

Poderes Instrutórios do Juiz - Ed. 2014

3. Aspectos fundamentais da atividade instrutória do juiz

3. Aspectos fundamentais da atividade instrutória do juiz

SUMÁRIO: 3.1 Concepção moderna do direito antigo - 3.2 Tendência do direito alienígena - 3.3 Princípios processuais: 3.3.1 Princípio dispositivo; 3.3.2 Princípio da igualdade processual; 3.3.3 Princípio da imparcialidade - 3.4 As regras de distribuição do ônus da prova - 3.5 A disponibilidade do direito material - 3.6 As provas ilícitas - 3.7 Natureza do poder instrutório do juiz - 3.8 Limites do poder instrutório do juiz.

3.1 Concepção moderna do direito antigo

Nota-se na doutrina processual brasileira certa resistência à iniciativa probatória oficial. Talvez, a explicação para essa postura restritiva esteja no direito antigo, em que vigoravam normas inaceitáveis para a moderna ciência processual, visto que ligadas a uma visão privatista desse ramo do direito, hoje completamente afastada. Nas Ordenações, por exemplo, devia o magistrado julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado”. Poucas exceções eram admitidas a essa regra. A iniciativa oficial era meramente supletiva das partes, ou seja, dependia preponderantemente destas, podendo o magistrado apenas diligenciar no sentido de esclarecer alguns pontos obscuros.¹ Se se remontar a períodos mais remotos do direito germânico e romano, verificar-se-á que, curiosamente, apenas, ao réu, cabia o ônus da prova.²

No século XIX, processo era concebido como meio pelo qual se asseguravam direitos subjetivos das pessoas, não sendo escopo da atividade jurisdicional a defesa do direito objetivo e do interesse público.³ Uma das características dessa concepção liberal é a desconfiança nos órgãos estatais, inclusive os jurisdicionais. Daí as limitações à atividade do juiz no processo, que chegava ao extremo de negar-lhe o poder de reconhecer de ofício a ausência de pressupostos processuais, à exceção da competência objetiva e funcional.⁴

Assim, escassos eram os poderes instrutórios do juiz em nossa legislação anterior.⁵

No século XX, algumas limitações exageradas à atividade judicial foram eliminadas. Conferiram-se ao juiz poderes de direção formal e de impulso do processo, compatíveis com a ideia publicista do fenômeno. Foram atribuídos ao órgão jurisdicional poderes coercitivos, necessários ao cumprimento das decisões judiciais.⁶

A reação ao imobilismo judicial, na doutrina brasileira, iniciou-se exatamente na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, pelas ideias de um de seus ilustres catedráticos, Aureliano de Gusmão, para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então; era necessário que se concedesse maior amplitude ao poder de iniciativa do juiz, a exemplo das legislações alemã, austríaca e húngara. Assim, inspirado no direito alienígena, sustentava ele, já em 1922/1924, a possibilidade de o juiz ordenar - de ofício - qualquer diligência que lhe parecesse necessária à apuração dos fatos debatidos no processo. Embora o interesse direto

na demonstração dos fatos seja das partes, “não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos interesses individuais a todos seja plenamente assegurada e consequentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de Direito Privado, se realizasse, quanto possível, do modo mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema da produção das provas por iniciativa única e exclusiva das partes”. Conclui que: “O juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”.⁷

As ideias de Gusmão foram encampadas pelo Min. Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de 1939, de onde se destaca o seguinte trecho: “A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”.

Apesar disso, a doutrina insistia em afirmar que os poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 117 do estatuto processual anterior, eram meramente supletivos. E os criticavam, visto que representariam ideias políticas autoritárias no processo.⁸

A crítica não procede. Embora inaceitável a ideia de Estado autoritário, ditador, não se lhe pode negar certa dose de *autoridade*. Impossível a convivência social em um Estado fraco, sem capacidade de impor a sua vontade. O necessário equilíbrio entre a autoridade do Estado e os direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação deste no destino daquele. Na medida em que seja assegurada à população a possibilidade de influir, direta ou indiretamente, nas opções adotadas pelos detentores do poder estatal, garante-se o Estado democrático de direito.⁹ Mas é preciso também conferir ao Estado aptidão para impor a observância das regras que regem a sociedade, sob pena de a convivência entre as pessoas tornar-se impossível.

