, 1ª Turma Suplementar, rel. Juiz Conv. Antonio Claudio Macedo da Silva, j. 11.03.2003, *DJU*, de 03.04.2003, p. 79).

Pode-se então definir o ativismo do juiz em tema de prova como sendo o exercício legítimo de sua função jurisdicional na condução e controle da iniciativa, produção e valoração das provas produzidas no processo, por qualquer dos envolvidos na relação jurídica processual.

Dentro dessa definição, portanto, encontra-se tanto a iniciativa probatória do juiz propriamente dita, como o poder do magistrado de, legitimamente, alterar o fluxo regular da carga probatória das partes, quando a circunstância de fato ou de direito justificar.

9 PRECLUSÃO JUDICIAL

9.1 Generalidades

A preclusão constitui uma opção legislativa destinada a organizar e impulsionar o processo, na medida que impede indesejáveis contramarchas, bem como o retorno a fases processuais já encerradas. Assim, o instituto tem importante tarefa delimitadora do tempo do processo, e por essa razão sua relevância se torna acentuada em nossa realidade jurídica.

Como é sabido, a prestação de uma tutela jurisdicional que seja ao mesmo tempo justa, célere e efetiva tem sido o grande desafio do Poder Judiciário, e conta com grande expectativa por parte da comunidade jurídica.

A nossa legislação tem sido paulatinamente alterada para se atingir tal intento. Também tem havido grande esforço doutrinário para que haja, acima de tudo, uma mudança comportamental que acompanhe as novas tendências ideológicas que invocam a preocupação com a duração e com a efetividade da entrega da prestação jurisdicional. E, apesar do campo de incidência da preclusão no processo ser amplo, os juristas pátrios não têm se dedicado muito à questão, ou, ao menos, com o empenho que o assunto requer.

A preclusão, em sua concepção substancial, está presente em todos os sistemas processuais, embora nem sempre com uma conceituação precisa³⁰⁰ ou contornos idênticos. Sua definição e sistematização devem-se ao italiano Giuseppe Chiovenda, “que o concebeu como um mecanismo que, ora mais brando, ora mais rígido, conduz o processo sempre adiante, garantindo o alcance, com certa objetividade e presteza, do provimento jurisdicional definitivo”.³⁰¹

Originalmente, a preclusão foi concebida para regular os atos processuais das partes, mais especificadamente com seus ônus processuais, cujos resultados de atendimento são revertidos em benefício daquele que desempenhou a atividade, e que, em contrapartida, acarretam conseqüências danosas quando não realizados.

³⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 474.

³⁰¹ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 2.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que os mecanismos de controle do tempo do processo devem ser dirigidos a todos os sujeitos processuais – o que inclui o juiz – e não somente às partes, sob pena da tempestividade do feito não ser concretizada.

Assim, de nada adiantaria lançar mão de medidas duras em relação aos ônus das partes e deixar que os demais atos processuais sejam desregrados, com o retorno a estágios procedimentais já superados.

Nesse passo, imperioso o reconhecimento de que também as questões já decididas pelo juiz possam ser atingidas pelo fenômeno processual que confere a sua imutabilidade, garantindo não só efetividade e celeridade ao feito, mas também a segurança jurídica necessária aos consumidores da justiça, que não devem ser surpreendidos com a ressuscitação de fases processuais que já estejam ultrapassadas.

A questão da preclusão ganha contornos ainda mais interessantes e relevantes nessa era da publicização do processo, em que se confere ao juiz amplos poderes de atuação no processo, principalmente no campo probatório. Agora, mais do que nunca, faz-se necessária a aplicação do instituto da preclusão como forma de controle do fluxo processual, exercitável principalmente pelas partes.

São essas as considerações que levam ao estudo da preclusão para o juiz, no seu aspecto teórico e prático, como se verá a seguir.

9.2 Terminologia, natureza jurídica e finalidade

O termo preclusão é de origem latina (*praecclusio*, de *praeccludere*) e significa “o ato de encerrar ou de impedir que alguma coisa se faça ou prossiga. No sentido forense, *preclusão processual* exprime o encerramento do processo ou o impedimento que ele prossiga ou se inicie”.³⁰²

O delineamento atual do tema foi formulado por Chiovenda que, após sofrer inúmeras críticas à conceituação original, redefiniu a preclusão como sendo “a perda, extinção, ou consumação de uma faculdade processual pelo fato (a) de não haver observado a

³⁰² DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José, *Vocabulário jurídico*, cit., p. 418.

ordem assinada por lei para seu exercício, (b) de haver realizado uma atividade incompatível com ela ou (c) de já ter exercitado validamente uma vez (consumação propriamente dita)”.³⁰³

A identificação da natureza jurídica da preclusão não é pacífica na doutrina, existindo os seguintes posicionamentos: a) é uma sanção³⁰⁴; b) trata-se de um fato jurídico processual impeditivo³⁰⁵; c) é uma situação processual³⁰⁶; d) é penalidade *sui generis*³⁰⁷; e) é ao mesmo tempo um princípio, um instituto e uma técnica processual.³⁰⁸

A finalidade desse instituto processual consiste não só em conferir segurança jurídica aos jurisdicionados quanto às questões já decididas, mas também impedir que o processo se transforme em algo interminável.³⁰⁹

9.3 Espécies

Existem três³¹⁰ espécies de preclusão: a temporal, a lógica³¹¹ e a consumativa.

A primeira ocorre quando a impossibilidade de praticar o ato decorre da inobservância da oportunidade processual para tal fim. Já a segunda se efetiva quando o juiz pratica atos de desenvolvimento do processo que o inviabiliza de proceder posteriormente de forma diversa, evitando-se uma incompatibilidade lógica. Por fim, a terceira ocorre quando o juiz pratica um ato que o impede de praticar outro de forma diversa, em razão da questão já estar consolidada no tempo em que o ato anterior se efetivou.

Fala-se ainda de uma quarta espécie, denominada de preclusão hierárquica. Ela se dá “quando a perda advier de ato de terceiro, notadamente de decisão proferida por órgão

³⁰³ GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 43.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 62.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 96.

³⁰⁶ Aderindo à idéia de Chiovenda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 476.

³⁰⁷ LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo, v. 76, p. 13-27, maio/jun. 1982.

³⁰⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 177.

³⁰⁹ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 479.

³¹⁰ A doutrina ainda reconhece a existência da preclusão hierárquica (GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 133).

³¹¹ “A preclusão lógica, sob certo prisma, é também consumativa, embora produza efeitos que transcendam o ato.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 477).

jurisdicional hierarquicamente superior, desde que tenha havido cognição ampla e exauriente da questão decidida”.³¹²

Esse tipo de preclusão atinge especificamente as questões de ordem pública que, uma vez configurada a situação mencionada, não poderão ser rediscutidas pelo juízo hierarquicamente inferior.

Com efeito, trata-se de importante hipótese de preclusão, cuja aplicação ainda não é comum na prática forense, mas que, sem dúvida, deveria ser implementada pelos operadores do direito, fazendo valer a imutabilidade da questão de ordem pública examinada de forma exauriente pelo órgão superior, evitando-se que esse tipo de matéria possa ser eternizada na relação jurídica processual, às vezes até ultrapassando a mesma, para atingir processos futuros.

9.4 Preclusões para o juiz

Atualmente vivencia-se o momento da publicização do processo, em que ele é utilizado como instrumento da concretização do direito material, e também como via condutora dos valores axiológicos presentes na Constituição da República. E em se tratando de prova, a aplicação dos valores constitucionais que norteiam o sistema jurídico se mostra imprescindível, como forma de atender à cláusula do devido processo legal. É sob esse norte que se deve pautar o magistrado contemporâneo.

Não obstante, a legislação pátria tratou de ampliar os poderes do juiz no processo, para que, agindo de forma mais flexível, encontre as soluções mais adequadas diante do caso concreto apresentado, de modo a restabelecer o equilíbrio às vezes faltante entre as partes na relação processual.

O juiz passou então a se valer de mecanismos processuais probatórios capazes de trazer a paridade de armas entre os litigantes, possibilitando uma instrução mais igualitária e um julgamento mais acertado, quiçá mais democrático.

³¹² GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 127-128.

Quando se fala em poderes do juiz em tema de prova, quer-se dizer que o magistrado está legitimado a conduzir o processo não como mero espectador, mas com uma atuação interventiva capaz de justificar a sua função jurisdicional.

Tudo isso resultou em inúmeros desdobramentos processuais, desaguando, ainda, na questão da preclusão. Como foi observado, todos os atos processuais devem estar sujeitos a um fim, evitando-se possíveis repetições de fases processuais e a postergação do feito. O próprio Chiovenda, quando sistematizou o instituto, já previa a sua aplicação às questões já decididas.

Em relação às partes, cujos atos geralmente possuem característica de ônus, a preclusão opera-se com frequência e sem grandes questionamentos. Contudo, o mesmo não ocorre em relação aos atos do juiz, cuja aplicação ainda é polêmica no meio jurídico.³¹³

A resistência em se reconhecer o fenômeno da preclusão aos atos judiciais se dá justamente pelo fato deles não se revestirem de conseqüências danosas para o praticante – ao menos da mesma forma como para os litigantes –, o que o distanciaria do instituto em comento (preclusão para o juiz).

Mas não é bem assim. A preclusão dos atos das partes e a do juiz possuem duas distinções: a primeira se relaciona com o tipo de conseqüência, já que para os litigantes ocorre a perda de um direito, e para o juiz ocorre a impossibilidade de rediscutir uma questão; a segunda é quanto ao objeto, já que a preclusão para as partes atinge seus direitos processuais e a preclusão para o juiz atua sobre questões processuais.

³¹³ O Superior Tribunal de Justiça não aceitava a tese de preclusão para o juiz: “A norma do art. 473 do Código de Processo Civil, alusiva à preclusão das ‘questões já decididas’, dirige-se às partes, não ao juiz, máxime em matéria probatória, e sob o amparo inclusive do art. 130 do mesmo Código.” (STJ – RESP n. 13/SP, 1989/0008148-9, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ acórdão Min. Athos Carneiro, j. 14.08.1989, *DJU*, de 06.11.1989, p. 1.668, *REPDJ* 13.11.1989, p. 17.028). Em outro julgado: “O instituto da preclusão, em princípio, dirige-se às partes, como expressa o art. 473 do CPC, podendo o juiz de superior instância reexaminar decisões interlocutórias, máxime se pertinentes à prova.” (STJ – RESP n. 132859/RJ, 1997/0035330-3, 4ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 21.10.1997, *DJU*, de 09.03.1998, p. 93). Veja ainda: “Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art.267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz, em se cuidando de instrução probatória.” (STJ – RESP n. 140665/MG, 1997/0049926-0, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.09.1998, *DJU*, de 03.11.1998, p. 147, *JSTJ* v. 1, p. 313, *REVFOR*, v. 346, p. 265, *REVJMG*, v. 146, p. 458); e STJ – RESP n. 431941/DF, 2002/0050061-9, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.10.2002, *DJU*, de 25.11.2002, p. 241).