No plano processual, consegue-se essa participação mediante a observância do princípio do contraditório. Assim, desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo, a fim de que ele também contribua para que o instrumento alcance efetivamente os resultados desejados. Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.¹⁰

3.2 Tendência do direito alienígena

Após breve análise da legislação estrangeira, a respeito dos poderes instrutórios do juiz, percebe-se nítida tendência no sentido de sua ampliação.¹¹ Existem, todavia, ordenamentos jurídicos fortemente influenciados por concepções privatistas ultrapassadas, em que o julgador ocupa ainda a posição de mero observador do duelo travado entre os litigantes, sem qualquer preocupação com o resultado do processo. Por isso, pode-se dividir o direito alienígena em três grandes grupos: aqueles que não conferem poder instrutório ao juiz, aqueles que o fazem com restrições e os que permitem amplamente a investigação probatória oficial.¹²

Integra o primeiro grupo, sem sombra de dúvida, o direito espanhol, fortemente influenciado pelo chamado princípio dispositivo.¹³ Essa situação não foi alterada na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000, que restringiu ainda mais a escassa possibilidade de o juiz influir no conjunto probatório, motivo de severas críticas de setores do Poder Judiciário¹⁴ e da doutrina,¹⁵ sendo predominante o entendimento de que o juiz não é dotado do poder de iniciativa instrutória, ante do disposto no art. 429 da LEC. Mas há entendimento contrário, fundado na garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva. Como o escopo do processo é a atuação da regra a fatos concretos, de cuja ocorrência o juiz deve estar convencido, limitar de forma absoluta sua iniciativa probatória significa obstar a efetividade da tutela jurisdicional e, em consequência, o acesso à justiça.¹⁶

Entre as legislações que admitem a iniciativa probatória do juiz, com pequenas restrições, encontra-se a alemã, em que a prova testemunhal é a única cuja produção depende exclusivamente da parte. Quanto ao mais, o poder de iniciativa judicial, que já era grande,¹⁷ foi ampliado pela reforma da *Zivilprozessordnung*, ocorrida em 27.07.2001.¹⁸

A lei sueca estabelece restrições quanto às provas testemunhal e documental.

Semelhante é a limitação imposta pelo direito colombiano. Embora o juiz tenha poderes instrutórios (art. 180), com relação à prova testemunhal especificamente exige-se que o nome da testemunha conste de alguma outra prova e de qualquer ato praticado pelas partes (art. 179); por outro lado, entre os deveres do juiz, inclui-se o de utilizar de tais poderes, sempre que entender conveniente (art. 37, n. 4).¹⁹

O legislador chileno conferiu amplo poder de iniciativa ao juiz em leis específicas.²⁰

No Peru e no Uruguai, o juiz pode determinar de ofício a realização da prova, mas em caráter excepcional e complementar.²¹

No direito italiano, o art. 115 do código dispõe que a decisão deve ser fundada nas provas propostas pelas partes. Apesar disso, grande parte da doutrina sustenta não ser excepcional o poder instrutório do juiz, visto que inúmeros dispositivos legais o admitem.²² Há quem defenda, todavia, a exclusividade das partes quanto à iniciativa probatória, entendendo que o princípio dispositivo não sofre qualquer restrição e que a iniciativa do juiz no campo da prova deve ser limitada ao máximo.^{23,24} Bastante amplo é o poder de iniciativa oficial no processo trabalhista,²⁵ tanto que a doutrina o aponta como exemplo de modelo inquisitório.²⁶ No âmbito do processo penal, o legislador de 1988, no art. 190.1 restringe o poder probatório do juiz às hipóteses expressamente previstas, o que representa lamentável retrocesso.²⁷

Essa tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz também pode ser verificada no “Code de Procédure Civile” francês, de 1975, que confere, ao juiz, a iniciativa no tocante a todas as medidas de instrução legalmente admissíveis (arts. 6-8, 9-11 e 143-149), podendo-se falar na adoção de verdadeiro princípio geral a respeito da atuação oficial na produção da prova.²⁸

No direito belga, há dispositivo autorizando, em caráter genérico, o poder probatório

oficial (art. 916).²⁹

O mesmo ocorre na legislação argentina, em que o art. 36, 2.º, do Código Nacional de 1967, reproduzido na Lei 22.434/81, possibilita aos juízes e tribunais, mesmo sem requerimento das partes, ordenar as diligências necessárias para esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, respeitando o direito de defesa das partes. Não obstante isso, há informação de que os julgadores raramente fazem uso dos poderes instrutórios a eles conferido.³⁰

Também o juiz mexicano é dotado de ampla iniciativa probatória (CPCDF, art. 279).³¹

Orientação semelhante pode ser notada nos países da *common law*,³² especialmente na Inglaterra. A conduta do juiz anglo-saxônico sempre foi marcada pela ausência de iniciativa probatória, havendo mesmo notícia sobre sanção imposta a quem tenha ousado adotar comportamento ativo na formação do conjunto probatório.³³ A partir da vigência do *Civil Procedure Rules*, em 1999, o juiz inglês passou a ter maior controle sobre a produção da prova, embora ainda vedada a atividade instrutória oficial. De qualquer modo, as novas regras não seguem de forma estrita o *adversary system*.³⁴ Já nos Estados Unidos, a produção da prova continua quase que exclusivamente nas mãos das partes que, por intermédio de seus advogados, conduzem o trabalho investigatório no procedimento denominado *discovery*, não mais adotado com essa amplitude na Inglaterra.³⁵ Mas, mesmo naquele país, embora mantida a característica adversarial do sistema, atribuem-se aos juizes certos poderes de determinação da prova, especialmente testemunhal e pericial (*Rules* 614 e 706).³⁶

Ressalte-se que o código austríaco, de 1895, admite amplamente a investigação oficial, revelando, nesse aspecto, um caráter altamente publicista. O processo não pertence às partes. Proposta a demanda, o juiz assume sua direção, com amplos poderes probatórios.³⁷

Alterações recentes verificadas no Código de Processo Civil português, por força dos Decretos-leis 329-A/95, de 12.12 e 180/96, de 25.09, em vigor desde 01.01.1997, trouxeram substancial reforço à iniciativa probatória oficial. Embora já existente no sistema,³⁸ a nova regra confere maior ênfase ao poder instrutório do juiz.³⁹ Essa ampliação pode ser notada não apenas na regra genérica, como também em relação aos diversos meios de prova.⁴⁰ Por isso, a instrução, segundo entendimento doutrinário, é regida pelo princípio inquisitivo.⁴¹

Ao interpretar as regras sobre prova do quadro normativo da União Europeia, o tribunal de Luxemburgo impõe restrições à iniciativa oficial, especialmente se identificado algum risco ao direito de defesa.⁴²

Entre as legislações em que a investigação oficial era a mais ampla possível, podiam ser apontadas a da extinta União Soviética e a dos então países socialistas da Europa Oriental. Na União Soviética, o magistrado tinha muito mais do que meros poderes instrutórios. Admitia-se a sua intervenção na própria relação jurídico-substancial, o que decorria, evidentemente, da concepção de processo como instrumento para a defesa da classe trabalhadora, com função educativa e protetora da ordem socialista.⁴³ O art. 14, § 1.º, do Código de Procedimento Civil, estabelecia que o tribunal tinha o *dever* de valer-se de todos os meios de prova para a completa elucidação dos fatos, não se limitando ao material fornecido pelas partes. Amplíssimos eram os poderes instrutórios do juiz na Hungria (Código de Procedimento Civil de 1911), Polônia (Código de Procedimento Civil de 1933, modificado em 1950, art. 236) e Checoslováquia (Código de Procedimento Civil de 1963, art. 120, § 1.º).⁴⁴

Após a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética, houve alteração nesse quadro.

A mesma orientação foi adotada pelo Projeto de Código Tipo de Processo Civil para a Ibero-América, que considera juiz e partes em igualdade de condições no que concerne à

iniciativa probatória.⁴⁵

Anote-se que o Brasil é apontado pela doutrina estrangeira - juntamente com a Alemanha, Itália, México, Argentina, Áustria e Rússia - como um país em que se encontra consagrada a tendência moderna de concessão de poderes instrutórios ao juiz.⁴⁶

Esse rápido exame permite concluir que a concessão de maiores poderes ao juiz, em especial no tocante à produção da prova, não está necessariamente relacionada a ideologias ou regimes políticos. Enquanto na Inglaterra verifica-se gradativo aumento desses poderes, os Estados Unidos continuam fiéis ao *adversary system*, mantendo inércia do julgador no campo da prova. Nos países vinculados à *civil law*, encontram-se regras, aprovadas em reformas realizadas a partir de 1975, conferindo ao juiz maiores poderes instrutórios (França e Alemanha). Por outro lado, a inércia judicial nesse campo é consagrada e incentivada em legislações vinculadas à mesma família (Espanha e Itália).⁴⁷

Não obstante a inexorável influência do regime político de um país e o modelo processual nele vigente,⁴⁸ não encontra amparo na realidade a vinculação dos denominados princípios inquisitivo e dispositivo com regimes respectivamente autoritário e liberal.⁴⁹