Entretanto, as preclusões dos referidos entes processuais se identificam em um ponto importante, gerando um resultado inafastável: o encerramento de uma etapa processual, impedindo uma contramarcha pelo responsável do ato. E é exatamente nesse caso que se tem a preclusão. Assim, o encerramento de uma fase processual constitui a consequência primária da preclusão, enquanto que a perda de direitos processuais ou a impossibilidade de reapreciação de questão são os interesses secundários do instituto.

Por essa razão, é perfeitamente possível a utilização do mesmo termo³¹⁴ para ambas as hipóteses, já que a idéia central da preclusão é atingida, tanto quando ocorre para as partes, como para o juiz.³¹⁵

A aplicação da preclusão que se destina ao juiz está prevista no artigo 471 do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos previstos em lei.”

Outrossim, a preclusão³¹⁶ que atinge o juiz é comumente denominada de preclusão *pro iudicato*. Entretanto, melhor seria a utilização da expressão preclusão judicial, conforme alerta Daniel Assumpção Neves:

³¹⁴ Sob outro prisma, Marcelo Abelha Rodrigues não concorda com o termo preclusão, instituto que está ligado à idéia de ônus, embora acredite ser correto que ao juiz esteja vedado decidir a lide, salvo através das exceções legais (*Elementos de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 112). No mesmo sentido: KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007. p. 360. A discussão também é tratada em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 473-479. E ainda em SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, cit., p. 91-94.

³¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, com acerto modificou seu entendimento, para reconhecer a existência de preclusão para o juiz, senão vejamos: “EXECUÇÃO TRABALHISTA. PENHORA. DIREITOS HEREDITÁRIOS. PRECLUSÃO. Os direitos hereditários que o executado tenha ou venha a ter foram penhorados e arrematados em hasta pública, e o juiz deferiu a habilitação dos arrematantes no inventário, excluindo o herdeiro. Não houve recurso oportuno contra a habilitação dos arrematantes e a exclusão do herdeiro. Depois o juiz reconsiderou sua decisão e reincluiu o herdeiro para que houvesse apenas desconto em seu quinhão dos valores referentes àquela execução. Dessa decisão agravaram os arrematantes, mas o Tribunal *a quo* afastou a alegação de preclusão ao argumento de que, até o momento da sentença, o juiz poderia rever suas decisões. Isso posto, para o Min. Relator, o acórdão recorrido merece reforma, pois o juiz não poderia rever sua decisão sem a ocorrência de fatos novos, somente pode rever as questões referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais com previsão legal expressa (CPC, art. 267, § 3º) em que a preclusão não se opera. No caso dos autos, a preclusão vinculou o juiz impedindo-o de reexaminar decisão consolidada pela ausência de recurso. Observou, ainda, que o direito à herança difere de direito hereditário, no caso, o direito à herança não foi negado, tanto que foi transferido em pagamento de débito assumido pelo herdeiro. Note-se que o herdeiro excluído, inclusive, utilizou esse fato para afastá-lo de penhoras em outros processos trabalhistas. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso dos arrematantes. Precedentes citados: RESP n. 261.651/PR, DJU, de 23.05.2005; RESP n. 343.750/MG, DJU, de 10.02.2003, e AGR no AG n. 332.188/RJ, DJU, de 25.06.2001.” (STJ – RESP n. 999.348/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.12.2007, *Informativo STJ*, n. 343).

³¹⁶ Fala-se, ainda, em “preclusão de questões” para designar a preclusão para o juiz (GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 133).

A utilização indevida de termos e expressões pode levar os operadores do Direito a indesejáveis conclusões. O uso indiscriminado da expressão *pro iudicato* para apontar o fenômeno de preclusão para o juiz deve ser visto com reservas, já que a expressão, originalmente cunhada por Enrico Redenti, se refere a circunstâncias que nada têm que ver com a preclusão dos poderes do juiz. Para evitar enganos, melhor seria a utilização da expressão judicial para indicar o fenômeno expressamente previsto no art. 471 do Código de Processo Civil.³¹⁷

É cediço que ao juiz não se aplica a preclusão temporal, uma vez que seus prazos são classificados de impróprios, não resultando em alguma consequência processual específica. Também não há polêmica quanto à incidência da preclusão consumativa aos atos judiciais. Entretanto, a questão fica mais tormentosa quando o assunto é a preclusão lógica.

Para quem defende a preclusão lógica para o juiz³¹⁸, o ordenamento jurídico apresenta situações em que os atos praticados anteriormente pelo magistrado impulsionam o desenrolar do procedimento para um estágio processual que torna inviável, e logicamente incompatível, a prática posterior de outros.

De outra banda, a doutrina³¹⁹ que não admite a preclusão lógica para o juiz o faz sob dois fundamentos: i) a perda diz respeito apenas às faculdades processuais (direitos) – e não aos poderes do magistrado –, direcionando-se exclusivamente às partes do processo; ii) o não-reconhecimento de que a decisão implícita³²⁰ possa existir³²¹ e gerar preclusão.

O primeiro fundamento apresentado se atrela à conclusão de que a preclusão que atinge as partes não é a mesma dirigida ao juiz. Não obstante a relevância da colocação, o que se quer assegurar com o reconhecimento da preclusão para o juiz é a estabilidade da relação jurídica processual, que pode ser tumultuada tanto pelas partes, quanto pelo juiz.

³¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*, cit., p. 311.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

³¹⁹ GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 128 e 159.

³²⁰ Não admitindo a existência de decisões implícitas: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 106. E ainda: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, cit., p. 208.

³²¹ O não-reconhecimento de decisão explícita também é visto na jurisprudência: “A lei exige que as decisões sejam fundamentadas, embora de modo conciso, comando legal que se não compadece com o julgamento ‘implícito’ de qualquer questão aventada no curso da lide. Ao juiz é vedado afastar preliminares (condições da ação), no saneador, mediante a simples referência – partes legítimas – sendo imprescindível fundamentar o decisório expendendo as razões que o justificam.” (STJ – RESP n. 68280/GO, 1995/0030648-4, 4ª Turma, rel. Min. José de Jesus Filho, rel. p/ acórdão Min. Demócrito Reinaldo, j. 26.03.1996, DJU, de 03.06.1996, p. 19206). E ainda: “Tendo o juiz se omitido na apreciação das provas requeridas e proferido diretamente a sentença, resta ao prejudicado a oportunidade da apelação para invocar o cerceamento de defesa, sem que se possa cogitar de ofensa ao princípio da preclusão.” (STJ – RESP n. 293441/PB, 2000/0134545-1, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.09.2001, DJU, de 29.10.2001, p. 209).

Com isso, não seria difícil imaginar uma situação em que o juiz estaria impedido de atuar de modo contraditório em razão da preclusão lógica, até porque seu liame às vezes é muito tênue com a preclusão consumativa, esta inquestionavelmente dirigida ao juiz.

Já o segundo fundamento é mais difícil de rebater, mas nem por isso intransponível. Isso porque, em que pese ser até possível afirmar que as decisões implícitas não seriam atingidas pela preclusão judicial, não se pode negar que elas inevitavelmente ocorrem na prática forense e causam algum desconforto às partes, que vêem sua situação jurídica modificada, sem que tenha ocorrido nenhum fato novo³²² que o justifique.

Dessa forma, a circunstância da decisão não estar materializada nos autos não elimina os efeitos que ela produz na lide, permitindo ou inviabilizando algum direito da parte, atrelando todo o desenvolvimento do feito a essa “manifestação invisível”.

Assim, não reconhecer a existência e os efeitos desse tipo de pronunciamento judicial é muitas vezes admitir que o processo se auto-impulsiona, sem qualquer participação do magistrado, o que não é verdade.

Aliás, não é raro observar hipóteses em que o julgador, sem lançar mão de qualquer manifestação explícita, acolhe ou rechaça pedidos, ou ainda aprecia a regularidade processual, simplesmente dando prosseguimento às etapas seguintes do procedimento.

Com isso, um eventual retrocesso pelo magistrado deve ser controlado, evitando-se indesejáveis contradições judiciais, por meio de uma técnica processual, o que se delega justamente à preclusão lógica.

Mas, voltando ao tema principal, o que se pretende abordar neste tópico é o momento de deferimento e de produção de prova, bem como a possível existência de preclusão para o juiz durante a fase probatória.

Em relação aos atos das partes, a regra geral estabelece que elas postularão suas provas na inicial e na contestação. Contudo, como normalmente nessas peças as partes protestam genericamente pela produção de provas, o juiz, estabelecida a relação jurídica e o contraditório, determina a especificação das provas pelas partes e, através de decisão

³²² A mudança da decisão deve ser baseada em circunstância nova (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 38).

saneadora, defere as provas pertinentes, capazes de elucidar os pontos controvertidos fixados nos autos.

No que tange aos atos do juiz, verifica-se que ele poderá determinar de ofício a produção de uma prova, mesmo em momento posterior à decisão saneadora, caso haja necessidade, não existindo na hipótese maiores dificuldades. Mas há situações mais complexas, que implicam em maiores reflexões quanto à ocorrência de preclusão consumativa.

Vejamos algumas importantes questões tormentosas na doutrina³²³: a) Pode o juiz deferir uma prova requerida por um dos litigantes e mais tarde considerá-la desnecessária e indeferi-la? b) Pode o juiz indeferir uma prova e, sem que haja recurso próprio, determinar posteriormente sua produção? c) Tendo o juiz determinado uma prova *ex officio*, pode voltar atrás e indeferi-la sem provocação da parte interessada na revogação da medida?

No que tange à primeira indagação, ou seja, se o juiz pode deferir uma prova e posteriormente indeferi-la por considerá-la desnecessária, a resposta deve ser, em princípio, negativa³²⁴, ainda que se argumente com a aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil, que veda a produção de provas inúteis ou irrelevantes para o processo, a não ser que surja fato novo autorizativo.