Na mesma linha de atribuir ao juiz o dever de gestão processual, o que implica a concessão de poderes relacionados à direção do processo, à formação do conjunto probatório e a adequação do procedimento às especificidades da causa, o legislador português estabeleceu regime processual experimental, por força do Dec.-lei 108/2006, no qual previu várias regras nesse sentido. Entre outras providências, ampliou poderes relacionados à iniciativa probatória (art. 265, nn. 2 e 3). Essa postura ativa é incentivada pela doutrina, que não vislumbra nela risco de autoritarismo.⁵⁰

3.3 Princípios processuais

3.3.1 Princípio dispositivo

A questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado “princípio dispositivo”. Pelo menos assim tem entendido a maioria da doutrina processual, que estabelece nexos entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória. Fala-se que as partes, tratando-se de direitos disponíveis, têm total liberdade para influir na prova, não contestando, confessando. Esse comportamento amputaria os poderes instrutórios do juiz e seria consequência do princípio dispositivo.⁵¹

Já segundo alguns estudiosos do tema, o Código de Processo Civil harmonizou os sistemas dispositivo e inquisitório, pois ampliou os poderes instrutórios do juiz, mas não excluiu o ônus das partes de demonstrar os fatos afirmados. O juiz, representando o Estado, busca a justiça. Para tanto deve participar ativamente do processo probatório, sugerindo ou ordenando provas propostas pelas partes.⁵²

A primeira grande dificuldade com que se defronta no estudo do problema reside no exato significado da expressão “princípio dispositivo”. Trata-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores, por exemplo, recorrem ao chamado princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz.⁵³ Essa ambiguidade acaba dificultando a correta relação entre esse princípio e a iniciativa probatória do juiz.

Os processualistas tedescos, depois de algumas hesitações e divergências iniciais, identificaram a existência de dois fenômenos diferentes, ambos relativos aos poderes de que é dotado o juiz no âmbito da relação processual. O primeiro deles refere-se à propositura da

demanda; o segundo diz respeito à estrutura interna do processo. Cada um deles deve ser considerado separadamente. Se determinada legislação reservar às partes, com exclusividade, o direito de dar início ao procedimento e de estabelecer limites à atividade do juiz na condução do processo, terá adotado, respectivamente, o *Dispositionsmaxime* e o *Verhandlungsmaxime*.⁵⁴

Com muita frequência, a doutrina trata de ambos os fenômenos como manifestações do princípio dispositivo. Fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*).^{55, 56}

Outros preferem a expressão “princípio da demanda” para referir-se ao primeiro fenômeno, enquanto “princípio dispositivo” representaria apenas as limitações impostas ao juiz no interior do processo.⁵⁷

Até sobre o conteúdo de cada um há controvérsia. Parte da doutrina entende que a dedução dos fatos, da causa de pedir, integra o *Dispositionsmaxime*, pois, se em consequência da natureza privada do direito subjetivo a parte tem o monopólio sobre a propositura da demanda, evidentemente que nesse poder incluem-se os respectivos elementos objetivos. Daí a limitação imposta ao juiz pela regra da correlação, segundo a qual ele deve decidir apenas à luz dos fatos narrados na inicial. Outros sustentam que reservar às partes a delimitação dos fatos a serem levados em consideração na sentença configura ideia relacionada ao *Verhandlungsmaxime*.⁵⁸

Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação “princípio dispositivo” seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.⁵⁹

Qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial.

Constitui equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material. Nele incorre, aliás, a maioria da doutrina.⁶⁰

O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Ainda que indisponível o direito subjetivo material, persiste o princípio da inércia da jurisdição. Isso significa que, mesmo com relação a essa categoria de direitos, o interessado tem o monopólio da demanda. E se o Estado tem interesse direto ou indireto na relação, ainda assim não se confere poder de iniciativa ao juiz. Institui, ele, outro órgão e lhe atribui legitimidade para propor a demanda. É o caso do Ministério Público, por exemplo, que propõe as ações penais e as ações civis públicas.⁶¹ Veja-se que, embora público o interesse em litígio, o magistrado continua inerte.

Por outro lado, algumas exceções ao princípio da inércia existem e se referem a direitos eminentemente disponíveis. A possibilidade de o juiz, *ex officio*, dar início a inventário é exemplo típico (art. 989 do CPC).⁶²

Não é, portanto, a natureza da relação jurídica de direito material que determina a impossibilidade de o magistrado dar início ao processo. A regra prevalece, mesmo quando for indisponível o direito; e algumas exceções referem-se a direitos eminentemente disponíveis.

Assim, o *Dispositionsmaxime*, que alguns entendem como “princípio da demanda” e outros como “princípio dispositivo”, não decorre da disponibilidade do direito substancial.

Quanto ao *Verhandlungsmaxime*, ou seja, a estrutura interna do processo mantida sob o domínio das partes, especialmente quanto à colheita de provas, que a maioria da doutrina identifica como o verdadeiro “princípio dispositivo”, tem sido rejeitado pela moderna ciência processual, pois a prevalência dele e da plena disponibilidade das relações jurídico-processuais está ligada a concepções privatistas do direito processual, hoje completamente ultrapassadas.⁶³

Mesmo aqueles que admitem haver nexos entre a disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte defendem a iniciativa oficial quanto à prova. Isto porque, ainda que privada a relação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível.

Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não é.⁶⁴ A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista a sua finalidade, o seu objetivo.⁶⁵ A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos. Tendo em vista a relevância do tema para o objeto do trabalho, será desenvolvido em capítulo específico.

Conclui-se assim que a denominação “princípio dispositivo” deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes relacionados diretamente com o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo 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.

De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).⁶⁶

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 produzir nos autos retrato fiel da realidade jurídico-material.⁶⁷

A atividade instrutória do juiz, portanto, está diretamente vinculada aos limites da demanda, que, ao menos em princípio, não podem ser ampliados de ofício (arts. 128 e 460 do CPC). Nessa medida, à luz dos fatos deduzidos pelas partes, deve ele desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo.⁶⁸

Aliás, nem mesmo a regra da correlação ou da congruência constitui dogma inafastável. O legislador admite, em casos específicos, sejam ultrapassados os limites objetivos da demanda. O art. 461, § 4.º, do CPC, permite a imposição de multa diária ao réu, independentemente de pedido. A sanção pode também ser aplicada em sede executiva, ainda

que omitta a sentença. Possível, ainda, a alteração da multa anteriormente fixada (CPC, art. 645 e parágrafo único). Hipótese mais evidente de julgamento *ultra petita* expressamente admitido pelo sistema é, sem dúvida, a tutela condenatória *ex officio*, versando pensão alimentícia, em demanda com pedido exclusivamente declaratório de reconhecimento de paternidade (cfr. Lei 8.560, de 29.12.1992, art. 7.^o).⁶⁹

No que se refere à participação do juiz na formação do conjunto probatório, o Código de Processo Civil brasileiro adotou, sem qualquer sombra de dúvida, o modelo europeu-continental do *inquisitorial system*, repelindo o *adversarial system* do sistema anglo-saxão.⁷⁰

Ao contrário do sistema italiano, onde vige o denominado princípio *dispositivo atenuado*, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção da 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.⁷¹

3.3.2 Princípio da igualdade processual

A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo. Vários são os princípios proclamados pela doutrina moderna e adotados pela quase totalidade das legislações, visando a garantir a igualdade das partes.

Pelo que a experiência tem demonstrado, todavia, tais postulados asseguram tão somente a igualdade formal entre os litigantes, o que, evidentemente, não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso, não se contenta com meras figuras de retórica.⁷² Não é compatível com o Estado social de direito o processo civil individualista, cujos dispositivos consagram como valor absoluto a autonomia das partes, que se sobrepõe ao próprio escopo da atividade jurisdicional e do instrumento estatal de solução das controvérsias.⁷³

Entre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial.⁷⁴ Muitas vezes, a inércia dos sujeitos parciais no processo na fase instrutória deve-se a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.⁷⁵

Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual. Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz. A cada dia, aumenta o número de defensores da ideia de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade *real* entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.⁷⁶

O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes.⁷⁷

Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo.

Essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o interesse controvertido incluir-se no rol dos chamados “direitos disponíveis”, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução estiver nas mãos do Estado, não pode o juiz contentar-se apenas com a atividade das partes. A visão do “Estado-social” não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas.⁷⁸

Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. Trata-se de visão essencialmente instrumentalista do processo.⁷⁹ A *real igualdade* das partes no processo constitui valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual.⁸⁰

Ao instituir os Juizados Especiais, atendeu o legislador brasileiro aos reclamos de autorizadíssima doutrina processual, que se insurgiu contra a situação daqueles que, por razões várias, normalmente de caráter financeiro, ficam condenados à insatisfação definitiva de seus interesses, não tendo oportunidade de deduzir em juízo suas pretensões; permanecem, por isso, à margem das atividades pacificadoras, a alimentar o germe de uma revolta.⁸¹