São duas as razões mais importantes.

A uma, porque, a partir do momento em que o juiz defere a produção de uma prova, ela passa a integrar não só o direito subjetivo da parte, mas também o processo, o que se denomina de princípio da comunhão das provas. Sendo assim, posterior alteração dessa decisão configuraria um ato de insegurança injustificável e não recomendável por parte do juiz, que teve a oportunidade de avaliar anteriormente a pertinência da prova requerida, de acordo com os pontos controvertidos dos autos, admitindo os meios probatórios adequados.

³²³ Ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 477; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*, cit., p. 265-272; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 238-243; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de direito processual civil: direito probatório...*, cit., v. 2, p. 36.

³²⁴ Na jurisprudência: “Há preclusão para o juiz quando defere a produção de uma prova em favor de uma das partes, não podendo revê-la, sob pena de, constituindo direito processual do litigante, infringir o preceito constitucional da ampla defesa e do contraditório.” (TJES – AG n. 024.07.900213-5/Vitória - 10ª Vara Cível, 2ª Câmara Cível, rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, rel. substituto Izaias Eduardo da Silva, j. 08.05.2007, *DJ*, de 05.06.2007).

A segunda, porque a parte terá o direito de ver a prova produzida para formar a convicção não só do magistrado de primeira instância, mas também a do colegiado que eventualmente venha a decidir a causa, em que pese o juiz em si não deva se sentir pressionado pela subordinação hierárquica.

Assim, a referida atitude do juiz acarreta um cerceamento de defesa da parte que havia adquirido o direito de produção de prova, que não pode ser subtraído pela vontade do julgador, o que também não impede que a parte desista da produção da prova, caso ela mesma verifique a inutilidade do ato que, em última análise, pode ensejar desperdício de tempo e, às vezes, de dinheiro. Concluindo, a decisão de deferir a produção de prova gera a preclusão judicial que impede que o juiz, inexistindo circunstância nova, volte atrás em seu entendimento.

Com relação à segunda pergunta, ou seja, se o juiz, indeferindo uma prova, poderia deferi-la posteriormente, observa-se que a resposta será positiva, mas com algumas ressalvas. É que o direito à produção da prova deve ser visto sob o aspecto de ambos os litigantes, e não só sob a ótica de quem a requer. Explica-se.

Se uma prova é indeferida pelo juiz, tal indeferimento passa a integrar o direito da outra parte de não ver aquela prova produzida, de modo que, se não houve recurso por quem pretendia e se beneficiaria da prova, a situação se consumou para os litigantes dos dois pólos da demanda, não cabendo mais modificação pelo juiz.³²⁵

Porém, nada impede que a ocorrência de fato novo justifique o posterior deferimento da prova pelo juiz, mediante a utilização de seus poderes instrutórios³²⁶, alterando o campo da

³²⁵ Discordando desse posicionamento: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*, cit., p. 270.

³²⁶ Na jurisprudência: “Locação de imóveis. Despejo por falta de pagamento. Prova pericial. Entendimento do juízo *a quo* ligado à sua necessidade. Preclusão da oportunidade para que as partes a requeressem. Irrelevância. Poder instrutório do juiz. Exegese do artigo 130 do Código de Processo Civil.” (TJSP – AG n. 1125005002/São Paulo, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Rocha de Souza, j. 04.10.2007). E ainda: “Se o Tribunal *a quo* conclui que não há preclusão da prova testemunhal, uma vez que é facultado ao juiz, tendo em vista a necessidade de esclarecimento sobre a realidade dos fatos, determinar a realização das provas, visando a formação de seu livre convencimento e o julgamento correto da lide, não havendo favorecimento a qualquer das partes, o faz com base nos elementos de convicção dos autos.” (STJ – AGR no AG n. 665553/MG, 2005/0041544-5, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.11.2005, DJU, de 28.11.2005, p. 299).

iniciativa³²⁷, que deixa de ser da parte, para ser do magistrado, sem que isso cause qualquer violação de direito da parte que se beneficiou com o indeferimento.

E não há que se comparar essa última situação com a anterior, já que aqui, parte-se da premissa de que a prova servirá para formar ou fortalecer o convencimento do magistrado sobre o resultado da lide, independentemente de quem for o favorecido pela mesma.

Sobre o assunto, interessantes são as observações de Amendoeira Jr.:

E é algo muito parecido o que ocorre quando o juiz, valendo-se de seus poderes instrutórios, indefere em um primeiro momento na produção, por exemplo, da prova oral por entendê-la desnecessária, deferindo a realização da prova pericial. Feita a perícia, surgem questões que podem ser perfeitamente esclarecidas através da produção da prova testemunhal antes indeferida. Pode perfeitamente o magistrado determinar a realização da prova, não só em função de o art. 130 do CPC conceder-lhe este poder, como ainda porque, a bem da verdade, a primeira decisão não impede a segunda, já que proferidas com base em situações diversas.³²⁸

Deve-se deixar assente que o excesso de prova, em que pese não recomendável, não gera problemas para as partes ou para o juiz, ao passo que a falta de prova interfere e compromete a formação da convicção do magistrado. É por isso que o tratamento das duas hipóteses avançadas deve ser distinto e é justificável.

Em relação à última questão, sobre a possibilidade do juiz deferir *ex officio* uma prova e depois não produzi-la, não há dúvidas de que ocorre aí a preclusão judicial. Ora, se quando a parte requer uma prova ela adquire o direito à sua produção, mais direito ainda terá quando o próprio magistrado manifesta necessidade na produção da prova para se convencer.

Só que, nesse caso, o direito adquirido à produção da prova manifestado pelo juiz, pelo princípio da comunhão das provas, pertencerá não só à parte interessada, mas a ambos litigantes e ao processo, já que servirá para a solução do litígio.

Ressalte-se mais uma vez que, nos casos supracitados, mesmo que as partes tenham adquirido direito à prova, poderão, a qualquer tempo, desistir da produção das mesmas. Por

³²⁷ “Já a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes instrutórios do juiz. Inexiste aqui a regra que legitime solução diversa. Nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, pela parte, da faculdade de produzir determinada prova.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 157).

³²⁸ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 99.

outro lado, o próprio juiz, mediante a presença de fato superveniente à decisão que deferiu a prova, pode entender por não mais produzi-la, por revelar-se desnecessária ou excessiva.

No entanto, em qualquer dessas hipóteses de desistência de produção da prova, seja pelas partes, seja pelo juiz, haverá necessidade de respeito ao contraditório, ouvindo-se os demais entes do processo, sob pena de cerceamento de defesa.

Além dessas questões expostas, existem outras que a prática forense fornece e que devem ser objeto de apreciação. Todas as situações mencionadas partem do princípio de que houve apenas um fato ensejador da modificação da decisão do juiz: seu próprio arbítrio.

Mas existem outras hipóteses que devem autorizar a alteração da decisão do juiz. Um exemplo do que foi exposto é o caso da prova testemunhal. Ela será requerida pelas partes e identificada no tocante à qualificação da fonte (pessoa), seja no momento da inicial ou da contestação, seja no momento da especificação das provas determinada pelo julgador.

Porém, os advogados não possuem o hábito de informar o tipo e o grau de relação da testemunha arrolada com a parte requerente, e nem de justificar previamente a pertinência da prova em relação aos fatos controvertidos nos autos.

Quanto ao tipo de relação com a parte requerente, é certo que a parte contrária poderá contraditar a testemunha e o juiz decidirá se e como será ouvida (com ou sem compromisso). Mas o juiz normalmente só tem conhecimento da importância da testemunha arrolada no momento da audiência, e mesmo assim se tiver o cuidado de questionar o litigante previamente à oitiva da mesma.

E o que se verifica muitas vezes é que a pessoa arrolada não tem qualquer conhecimento dos fatos, ou então não possui nenhuma informação esclarecedora ou útil para o deslinde da questão.

Ora, nessa situação gerada pela parte ou seu advogado, configura-se um fato novo para o juiz, que demandará nova apreciação da admissibilidade da prova requerida, autorizando, portanto, o indeferimento da oitiva da testemunha, ainda que, anteriormente, a

prova tenha sido genericamente deferida. Esse é o típico caso de aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil, agora com fulcro nos novos dados apresentados.

Sob outro ângulo, o advogado não poderá alegar que tem direito à oitiva de uma quantidade maior de testemunhas do que as deferidas pelo juiz – ainda que dentro do número legal – somente com a justificativa do direito constitucional à prova – que não é absoluto –, sem ter trazido para o julgador, no momento apropriado, a demonstração de que essas pessoas novas seriam capazes de elucidar os fatos.

A desídia dos patronos que sequer procuram se informar sobre a importância de cada testemunha e comunicar o fato para o juiz deve custar-lhes a não-produção da prova e, de modo algum pode comprometer os poderes instrutórios do juiz de eliminar a produção de prova que repute irrelevante para o deslinde do feito.

Ainda sobre a preclusão judicial, merece atenção o termo final para que o juiz determine a produção de prova nos autos. Esse momento, em princípio, deve se dar em ocasião imediatamente anterior ao fim da fase instrutória, que geralmente ocorre com o encerramento dos debates ou oferecimento dos memoriais, conforme previsto no artigo 456 do Código de Processo Civil³²⁹. Em outras palavras, o juiz não poderá mais produzir prova após o início dos debates ou apresentação de memoriais.

Questão que merece atenção é o parágrafo único do artigo 132 do Código de Processo Civil que, referindo-se às hipóteses de afastamento ou transferência do juiz e assumindo o sucessor, prevê o seguinte: “Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

Seria esse dispositivo legal uma exceção ao momento da preclusão judicial anteriormente mencionada? A resposta deve ser afirmativa. Essa seria uma circunstância que possibilitaria ao juiz sucessor, mesmo depois de encerrada a instrução e oferecidos os debates orais ou apresentados os memoriais, abrir a oportunidade para a repetição das provas já produzidas.

³²⁹ “Artigo 456 - Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias.”

Aliás, deve-se ir além, para permitir que o juiz sucessor efetivamente produza outras provas que entender pertinentes para a elucidação dos fatos e formação de seu convencimento.

Ora, se é uma exceção que justamente existe para que o novo juiz tenha poderes instrutórios voltados a firmar sua convicção até então não estabelecida diante das provas já produzidas, a simples repetição das mesmas provas talvez não seja suficientemente eficaz para o fim a que se destinam, necessitando, dependendo do caso em concreto, da produção de outras provas ainda não requeridas ou determinadas nos autos.