É exatamente essa a situação de todos, embora tenham tido acesso às atividades pacificadoras, não conseguiram obter o reconhecimento de seus direitos subjetivos em razão da inferioridade em que se encontravam. Para compensar a proibição da autodefesa, o Estado deve proporcionar, às pessoas, meios eficazes de satisfação dos interesses. Se tal não ocorrer, os particulares deixam de confiar em seu representante social e voltam à “justiça de mão própria”.⁸²

A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da astúcia de uma delas. Nem o preparo técnico do advogado deve ser decisivo. O processo não é jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, chegue-se a uma decisão injusta, que não corresponda à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a efetiva paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam esse resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos.

A concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada. Não há nexos necessários entre regime político liberal e ausência de poder instrutório do juiz, nem entre regime autoritário e poder de iniciativa probatória oficial.⁸³

Aquilo que se convencionou chamar de processo acusatório, em que os poderes de iniciativa das partes são levados a extremos, resulta de um individualismo político e filosófico já ultrapassado, pois não atende à realidade socioeconômica do Estado moderno, cuja atividade é toda voltada para o social.⁸⁴

Assim, a pacificação almejada pela jurisdição correrá sério risco se, em razão da disponibilidade do direito, permanecer o juiz absolutamente inerte, aguardando a iniciativa instrutória da parte interessada. Essa influência da natureza da relação jurídica controvertida sobre o modo de ser do processo não é aconselhável, pois pode impedir a correta atuação da norma e, em consequência, a real pacificação social.⁸⁵ Eventuais transigências com a fidelidade ao direito objetivo podem produzir um resultado não condizente com a realidade fático-jurídica, o que compromete a própria finalidade da atividade jurisdicional do Estado. A pacificação que se visa a alcançar com o processo, que corresponde ao seu escopo social mais relevante, depende da correspondência entre o resultado do processo e a vontade do direito substancial.

Considerando que a parte “mais fraca” não tem as mesmas possibilidades que a “mais forte”, dotada de melhores condições técnicas e econômicas, de trazer aos autos as provas

necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a considerá-lo mero assistente passivo de um duelo entre o lobo e o cordeiro. Evidentemente, não estará atendido o princípio da igualdade substancial que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre o da igualdade simplesmente formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele desejado pelo direito material. Ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.⁸⁶

Tal entendimento, ao contrário do sustentado por alguns,⁸⁷ não viola o disposto no art. 125 do CPC.⁸⁸

A igualdade de tratamento exigida pelo legislador não pode se limitar ao seu aspecto formal. Conforme já disse, a moderna ciência processual fala em igualdade real, efetiva, o que requer seja assegurado, às partes, o adequado equilíbrio,⁸⁹ independentemente de fatores externos.⁹⁰ Aliás, para suprir essa frequente desigualdade econômica entre aqueles que se digladiam no processo, alguns ordenamentos conferem ao juiz atribuições assistenciais em favor da parte “mais fraca”.⁹¹ Apesar de a iniciativa oficial no campo da prova não constituir manifestação direta dessa função assistencial, não se pode negar que, ao se comportar ativamente, o juiz contribuirá para atenuar o problema, ainda que indiretamente.⁹²

Equivocada, portanto, a conclusão de que a efetiva participação do juiz na instrução do feito constitui violação do contraditório. Ao contrário, assegura a um dos princípios fundamentais do processo “uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz espectador”.⁹³ Na medida em que tal garantia constitucional caracteriza-se não apenas pela informação necessária e reação possível, mas também pelo diálogo pertinente,⁹⁴ a iniciativa probatória oficial, por ampliar os elementos de convicção, possibilita às partes melhores condições de influir no julgamento.⁹⁵

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas.⁹⁶ 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.⁹⁷

Não se pode esquecer que a ciência processual evoluiu. Com o tempo, a visão dos problemas processuais tem se modificado. Hoje pensa-se mais em *justiça* e menos em técnica ou ciência processual.⁹⁸

Para que a decisão seja substancial e qualitativamente justa, não basta assegurar às partes exclusividade de iniciativa no processo, ainda que com garantia de ampla participação. É preciso buscar, pelo processo, a aplicação correta e racionalmente justificada do direito. Para atingir esse objetivo, fundamental é a preocupação com a verdade dos fatos. Somente a solução baseada em fatos verdadeiros pode ser considerada justa.⁹⁹