Aí reside o verdadeiro poder instrutório do juiz, sendo certo que isso estaria condicionado ao atendimento do princípio do contraditório e ampla defesa, para que as partes possam participar da colheita da prova, com a reabertura do prazo para alegações finais, escritas ou orais.

Portanto, essa é uma situação legalmente prevista que permite a reabertura da fase instrutória. Nada impede que existam outras circunstâncias concretas capazes de ensejar a produção ou repetição de provas após o encerramento da fase instrutória.

Mas isso só deve ocorrer em casos excepcionais, em que a questão envolvida demande que se lance mão do princípio da proporcionalidade para fins de alteração do fluxo procedimental, o que cada juiz deve ponderar com bastante cautela e mediante adequada motivação. Nunca é demais repetir: só em casos excepcionalíssimos.

Portanto, percebe-se que a preclusão judicial está intimamente ligada aos poderes instrutórios do juiz, como mais um meio de controle dos atos judiciais, mas principalmente como instrumento capaz de regular a marcha processual e a duração do processo.

10 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ EM GRAU RECURSAL

A questão dos poderes instrutórios do juiz em sede recursal merece uma análise mais detida pelo operadores do direito, já que não é comum se falar e nem se ver na prática a produção de provas em segundo grau de jurisdição porque dificilmente uma questão de fato ou de direito (quando possível, cf. o art. 337 do CPC) chega aos tribunais sem o devido esclarecimento, ou pelo menos sem o esclarecimento suficiente capaz de ensejar uma nova instrução pelo colegiado da matéria já discutida em primeira instância.

O que em geral se observa é que o julgamento do recurso se baseia estritamente nas provas já colhidas e nos diversos argumentos despendidos pelas partes, voltados a enaltecer ou derrubar os elementos de convicção existentes nos autos. Até mesmo o volume de recursos nos dias de hoje e a demora em julgá-los faz com que os tribunais não percam muito tempo tentando encontrar uma verdade além da já constante dos autos, a chamada verdade real.

Ademais, qualquer ato que implique em baixar os autos em diligência para a produção de provas demanda mais tempo no deslinde da questão, o que muitas vezes não interessa nem mesmo às próprias partes envolvidas no litígio, que aguardam anos para resolver suas pendências judiciais.

Mas isso não significa que um magistrado mais cauteloso do colegiado, ou uma situação específica que surja, não possa provocar a determinação de repetição ou de produção de outras provas já existentes nos autos. Nesse caso, como já mencionado, o processo geralmente é baixado em diligência para que a prova determinada seja produzida pelo Juízo originário.

No Código de Processo Civil não há referência expressa à possibilidade de produção de provas em grau recursal, em que pese a possibilidade de fazer uma interpretação analógica dos artigos 492³³⁰ e 560, parágrafo único³³¹, a fim de possibilitar ao tribunal a conversão do julgamento em diligência para a realização ou repetição de provas.

³³⁰ “Artigo 492 - Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.”

³³¹ “Artigo 560 - [...] Parágrafo único - Versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.”

Por outro lado, os artigos 303³³², 462³³³ e 517³³⁴, todos do Código de Processo Civil, autorizam a alegação de fatos novos em sede recursal, implicando, conseqüentemente, na possibilidade de se produzir prova em segundo grau. Ora, a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa.

Outrossim, a doutrina especializada³³⁵ e a jurisprudência³³⁶ aceitam amplamente essa possibilidade, a fim de que a prestação jurisdicional seja adequada e atenda aos reclames de justiça.

O fundamento encontra-se no próprio artigo 130 do Código de Processo Civil – já comentado –, cuja aplicação se estende aos membros do tribunal, que também são juízes.³³⁷

Com relação à apresentação de novos documentos, não há maiores dificuldades, podendo a prova ser produzida em segunda instância com a juntada das peças pela parte incumbida do encargo, com fulcro no artigo 397 do Código de Processo Civil.³³⁸

³³² “Artigo 303 - Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.”

³³³ “Artigo 462 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

³³⁴ “Artigo 517 - As questões de fato, não propostas no juízo anterior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

³³⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 281.

³³⁶ “Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.” (STJ – RESP n.192681/PR, 1998/0078261-3, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.03.2000, DJU, de 24.03.2003, p. 223, RSTJ, v. 167, p. 477). Veja ainda: “Processo civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o Tribunal de Justiça prossiga no julgamento da apelação. *Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC*. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça. Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.” (STJ – RESP n. 345436/SP, 2001/0105326-5, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.03.2002, DJU, de 13.05.2002, p. 208, RDR, v. 24, p. 292, REVFOR, v. 367, p. 221, REVPRO, v. 115, p. 275, RSTJ, v. 157, p. 363, grifamos); e por fim: “PROVA. DISPENSA PELAS PARTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA PELA 2ª INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO.” (STJ – RESP n. 262978/MG, 2000/0058446-0, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.02.2003, DJU, de 30.06.2003, p. 251).

³³⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 3, p. 71.

³³⁸ “Artigo 397 - É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”

O mesmo se pode dizer quanto à prova pericial, que depende de profissional qualificado e pode ser determinada diretamente pelo membro do colegiado, prescindindo que os autos sejam baixados em diligência, seguindo-se o procedimento probatório previsto no Código de Processo Civil.

Contudo, no que tange à prova oral³³⁹ – oitiva de testemunha, informante, interrogatório ou depoimento pessoal –, ela é colhida pelo Juízo originário por questão de praticidade, principalmente quando o feito é oriundo de comarca distante. Isso se dá em razão de ser muito mais cômodo e econômico que a pessoa seja ouvida em sua cidade e não tenha que se deslocar até o tribunal para prestar os esclarecimentos necessários.

No entanto, tal situação, além de não permitir a imediatidade do magistrado de segundo grau na colheita da prova, muitas vezes acaba por não ser tão útil para o convencimento de quem depende das novas informações. Explicando melhor, se um magistrado de instância superior chega a determinar a produção de uma prova em detrimento do tempo de duração do processo – que geralmente é longo – é porque entendeu que a nova prova é imprescindível para o deslinde da questão ou que a prova anteriormente colhida não recebeu tratamento regular, adequado ou satisfatório para a solução da controvérsia.

Ocorre que o magistrado de primeiro grau, ao julgar, demonstra que já formou seu convencimento com aqueles elementos de prova constantes dos autos, independente da qualidade ou quantidade de sua produção.

Assim, determinar a descida dos autos para que esse mesmo juiz repita a prova ou produza outras para elucidar uma questão sobre a qual ele não tem mais dúvidas pode redundar no mesmo problema anterior: o não-esclarecimento dos membros do colegiado.

Isso se dá porque, ao chegar a esse estágio, o juiz já atingiu sua convicção sobre os fatos, de modo que surgiriam dois problemas graves: i) o juiz não saberia como conduzir a oitiva da pessoa, por não vislumbrar exatamente o que seria capaz de ensejar o convencimento do colegiado; e o que é pior, ii) o juiz estaria numa posição de parcialidade frente à lide, pois já tomou sua decisão quanto à controvérsia.

³³⁹ Sobre as formas de produção de prova oral no procedimento recursal, ver: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, cit., v. 3, p. 72.

Note-se que o estabelecimento do momento da convicção – que se exterioriza com o ato de encerramento da instrução ou com o proferimento da sentença – sobre as circunstâncias dos autos é o termo final para a reapreciação da matéria pelo juiz, seja porque já finalizou seu ofício jurisdicional, seja porque já se decidiu em favor de um dos litigantes envolvidos na lide. Aqui, a imparcialidade inicial terá dado lugar a uma parcialidade evidente, não para ajudar uma parte, mas para dar ganho de causa a quem efetivamente tenha razão.

Dessa forma, os tribunais deveriam se valer de mecanismos mais eficazes e imediatos para essa situação. O ideal seria que existisse um procedimento específico para a produção de prova pelo tribunal, criado mediante lei estadual, conforme autoriza o artigo 24, XI, da Constituição da República.

Nessa hipótese, cada Estado poderia dispor de um procedimento próprio, de acordo com as suas particularidades, como a extensão geográfica, os recursos financeiros, a tecnologia, etc. Nos lugares onde os recursos tecnológicos estivessem avançados, a teleconferência resolveria a questão sem o deslocamento da testemunha ou do desembargador³⁴⁰. O Estado do Espírito Santo já desfruta dessa técnica para o interrogatório de presos, que poderia ser estendida também para a coleta de provas em comarcas distantes.

Inexistindo tal avanço, outra idéia seria a criação de um sistema em que a coleta da prova pudesse ser feita pelo próprio relator³⁴¹, ainda que isso implicasse no seu deslocamento até a comarca de origem, ou então da pessoa a ser ouvida até o tribunal.

Como essa solução soa como utopia para o nosso ordenamento jurídico, outra possibilidade é a de que, em caso de necessidade da diligência, fosse designado outro magistrado (p. ex., o substituto legal) para a produção da prova em primeiro grau, preservando, assim, a imparcialidade necessária ao julgamento. Acresça-se a isso que o relator deve especificar as perguntas que entender pertinentes à elucidação dos fatos, direcionando os pontos ainda obscuros na controvérsia.

³⁴⁰ Essa inovação ocorreu na reforma do processo civil alemão de 2002 (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, cit., p. 103-112).

³⁴¹ José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar da colheita de prova na ação rescisória, prevê a possibilidade de que o próprio relator o faça pessoalmente, e complementa: “É bom que o relator se disponha, sendo preciso, a tomar depoimentos da parte, a inquirir testemunha, a proceder inspeções – o que provavelmente lhe permitirá formar convencimento mais sólido acerca dos fatos relevantes.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 195).

Todo esse procedimento deve ser utilizado também para o caso de inspeção judicial, em que a imediatidade do juiz, em princípio, se faz necessária, mas que, por dificuldades práticas, às vezes é inviabilizada.

Esses cuidados são imprescindíveis para justificar o atraso no julgamento do processo em razão da necessidade de produção de prova em segunda instância, por respeito às próprias partes, até porque a deficiência probatória se deu por conta de uma instrução inadequada causada pelo próprio Judiciário, na figura do juiz originário.

Registre-se ainda que a imprescindibilidade de criar uma espécie própria de procedimento para a produção de prova pelo tribunal justifica-se para atender não só aos recursos, mas também às ações de competência originária que eventualmente sejam passíveis de instrução, como é o caso da ação rescisória que, na falta de regulamentação mais específica, acaba se valendo do procedimento geral previsto do Código de Processo Civil.