Na construção de um sistema processual justo, portanto, é preciso atentar para o aspecto da igualdade real, cuja efetivação se verifica mediante o tratamento desigual dos desiguais, na medida da respectiva desigualdade. Essa fórmula vale também para o processo e não há razão para deixar de aplicá-la.¹⁰⁰

Como bem lembrado por renomado processualista, reportandose a doutrina estrangeira, o sistema anglo saxônico do *adversary system* só funciona adequadamente se ambas as partes estiverem representadas por profissionais qualificados, pois ao juiz não compete zelar pelo

equilíbrio do contraditório, o que gera risco de tratamento substancialmente desigual. As diferenças econômicas e técnicas podem influir no resultado se o juiz não se preocupar em eliminá-las, observados os limites legais. Essa consequência é inaceitável para quem vê o processo como meio de acesso à ordem jurídica justa.¹⁰¹ Aliás, não para proporcionar esse resultado, o juiz precisa conhecer tanto o direito quanto os fatos. A sentença pode representar flagrante injustiça, que por má compreensão da regra pelo julgador, quer por desconhecimento, também por parte dele, da realidade fática. Aceitar o julgamento realizado à luz de fatos não suficientemente esclarecidos não é muito diferente do que admitir como fenômeno natural o desconhecimento do direito pelo juiz. Evidentemente, não se pode exigir seja toda decisão proferida por renomados juristas, com base em alegações efetivamente demonstradas. Mas não se pode negar que, quanto maior o conhecimento do juiz, quer em relação ao direito a ser aplicado, quer no tocante aos fatos afirmados, maior a probabilidade de a decisão ser justa.¹⁰²

Não obstante o modelo processual receba influência de valores externos, inclusive políticos, a história revela inexistir vínculo absoluto entre o fortalecimento dos juizes na direção do processo e regimes autoritários de governo. Basta mencionar os Códigos do Brasil, da Itália e da Alemanha. Embora concebidos sob ditaduras, não podem ser taxados de autoritários.¹⁰³ Posição contrária à concessão de poderes instrutórios ao juiz expressa filosofia liberal individualista, incompatível com o modelo de estado social. Desculpando-me pelo excesso, parece-me hipócrita a afirmação de que às partes sabem melhor do que ninguém quais os elementos necessários à demonstração dos fatos controvertidos. A realidade demonstra ser falsa essa premissa, principalmente porque, na grande maioria das vezes, há relação direta entre a situação econômica do sujeito parcial e a possibilidade de contratar profissional tecnicamente apto a representá-la no processo.

A desigualdade social no Brasil constitui fenômeno inexorável. Parece-me também fora de qualquer dúvida ser enorme a repercussão, no processo, da hipossuficiência, especialmente no que se refere à observância das garantias constitucionais da isonomia e do contraditório equilibrado. Se buscamos a efetividade do instrumento também pelo ângulo social, não podemos ignorar essa realidade. Mas não basta reconhecê-la. É preciso tentar ao menos abrandar seus efeitos. Uma das técnicas aptas a assegurar igualdade real às partes do processo é exatamente a concessão de maiores poderes de gestão ao juiz na condução do processo, especialmente no que diz respeito à formação do conjunto probatório.¹⁰⁴

3.3.3 Princípio da imparcialidade

Entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. Isso não ocorreria se a ele fosse conferida a possibilidade de determinar a realização de uma prova, cujo resultado viesse a beneficiar uma delas. Haveria quebra da imparcialidade. Para resguardá-la, embora dotando-o de poderes instrutórios, teria o legislador procurado afastá-lo o máximo possível dessa atividade.¹⁰⁵ Entende-se, ainda, que a investigação unilateral por parte do juiz pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação.¹⁰⁶ Há quem sustente a necessidade de participação do Ministério Público em todos os processos, cuja função seria a de procurar a “verdade real”, o que afastaria o perigo representado pela postura ativa do juiz diante da prova.¹⁰⁷ Afirma-se, também, que a inércia do magistrado frente à prova garante sua imparcialidade, já que aumentar seus poderes significaria diminuir a distância entre jurisdição voluntária e contenciosa.¹⁰⁸

Alguns, embora defendam a iniciativa probatória oficial, acenam para o perigo da parcialidade, se levada a extremos.¹⁰⁹

Não assiste razão, todavia, à doutrina tradicional.