A delimitação do objeto deste trabalho não permite uma análise dos procedimentos específicos, que não o ordinário, de modo que se poderia concluir apenas que inexistindo incompatibilidade entre as regras da ação de competência originária e as do processo de conhecimento, tudo o que se afirma em relação a este, quanto aos poderes instrutórios do magistrado, aplica-se àquela.

Outrossim, uma outra questão deve ser levantada sobre a prova em sede recursal. Quando o juiz de primeiro grau chega a proferir uma sentença é porque entende que o feito está satisfatoriamente instruído, a ponto de ensejar o seu convencimento sobre a lide posta em juízo.

Com efeito, se há recurso e o colegiado entende que não foram produzidas as provas necessárias, ou que a produção e avaliação das mesmas não se deram adequadamente, a solução deve ser a reforma da decisão, e não a anulação, porque a falta de apreciação ou de produção de uma prova é espécie do gênero má produção/apreciação de prova, de forma que, em ambos os casos, se o juiz teve a oportunidade de proceder na instrução de modo diferente e não o fez – produzindo mais provas ou avaliando diversamente as já produzidas –, e, ainda assim, se convenceu para decidir, é porque, para ele, os fatos estavam devidamente esclarecidos com os elementos probatórios existentes nos autos.

Nesse caso, o que está em jogo é o modo como o convencimento do juiz se deu, e não a sua atuação no processo, e então o que se verifica é um erro de julgamento, e não um erro de procedimento, como se vem entendendo.

No mesmo sentido ensina Eugênio Pacelli de Oliveira: “[...] a eventual desconsideração da prova na motivação da sentença, por configurar verdadeiro *error in iudicando* (erro de julgamento, e não *error in procedendo*, de procedimento), permitirá não a anulação do *decisum*, mas, eventualmente, a sua reforma.”³⁴²

Assim, não se mostra razoável a anulação da sentença pela eventual falta de produção de prova pelo juiz, ainda que eivada de arbítrio desmedido do julgador de primeiro grau e ensejador do cerceamento de defesa da parte, pois a sua consequência é ilógica.

É o mesmo que dizer: “Senhor juiz, estou desconsiderando a sua sentença e devolvendo-lhe os autos para que decida novamente, tendo em vista que Vossa Excelência não teria como formar sua convicção deixando de produzir uma prova que seria essencial para o deslinde da questão”. Ora, de que convencimento estamos falando, do juiz originário ou dos membros do colegiado?

É óbvio que o juiz originário deve decidir baseado em elementos probatórios contundentes a comprovar as afirmações postas em juízo e que seu pronunciamento deve ser devidamente motivado, a fim de que, em grau recursal, o colegiado possa apreciar o acerto ou não da decisão tomada. Mas, em caso negativo, a solução deve ser a reforma da sentença.

E se a prova faltante for imprescindível para o julgamento da lide, o colegiado deve se valer de seus poderes instrutórios próprios, e não forçar o juiz de primeiro grau a produzir provas que já entendeu como desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes para o seu convencimento.

E aqui cairíamos no mesmo problema já mencionado: Seria o juiz – que já decidiu a causa – imparcial o suficiente para produzir outras provas – que na verdade é o tribunal que

³⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, cit., p. 317.

as considera importante – e redecidir a questão formando novo convencimento? A resposta é negativa.

Não há como negar que forçando o juiz a reavaliar a sua convicção mediante a produção de outras provas, haverá um vício no segundo julgamento, consistente na parcialidade do magistrado, comprometendo a sua própria função jurisdicional.

Ademais, em se tratando de convencimento, esse só poderia ser revisto por instância superior, e nunca – salvo nos casos previstos em lei – pelo mesmo julgador, sob pena de se criar uma nova hipótese de juízo de retratação e, o que é pior, com a inversão da ordem procedimental, para se reabrir a fase instrutória.

Não obstante, dificilmente o resultado de seu convencimento seria diverso do anterior, comprometendo ainda a praticidade da questão e a celeridade processual.

É evidente que eventual erro procedimental do juiz na fase instrutória deve ser objeto de controle via recurso apropriado, que é o agravo de instrumento, pelo seu efeito suspensivo, já que nem mesmo o agravo retido se presta a consertar a irregularidade após a sentença, momento em que o convencimento do juiz já está devidamente formado, sob pena de faltar interesse recursal. Após o julgamento, restará apenas o recurso de apelação para fins de reforma da decisão.³⁴³

Outrossim, não é coerente que um questionamento de ato judicial sobre prova, que interfere diretamente no convencimento do juiz, só seja apreciado após a decisão do mesmo, ou seja, em momento posterior à formação de sua convicção.

Por outro lado, também não é razoável que a parte, diante de um eventual ato de cerceamento de defesa, interponha agravo retido e não se valha do recurso adequado – agravo de instrumento – para questionar o procedimento judicial no momento oportuno, aguardando que o vício probatório seja identificado somente em instância superior, voltando o processo para a fase instrutória, que poderia ter sido paralisada na época certa para se resolver sobre o procedimento adotado pelo juiz.

³⁴³ Seguindo o mesmo raciocínio: “A desfavorabilidade que pode advir do agravo retido consiste no fato dele ter de aguardar a apreciação da apelação, quando o incidente nele suscitado poderia surtir maior eficácia se resolvido nas condições previstas para o agravo de instrumento, além de haver o risco de sucumbir juntamente com a apelação.” (LATORRACA, Cláudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990. p. 76).

Mesmo no caso de julgamento antecipado da lide, quando o juiz se dá por convencido sem que haja uma ampla dilação probatória, o resultado deve ser o de reforma do julgado, e não a sua anulação.³⁴⁴

Portanto, a anulação da sentença não é cabível para a hipótese de falta de produção de prova ou de má avaliação da mesma, uma vez que, em ambos os casos, a atividade jurisdicional do magistrado de origem já se encontrará encerrada, independentemente do acerto ou da qualidade imprimida no julgado quanto à análise probatória, cabendo ao tribunal, caso queira, reformar o pronunciamento judicial, podendo produzir as provas que entender pertinentes, nos moldes supracitados.

No mesmo sentido, foi a possibilidade ventilada por José Roberto Bedaque:

Ainda que haja recurso da parte vencida, com fundamento em cerceamento de defesa, solução possível e até preferível talvez não seja a anulação do processo pelo tribunal. Reconhecida a necessidade de atividade probatória, mais compatível com a visão instrumentalista do processo é a conversão do julgamento em diligência, para que a prova seja produzida. Se em primeiro grau ela já foi dispensada, é porque o juiz a considerou desnecessária. Caso entenda de forma diversa, deverá o tribunal determinar a instrução e proferir julgamento à luz da nova realidade, invertendo o resultado, se for o caso. Desnecessária, parece, a anulação da sentença (v. CPC, art. 515, § 4º). Mesmo que omissa o recurso em relação ao ponto específico, nada obsta a que seja a produção da prova determinada de ofício, pois a matéria está abrangida pela profundidade do efeito devolutivo da apelação (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).³⁴⁵

Com efeito, o raciocínio ganha força quando se está diante do parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil³⁴⁶, que possibilita o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal, nas causas em que o feito tiver sido extinto sem julgamento de mérito, se a causa versar sobre questão de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Aliás, o

³⁴⁴ Em sentido contrário, a jurisprudência: “O julgamento antecipado da lide sem que a causa esteja suficientemente madura, sendo deficiente a instrução levada a efeito pelas partes, a ponto de impedir, por parte do juiz, a formulação de um ente de razão seguro, com o escopo de realização da justiça, implica a nulidade da sentença [...] O magistrado tem a prerrogativa de direção do processo, bem como poderes instrutórios de que se deve utilizar para alcançar as finalidades públicas do processo, mormente o seu escopo de pacificação social.” (TRF-1ª Região – AC n. 1998.01.00.000355-4/MG, 1ª Turma Suplementar, rel. Juiz Convocado Antonio Claudio Macedo da Silva, j. 10.2.2004, *DJU*, de 15.04.2004, p. 109). E mais: “É lícito ao Tribunal *a quo*, enfrentando resolução de mérito em grau de apelação, identificar *error in procedendo* consubstanciado no julgamento antecipado da lide e determinar o retorno dos autos à instância inferior para julgamento com dilação probatória, tanto mais que sobre esse tema não há preclusão *pro judicato*, salvo para os tribunais superiores que, mercê de interditar-lhes a análise probatória (Súmula n. 7) estão adstritos ao requisito do prequestionamento.” (STJ – RESP n. 684331/RS, 2004/0118008-1, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.10.2006, *DJU*, de 13.11.2006, p. 227).

³⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 490.

³⁴⁶ “Artigo 515 - [...] § 3º - Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

referido dispositivo legal em muito se assemelha com o propósito do artigo 330, I, do Código de Processo Civil.³⁴⁷

Essa inovação processual, instituída com a Lei n. 10.352/2001, demonstra a preocupação do legislador em trazer alguns valores já reconhecidos e aplicados em primeiro grau também para o âmbito recursal, como a efetividade da tutela jurisdicional, celeridade e economia processual.

Modifica-se, pois, o sistema recursal para ampliar a extensão do efeito devolutivo da apelação, e ainda transformar a própria natureza do recurso, que deixa de ser revisional, para ser concebido como novo julgamento.³⁴⁸

Essas novidades indicam que a esfera recursal ganha contornos mais contemporâneos e que os ideais do processo devem estar presentes em qualquer grau de jurisdição.

Ora, se a extensão da devolutividade do recurso de apelação foi ampliada a ponto de permitir um julgamento integral do mérito pelo tribunal³⁴⁹, nos casos em que não tenha sequer havido julgamento pelo juiz originário, muito mais razoável é admitir que o órgão superior apenas complemente o que já foi decidido, produzindo as provas que entender necessárias a

³⁴⁷ “Artigo 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;”. No mesmo sentido: “Vale a pena notar que a semelhança dos termos utilizados pelo legislador no § 3º do art. 515 e no inciso I do art. 330, ambos do CPC, não é mera coincidência.” (BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 166).

³⁴⁸ Nessa linha de raciocínio: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR.; Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142-143.

³⁴⁹ Sobre o assunto, o interessante julgado: “A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, *caput*), vigorando a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Todavia, por vezes, o tribunal exerce cognição mais vertical do que o juiz *a quo*, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos ‘vícios da ilegalidade’ e da ‘injustiça’, encartados em sentenças definitivas ou terminativas.” (STJ – RESP n. 631877/RS, 2004/0024858-3, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.04.2006, DJU, de 28.04.2006, p. 264). Reforçando a extensão da devolutividade do direito probatório: “PROCESSUAL CIVIL. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO RETIDO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INEXISTÊNCIA. 1 - Não há preclusão para o juiz em matéria probatória, razão pela qual não viola o art. 473 do CPC o julgado do mesmo Tribunal que, ao julgar apelação, conhece e dá provimento a agravo retido, para anular a sentença e determinar a produção de prova testemunhal requerida pelo autor desde a inicial, ainda que, em momento anterior, tenha negado agravo de instrumento sobre o assunto. 2 - Interpretação teleológica do art. 130 do CPC corroborada pela efetiva e peremptória intenção do autor em produzir a prova. 3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP n. 418971/MG, 2002/0027563-5, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.10.2005, DJU, de 07.11.2005, p. 288, RSTJ, v. 199, p. 406).

reforçar os elementos de convicção, sem precisar, para tanto, anular a sentença e devolver o processo ao juiz inferior.³⁵⁰

Deixe-se assente que, no caso de produção de prova pelo tribunal, integra o âmbito de devolutividade do recurso o próprio direito à prova dos litigantes³⁵¹, o qual, ainda que tenha precluído para o Juízo originário, ganha nova vida em segunda instância, já que destinado a cumprir outra finalidade, que é convencer os membros do colegiado.

Por fim, outra situação relacionada aos poderes instrutórios também merece ser considerada em grau recursal, qual seja a relativa a vício de atividade³⁵² do magistrado *a quo*, quando ele desrespeita uma norma de procedimento, provocando prejuízo à parte, o que, em princípio, deveria ensejar a invalidação da decisão, retornando os autos ao Juízo originário.

É cediço que os vícios de atividade dizem respeito “à condução do procedimento, à forma dos atos processuais, não concernindo ao conteúdo do ato em si”³⁵³. Entretanto, há de ser ponderada pelos membros do colegiado a real necessidade de baixar os autos para a correção do ato, quando, dependendo do caso em concreto, poderiam “acertar”³⁵⁴ o equívoco, dando prosseguimento ao julgamento.³⁵⁵

Isso ocorre porque a rígida distinção entre erro de procedimento e erro de julgamento, ou de vício sanável e vício insanável, para fins de definir as conseqüências recursais, na atual concepção do processo e do sistema recursal, deve ser reavaliada,

³⁵⁰ Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

³⁵¹ A jurisprudência, em outros termos, aceita a devolutividade do direito probatório: “PROVA PERICIAL. DEFERIMENTO QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, NÃO OBSTANTE IRRECORRIDO O DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE DESNECESSÁRIA A PROVA.” (STJ – RESP n. 61107/PR, 1995/0007814-7, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.1999, *DJU*, de 13.03.2000, p. 181).

³⁵² “A nulidade processual, ao contrário do que se poderia conceber, não se confunde com o defeito ou vício do ato processual. Trata-se, efetivamente, de uma *sanção*, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir.” (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 206). Além disso, depende de pronunciamento judicial.

³⁵³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, cit., v. 3, p. 66.

³⁵⁴ O que pode ser corrigido (sanado) não é a nulidade, mas sim o próprio ato defeituoso (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil*, cit., p. 209).

³⁵⁵ É “necessário que a *Câmara* ou a *Turma Julgadora* decida a respeito da possibilidade ou não de o vício ser sanado”, pois tal poder não é conferido ao relator (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil*, cit., p. 211).

permitindo que o tribunal dê a solução que melhor atender à situação posta em juízo, contanto que não prejudique as partes.³⁵⁶

Aliás, Teresa Wambier, ao tratar da possibilidade de saneamento das nulidades³⁵⁷, em sede de apelação (art. 515, § 4º), ensina:

No processo, a propósito, *sana-se até mesmo a inexistência jurídica* [...]. Como se viu, informam o sistema processual os princípios da conservação (ou do aproveitamento) e da convalidação, segundo o qual os vícios processuais, ainda que gravíssimos, podem convalidar-se, podendo o ato ser aproveitado: podem, no fundo, ser “consertados”.

[...]

O § 4º do art. 515 do CPC, assim, e em princípio, refere-se aos vícios que se consubstanciam em *nulidade absoluta ou inexistência jurídica*, mas que, não obstante, *possam ser retificados ou, os atos, repetidos*. As anulabilidades, se não tiverem sido argüidas, não gerarão a necessidade de que o ato seja repetido, pois já terão sido convalidadas, em razão do que dispõe o art. 245 do CPC. *O § 4º do art. 515 pode dizer respeito também à anulabilidade, porém, se a parte somente teve oportunidade de alegá-la na apelação ou em suas contra-razões* (p. ex., ocorrência de julgamento antecipado da lide, em cerceamento de defesa de uma das partes).

[...]

O prosseguimento do processamento da apelação, desse modo, somente será possível nos casos em que a nulidade processual reconhecida não implicar a anulação de outros atos processuais, que devam ser repetidos ou retificados perante o juízo de primeiro grau.³⁵⁸

Como exemplo de viabilidade de convalidação dessa espécie de erro de procedimento pode-se citar o reconhecimento, pelo juiz, de preclusão de uma prova que, na verdade, não ocorreu.

Ora, se o julgamento do recurso puder prosseguir de forma que essa irregularidade não cause gravame às partes, não há razão para anular o ato, ao invés de simplesmente julgar o recurso. Em certos casos, de nada adiantaria anular a sentença e retornar os autos à fase probatória, quando se sabe, de pronto, que o resultado não seria capaz de ser alterado, nem mesmo diante de ampla dilação probatória.

³⁵⁶ “O critério, portanto, para a decretação da nulidade, independente de qualquer classificação, previsão ou mesmo cominação legal, e a ocorrência de prejuízo.” (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil*, cit., p. 207).

³⁵⁷ “Por esse motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.” (LACERDA, Galeno, *O Código e o formalismo processual*, cit., p. 17).

³⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 255-257.

Portanto, o relator só deve assim proceder – esbarrando na nulidade – se de fato existir risco de que a produção da prova faltante modifique o entendimento do juiz *a quo* e, por sua vez, do próprio tribunal.

Outrossim, também não está fora de cogitação que o próprio tribunal, reconhecendo a preclusão e o prejuízo à parte, resolva produzir a prova requerida e julgue em seguida o recurso, sanando pois o vício apontado, ao invés de retornar os autos ao Juízo originário para tal fim.

Aliás, em que pese o ônus das partes de alegar em sede recursal todas as irregularidades ocorridas no juízo originário, elas mesmas podem por vezes preferir ver o fim da controvérsia, ao invés de se reiniciar uma fase procedimental já encerrada, somente para atender a uma formalidade.³⁵⁹

Conforme já mencionado, o tempo do processo é fator importante na solução do litígio e na idéia de “*giusto processo*”³⁶⁰, de modo que já é momento de afastar os formalismos que em nada contribuem para o ideal de justiça.

Assim, seja no primeiro caso, em que o juiz deixa de colher uma prova por estar convencido, ou no segundo, em que há um vício de atividade, deve o tribunal sempre ter em mente os preceitos do parágrafo 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil, que retrata ao máximo o princípio da instrumentalidade, para permitir que se corrijam os vícios existentes.

Rodrigo Barioni possui uma interpretação bastante restritiva quanto à extensão do parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil e entende que o nosso ordenamento não contempla o princípio da conservação, concluindo que, em caso de vício probatório, a sentença deve ser anulada. Ainda assim, reconhece a força que o parágrafo 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil exerce no sistema recursal, senão vejamos:

Deve-se reconhecer que a norma do § 4º do art. 515 abre campo para o tribunal sanar qualquer espécie de nulidade. O dispositivo encontra seu limite de aplicação às nulidades sanáveis. Daí se inferir que haja vícios insanáveis no processo e na sentença, seja pela extensão dos efeitos do ato contaminado aos atos sucessivos, seja por conter em seu bojo defeitos substancialmente graves, que tornem a decisão imprestável (total ou

³⁵⁹ Um exemplo concreto em que houve, inclusive, a referida solução pelo tribunal, pode ser encontrado em: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, cit., v. 3, p. 66.

³⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo, Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, cit., p. 95.

parcialmente). A gravidade desses vícios e suas conseqüências ao princípio do devido processo legal não autorizam que sejam considerados similares a defeitos menos relevantes para o processo e de simples extirpação. O legislador não prestigiou de maneira absoluta o princípio da conservação, de modo a abranger vícios insanáveis, que, por sua própria natureza, não podem ser aproveitados. A sentença que padece de nulidade absoluta por vício intrínseco contém defeito insanável, impedindo a diligência de sanação e a conseqüente retomada do julgamento do recurso pelo tribunal. Nessa ordem de idéias, a apelação nesses casos terá caráter meramente rescindente da sentença.³⁶¹

A intenção de se reportar a esse tipo de argumento é uma só: a de dizer que, ao contrário do posicionamento acima transcrito, o vício oriundo da falta ou da ausência de prova é perfeitamente sanável pelo tribunal e deve ser corrigido mediante a utilização dos poderes instrutórios próprios de seus componentes, em atendimento aos ideais processuais.

Portanto, por tudo que se analisou antes, ao tribunal é que efetivamente compete a produção da prova que seus membros necessitarem, sob pena de ocorrerem máculas muito maiores ao sistema jurídico.

³⁶¹ BARIONI, Rodrigo, *Efeito devolutivo da apelação civil*, cit., p. 168.

CONCLUSÃO

1 – Atualmente, vive-se a era da publicização do processo, em que ele é utilizado como instrumento da concretização do direito material, e também como via condutora dos valores axiológicos presentes na Constituição da República. E em se tratando de prova, a aplicação dos valores constitucionais que norteiam o sistema jurídico se mostra imprescindível, como forma de atender à cláusula do devido processo legal. É sob esse norte que deve se pautar o magistrado contemporâneo.

2 - Não obstante, a legislação pátria tratou de ampliar os poderes do juiz no processo, para que, agindo de forma mais flexível, encontre as soluções mais adequadas diante do caso concreto apresentado, de modo a restabelecer o equilíbrio às vezes faltante entre as partes na relação processual. O juiz passou então a se valer de mecanismos processuais probatórios capazes de trazer a paridade de armas entre os litigantes, possibilitando uma instrução mais igualitária e um julgamento mais acertado, quiçá mais democrático.

3 - Quando se fala de poderes do juiz em tema de prova, quer-se dizer que o magistrado está legitimado a conduzir o processo não como mero espectador, mas com uma atuação interventiva, capaz de justificar a sua função jurisdicional.

4 - As justificativas para os poderes intrutórios do juiz são três, todas elas possuindo fundamento eminentemente publicístico, afastando qualquer alegação de cunho privado. A primeira reside na tentativa de se estabelecer uma igualdade substancial dentro da relação jurídica processual, equilibrando eventual descompasso entre as condições processuais das partes, que nem sempre se encontram em paridade de armas. A segunda é a busca pela verdade processual, para que a decisão judicial seja a mais próxima possível da justiça, como também aceitável pelos jurisdicionados. A terceira consiste em fazer com que os resultados ou os efeitos do processo cada vez menos deixem de refletir somente no universo das partes, para serem alvo de interesse geral.

5 - Três foram os fenômenos determinantes para o incremento de uma conduta probatória mais ativa do juiz, e que formam a base deste trabalho: a publicização do processo, o reconhecimento da natureza pública do direito probatório e o reconhecimento da desvinculação entre o princípio dispositivo e a iniciativa oficial.

6 - Na publicização do processo, observa-se que os laços entre o direito processual e o direito constitucional se estreitaram, a ponto da participação do processo na decisão constituir o próprio exercício de um direito fundamental, já que garante a realização da justiça e da pacificação social.

7 - Em sendo o direito probatório uma técnica processual a ser utilizada para atender às finalidades do litígio judicial, reconhece-se o instituto como integrante do ramo do direito público, retirando do campo de disponibilidade das partes qualquer tentativa de manipulação ou convenção quanto à produção das provas, devendo se submeter ao que a técnica processual puder proporcionar para o deslinde da questão posta em juízo. Outrossim, a natureza pública do direito probatório confere ao julgador ampla flexibilidade para conduzir a fase probatória, de modo a adequar os instrumentos processuais às peculiaridades do direito material envolvido.

8 - O princípio dispositivo é o modelo processual adotado pelo Código de Processo Civil, que se destina a regular os atos de disposição das partes dentro do processo. Sendo assim, não interfere nos poderes de direção e instrução do processo conferidos ao juiz, que caminham lado a lado com os atos das partes.

9 - Há de se esclarecer três aspectos do princípio dispositivo: a) não se relaciona com o regime político do país no momento da opção pelo modelo processual adequado a tutelar certa categoria de interesses; b) aplica-se tanto aos direitos disponíveis quanto aos indisponíveis; e c) não se opõe ao modelo inquisitivo, em que as funções do juiz são distintas. Assim, o princípio dispositivo não conflita com os poderes instrutórios do juiz.

10 - Conceitualmente, o direito probatório é o conjunto de princípios, conceitos e regras que regem a prova. É a partir dos elementos probatórios produzidos que se define o convencimento do juiz e o deslinde da questão em foco, proporcionando a entrega de uma tutela jurisdicional justa e adequada, baseada na verdade judicial ou suficiente, sendo esta considerada como a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo.

11 - Em decorrência do caráter público que envolve o processo e a busca da verdade, tem-se como indispensável a colaboração de todos os sujeitos envolvidos no processo, para que se atinja a convicção do julgador. Mas, em especial, verifica-se a grande relevância do papel do próprio juiz nesse intento, através de seus poderes instrutórios.

12 - Dentro da relação jurídica processual, a busca pela verdade material é uma utopia, de modo que se perquire a verdade processual, pois agrega conceitos de segurança jurídica e efetividade na construção dos elementos de convicção do magistrado.

13 - Com toda a publicização ocorrida no direito processual e probatório, o papel do juiz passou a ser determinante na aplicação dos ideais contemporâneos, especialmente em se tratando da prova, que influencia diretamente a qualidade da entrega da prestação jurisdicional.

14 - Sob outro prisma, a prova e a convicção de resulta da instrução constituem elementos fundamentais à formação da coisa julgada, que é um fenômeno político de pacificação social, sendo, pois, sua legitimadora, conquanto tenha alcançado o escopo social do processo, fazendo com que a sociedade e os próprios litigantes reconheçam que se fez justiça. Essa justificativa é determinante para se compreender a importância do direito probatório para o ordenamento jurídico.

15 - Os poderes instrutórios do juiz são classificados pela doutrina de diversas maneiras, e nem sempre os mesmos adjetivos são empregados com o mesmo significado.

16 - Assim, após a análise dos adjetivos encontrados na doutrina, verifica-se que eles só podem corresponder à classificação do poder instrutório do juiz se forem assim entendidos: autônomo ou independente, por possuir natureza jurídica diversa da iniciativa probatória das partes; comum ou concorrente, significando que pode ser exercido na mesma quantidade e qualidade do das partes; discricionário, se se referir a certa margem de liberdade de escolha pelo julgador; interpretativo, no sentido de que essa discricionariedade decorre da hermenêutica do juiz; e, por fim, subsidiário, residual, secundário, complementar e integrativo, por ser exercido em momento posterior ao da indicação das provas pelas partes.

17 - Para tanto, todos os meios de provas serão permitidos, desde que eficazes à elucidação do assunto controvertido. É óbvio que o magistrado também deve estar atento para não produzir provas repetitivas e que não tenham utilidade para o processo. Mas, fora isso, desde que legítimos e legais, os eventuais meios empregados pelo juiz serão cabíveis.

18 - Observa-se ainda que os grandes sistemas jurídicos – cada um com as suas peculiaridades – estão gradativamente reconhecendo e/ou implementando a iniciativa oficial, seja por partilharem das idéias do publicismo, seja sob a justificativa de se atender à exigência

constitucional da efetividade. Dessa forma, a tendência ao aumento dos poderes instrutórios do juiz é fenômeno também experimentado pelo direito alienígena.

19 - A doutrina nacional, atenta ao crescimento dos poderes instrutórios do juiz, preocupou-se com as conseqüências de uma atuação desmedida dos magistrados e passou a defender a existência de linhas demarcatórias para os mesmos.

20 - Pode-se então arrolar os principais limites como sendo os seguintes: a) imparcialidade; b) fatos e circunstâncias constantes dos autos; c) lide ou objeto litigioso; d) princípio do ônus subjetivo da prova; e) contraditório e ampla defesa; f) princípios da demanda, legalidade e motivação.

21 - É sabido que todas as restrições encontradas devem efetivamente ser observadas, para que a produção da prova e a decisão sejam regulares e adequadas. Ocorre que isso não limita a atividade jurisdicional em termos de prova, que pode ser ampla, condicionada apenas ao aspecto da legalidade em seu sentido estrito.

22 - A legalidade estrita que se defende como delimitadora da iniciativa probatória oficial é a que concerne aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais de aceitação, nas suas dimensões processual e substancial.

23 - No que tange à polêmica referente à excepcional possibilidade de se admitir a produção de prova ilegal quando os valores envolvidos na discussão conflitarem com as garantias processuais constitucionais, verifica-se que o magistrado deverá lançar mão da razoabilidade, fazendo prevalecer os interesses envolvidos mais elevados. Porém, nesses casos, o nosso ordenamento jurídico está protegendo um bem cuja prevalência é infinitamente superior ao próprio sistema de provas, e por isso não pode ser considerado para fins de se tentar relativizar as conseqüências do limite da ilegalidade estrita.

24 - Outra acepção dos poderes instrutórios do juiz é relativa à possibilidade de inversão do ônus da prova. Essa conduta tem como principal fundamento o restabelecimento da igualdade substancial entre as partes, quando identificada pelo juiz a circunstância da prova diabólica. Evita-se uma desproporção probatória inviabilizadora dos fins almejados pelo processo, que é o convencimento do magistrado para a solução justa do litígio.

25 - Entretanto, mister se faz o estabelecimento de alguns critérios objetivos capazes de nortear não só o juiz, mas também as partes, além de servir de controle para os atos jurídicos praticados no processo. Em outros termos, o julgador deve basear-se em circunstâncias objetivas, senão legais, para serem legítimas, o que será justificado por meio da motivação.

26 - Dessa forma, são critérios a serem seguidos pelo juiz para a inversão do ônus da prova: I) verificação de configuração de prova diabólica; II) impossibilidade de outras formas de produção da prova pelo litigante onerado; III) inexistência de uma prova diabólica reversa; IV) decisão prévia e fundamentada.

27 - Como visto, seguindo o juiz esses critérios, que garantem não só uma avaliação das circunstâncias autorizadas, mas permitem às partes uma ciência e controle dos atos judiciais, o processo estará apto a socorrer às particularidades dos casos em concreto, através da utilização dos mecanismos legítimos a atender a tutela do direito.

28 - Os poderes instrutórios do juiz também esbarram no fenômeno da imutabilidade das questões decididas, denominado pela doutrina de preclusão judicial, como forma de segurança jurídica para as partes e, ao mesmo tempo, limite à indeterminação temporal do processo.

29 - A função da preclusão é impedir contramarchas indesejáveis que atropelam fases processuais já superadas e posterguem o fluxo processual.

30 - A preclusão se classifica em: a) temporal; b) consumativa; c) lógica; e d) hierárquica.

31 - O fenômeno da preclusão atinge todos os atos processuais, indiferentemente de praticados pelas partes ou pelo juiz, sendo que seu interesse primário consiste em consolidar situações processuais já consumadas, encerrando etapas processuais.

32 - Nesse passo, o termo preclusão se torna apropriado para identificar o fenômeno em comento, independentemente do responsável pelo ato causador da imutabilidade.

33 - Com o incremento dos poderes processuais do juiz, a preclusão ganha importância ainda maior, já que sua aplicabilidade será exigida de forma mais freqüente,

operando-se sobre atos cada vez mais relevantes para a relação jurídica processual, cujo retrocesso não seria aceitável.

34 - O juiz não está sujeito à preclusão temporal. Entretanto, será atingido pelas preclusões consumativa, lógica e hierárquica.

35 - As decisões judiciais sobre a admissibilidade ou não de provas comportam importantes considerações. No caso de deferimento da prova requerida, o juiz não poderá, em princípio, voltar atrás e indeferir o pleito, a não ser que haja fato novo justificador.

36 – Já na hipótese de indeferimento da prova, existindo fato novo, o juiz poderá deferi-la posteriormente, com base em seus poderes instrutórios próprios, alterando a iniciativa, que originariamente era da parte.

37 - Quando o juiz determina uma prova de ofício, não poderá indeferi-la posteriormente, já que a produção da prova passa a integrar o direito subjetivo das partes e também pertencerá ao processo, como meio de se solucionar o litígio.

38 - A prática forense pode apresentar situações peculiares, como é o caso da prova testemunhal. Se a parte, por meio de seu advogado, não especificar previamente a relação e a qualidade de uma testemunha indicada, e o juiz se deparar na audiência com uma total inutilidade de oitiva da pessoa indicada, há aí fato novo que permitirá o indeferimento da prova.

39 - O disposto no parágrafo único do artigo 132 do Código de Processo Civil aponta uma exceção ao momento de encerramento da fase instrutória. Em sendo o juiz da causa substituído nos autos, o juiz sucessor poderá reabrir a fase instrutória e produzir as provas que entender necessárias ao seu convencimento.

40 – Ainda sobre a importância dos poderes do juiz em tema de prova, há de ser considerada a sua aplicação em sede recursal, uma vez que os poderes instrutórios são estendidos ao segundo grau, em que pese raramente utilizados pelos tribunais, seja por razões práticas, seja para evitar uma demora ainda maior nos julgamentos.

41 - Não obstante, a consequência recursal, no caso de eventual falta de produção ou apreciação de uma prova pelo juiz de instância inferior quando de seu pronunciamento

judicial, deve ser a reforma da sentença, e não a anulação, já que, após a formação de seu convencimento, não poderá mais reapreciar a questão posta em juízo, uma vez que sua imparcialidade quanto ao julgamento já se encontra maculada pelo caminho trilhado em seu julgamento.

42 - Para tanto, os tribunais deveriam se valer de mecanismos mais eficazes e imediatos para essa situação. O ideal seria que existisse um procedimento específico para a produção de prova pelo tribunal, criado mediante lei estadual, conforme autoriza o artigo 24, XI, da Constituição da República.

43 - Assim, cada Estado poderia dispor de um procedimento próprio, de acordo com as suas particularidades, como a extensão geográfica, os recursos financeiros, a tecnologia, etc. Nos lugares onde os recursos tecnológicos estivessem avançados, a teleconferência resolveria a questão, sem o deslocamento da testemunha ou do desembargador. O Estado do Espírito Santo já desfruta dessa técnica em relação ao interrogatório de presos, que poderia ser estendido também para a coleta de provas em comarcas distantes.

44 - Ademais, a reapreciação da matéria é tarefa destinada ao órgão colegiado e hierarquicamente superior, não se podendo admitir nova modalidade de juízo de retratação que a lei não previu.

45 - Deixe-se assente que, no caso de produção de prova pelo tribunal, integra o âmbito de devolutividade do recurso o próprio direito à prova dos litigantes que, ainda que tenha precluído para o Juízo originário, ganha nova vida em segunda instância, já que destinado a cumprir uma nova finalidade, que é convencer os membros do colegiado.

46 - Por sua vez, os vícios de atividade do juiz também podem ser passíveis de correção pelo colegiado, com o prosseguimento do julgamento do recurso sempre que o aproveitamento do ato não causar prejuízo à parte e, ao invés, possibilitar o término do litígio de forma mais rápida.

47 - A preclusão erroneamente reconhecida, por exemplo, pode ser superada em grau recursal, quando a realização do ato não alterar o resultado da convicção do juiz, ou quando for possível que o próprio tribunal o realize, através de seus poderes instrutórios.

48 - Com isso, atende-se ao princípio da instrumentalidade das formas, conferindo ao processo a devida efetividade.

49 - Portanto, no caso em que o juiz deixa de colher uma prova por estar convencido, ou quando há um vício de atividade, deve o tribunal sempre ter em mente os preceitos do parágrafo 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil, que retrata ao máximo o princípio da instrumentalidade, para permitir que se corrijam os vícios existentes.

50 - Com essas considerações, resta demonstrado que o papel do juiz, no que tange à prova no processo, é essencial e muitas vezes decisivo e justificador da prestação jurisdicional constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77-91.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

AUGENTI, Giacomo Primo. *L'onere della prova*. Roma, Itália: Società Editrice del Foro Italiano, 1932.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 111, p. 103-112, jul./set., 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 476 a 565)*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

_____. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 44, p. 176-185, out./dez. 1986.

_____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 178-184, abr./jun. 1984.

_____. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 199-214.

_____. Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 150, p. 59-69, ago. 2007.

_____. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 4-83, jul./set. 2000.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo: o modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 141-199, jan./fev. 2001.

BARIONI, Rodrigo Otávio. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, v. 16).

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 14., 2005, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p151-189.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos del autor por Etienne Dumont; tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Juridicas Europa-América, 1971. 2 v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais*. São Paulo: J. de Oliveira. 2000.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Temas Fundamentais de Direito, v. 7).

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. 2 v.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

_____. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 3).

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

_____. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. (Clássicos do Direito).

_____. O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law”-“common law”: apontamento histórico-comparativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARPENA, Márcio Louzada. Da (des)lealdade no processo civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1764, 30 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11218>> e <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.htm](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensaio sobre Dworkin*. Texto traduzido por Patrícia Sampaio da apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin “Derechos en serio (Barcelona: Ariel, 1984). Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 25 jan. 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. posta de acordo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e a praxe. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1917.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. 3 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90. p. 95-150, abr./jun. 1998.

_____. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

_____. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 97-158, jul./set. 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil: la constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 1.

_____. *Estudios de derecho procesal civil: El juez, las partes y el proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 3.

_____. *Estudios de derecho procesal civil: Pruebas em materia civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 2.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 700, p. 35-39, fev. 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 335-346, jan./mar. 1988.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoria general de la prueba*. 4. ed. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1939.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2005.

_____. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 4.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 29-46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

DÖHRING, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su práctica y apreciación*. Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. (Colección Ciencia del Proceso, v. 61).

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3 ed. rev. ampl. atual. com as leis da “reforma”. São Paulo: Nelpa, 1999. v. 1. conferir título do v. 1

DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coords.). *Processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Traducción de Sergio Gonzalez Collado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Teoria geral do processo*. Campinas: Mirelli, 2003.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 08 fev. 2008.

_____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005. (Coleção José do Patrocínio, v. 1).

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 51, n. 305, p. 61-99, mar. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=469>. Acesso em: 01 jan. 2008.

_____. *Publicismo e privatismo no processo civil*. 2007. [em fase de publicação].

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 12. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1997. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRUPO DE ESTUDOS “A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA”. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.oei.es/n8908.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*. 4. ed. rev. y adapt. a la legislación vigente por Pedro Aragonese. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e comercial: prova*. São Paulo: Saraiva, 1924. V. 2.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR.; Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

_____. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.doc>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 21, n. 21, p. 13-20, 1983/1984. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983.

LAGRASTA NETO, Caetano. Ética do magistrado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 703, p. 240-242, maio 1994.

LATORRACA, Cláudio Zalona. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990.

LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano: parte generale: confessione e interrogatorio*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 2.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo, v. 76, p. 13-27, maio/jun. 1982.

_____. *A prova do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. *Sofia: revista de filosofia*, Vitória, ES, Departamento de Filosofia, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), ano 7, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica, 1911. v. 1.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 862, n. 96, p. 11-21, ago., 2007. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.doc>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Curso de Processo Civil, v. 1).

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de processo civil, v. 2).

MARINS, Graziela Iurk. *Produção antecipada da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

_____. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento: 1ª parte*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 119-135.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva da teoria dos direitos fundamenais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-706.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 33, n. 103, p. 69-94, set. 2006.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil: el proceso contencioso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970. v. 2. (Colección Ciencia del Proceso, v. 53).

_____. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MIRANDA, Vicente. *Lições de processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 97-107.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 4. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

MONTERO AROCA, Juan. Prólogo. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 15-28.

_____. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 129-165.

MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 148, p. 169-180, jun. 2007.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi Procedura Civile: il procedimento di dichiarazione in prima istanza (fine): i mezzi per impugnare le sentenze*. 4. ed. riveduta con appendici sulla legislazione a tutto il 1922. Milano: F. Vallardi, 1923. v. 4.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

_____. O princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 19-33, out. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

_____. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/artigo%2020%20formatado.doc>>. Acesso em: 01 jan. 2008.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Saturnino de. O poder instrutório do julgador e a garantia processual das partes não produzirem provas contra si. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, p. 571-579, jul./set. 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. até julho de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O juiz na sociedade moderna ou repensando o judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 683. p. 245-248, set. 1992.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo1037.doc>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primeira instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 728-754.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 2000.

PEYRANO, Jorge W. (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

PICÓ I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 102-125.

_____. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 103, p. 59-94, jul./set. 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 59-75.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 3.

PORTO, Sérgio Gilberto. Prova: teoria e aspectos gerais. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 17, n. 39, p. 5-32, 1984.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

RICCI, Francisco. *Tratado de las pruebas: de la prueba testifical, de la confesión, del juramento decisorio, del juramento de oficio, de la cosa jugada*. Traducción aumentada con notas y apéndices relativos á la legislación y á la jurisprudencia españolas y con un estudio preliminar por Adolfo Buylla e Adolfo Posada. Madrid: La España Moderna, [1981]. v. 2.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 311-336, nov. 2007.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. (Colección Ciencia del Proceso, v. 30).

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial: parte gera*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1-5.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Valdeci dos. *Teoria geral do processo*. Campinas: Bookseller, 2005.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003. v. 2.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la 5. edición alemana. Barcelona, Espanha: Bosch, 1946.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978. (Colección Ciencia del Proceso, v. 65).

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 187-206.

SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, JusPodivm, n. 6, p. 247-248, 1996.

SPARANO, Vincenzo. *L'esibizione di prove nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1961.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos direitos de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 50-73, jul./set.2000.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad*. Traducción de Andréa Greppi. *Derechos e Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 7, n. 11, p. 99-123, enero/dic. 2002.

_____. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 205-213, dic. 2003.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31. n. 133, p. 239-266, mar. 2006.

_____. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O STJ e o processo civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé: papel do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 636-647. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/artigo%2049%20formatado.doc>>. Acesso em: 01 jan. 2008.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

_____. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense* Rio de Janeiro, v. 74, n. 263, p. 39-47, jul./set. 1978.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

VERDE, Giovanni. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo. In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67-80.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Recursos no Processo Civil, v. 2).

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, v. 16).

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 35-98.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)