Em primeiro lugar, porque aceita a iniciativa do juiz na produção da prova, quando a demanda verse direitos indisponíveis. É o caso de se perguntar se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do juiz parcial.¹¹⁰

Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes.¹¹¹ Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar quem seja o vencedor, autor ou réu. Fundamental, porém, seja a vitória atribuída àquele que efetivamente tenha razão, isto é, àquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.¹¹²

Se essa atuação do juiz for determinante para que o real titular do interesse juridicamente protegido obtenha a tutela jurisdicional, tanto melhor. Aliás, outra não é a função do processo, senão servir de meio para a solução das controvérsias em conformidade com as regras de direito substancial.¹¹³

Embora se reconheça que tal atitude do juiz não lhe permitirá alcançar a verdade completa, inegavelmente facilitará o encontro de uma parcela desta, reduzida que seja: “antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.¹¹⁴

Sem dúvida nenhuma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões (arts. 5.º, LV e 93, IX da CF/1988).¹¹⁵ Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes.¹¹⁶ Aliás, o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova.¹¹⁷

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 nenhuma afeta 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.¹¹⁸ Isto é, o juiz pode, a qualquer momento, e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. 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.¹¹⁹

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.¹²⁰

Suponha-se que o juiz esteja convencido, pelo exame dos elementos dos autos, que poderia alcançar a reprodução fiel da realidade fática, desde que fosse suprida alguma omissão da parte no tocante à prova. Evidentemente, decidiria contra a sua consciência se não determinasse o esclarecimento do fato.¹²¹

Esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes instrutórios que lhes são conferidos pelo legislador processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador,

temeroso de que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. A escassez de atividades probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário.¹²² Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual.¹²³ Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Irrelevante quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.¹²⁴

Para que o juiz mantenha a imparcialidade no exame de prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador.¹²⁵ Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo.¹²⁶ O juiz ativo quanto à determinação da prova, mas submetido às restrições determinadas pelas garantias das partes no processo, especialmente a ampla defesa e o contraditório, é perfeitamente compatível com o modelo processual democrático e seguro a que aspiramos. Juiz ativo não se confunde com juiz autoritário.¹²⁷ Seria inadmissível, por exemplo, não se aplicar, sem motivação, os efeitos da revelia (art. 319 do CPC) e determinar a produção da prova de fatos verossímeis e incontroversos.

De resto, o compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois, no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.¹²⁸

Aliás, neutralidade e imparcialidade são fenômenos distintos, pois nada impede seja o juiz neutro e parcial. Basta que essa neutralidade, essa omissão quanto ao exercício de poderes processuais beneficie a parte que pretenda obter, desse comportamento, vantagens indevidas.¹²⁹

Visão social do processo não pode ignorar a notória desigualdade econômica e cultural que muitas vezes se verifica entre as partes.¹³⁰ O juiz, a quem compete assegurar ao titular do direito acesso à ordem jurídica justa, deve atentar para essa realidade e, na medida do possível, observados os limites legais, orientar-se no sentido de eliminar esse desequilíbrio de forças, quer exercendo os poderes instrutórios de que é investido, quer conduzindo o processo de modo a minimizar as diferenças entre os litigantes. Não deve temer o risco da perda da imparcialidade, visto que inexistente, mesmo porque o princípio da isonomia, para quem se preocupa não apenas com seu aspecto formal, exige tratamento desigual aos desiguais.¹³¹

3.4 As regras de distribuição do ônus da prova

Estabelece o art. 333 do CPC as regras concernentes ao ônus da prova:¹³² ao autor compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito; ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. *Extintivo*, porque faz cessar essa vontade. *Impeditivo* é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente os seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.¹³³

Esse dispositivo trata de importante aspecto do direito processual, estabelecendo regra

precisa sobre a distribuição do ônus da prova. Não obstante muitas vezes haja dificuldades para a perfeita identificação da natureza do fato controvertido, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, o sistema processual civil adota técnica superior à do processo penal, que se refere tão somente ao ônus de provar o fato alegado (art. 156 do CPP).¹³⁴

Parcela da doutrina entende que a possibilidade de o juiz, *ex officio*, determinar a realização de provas, deve ser entendida em conformidade com as regras sobre o ônus de sua produção. Ou seja, diante da omissão da parte na apresentação da prova que lhe competia, o provimento ser-lhe-á desfavorável, não devendo o juiz diligenciar no sentido de complementar a instrução.¹³⁵

Diz-se que as regras referentes ao ônus da prova implicam limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova. O art. 130 do CPC somente seria aplicado, portanto, quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova.¹³⁶ A outorga de poderes ilimitados ao juiz traria, como consequência, o abandono da teoria adotada no art. 333 do CPC, que se baseia na igualdade das partes. Se o magistrado pudesse, diante de um resultado probatório negativo, determinar a realização da prova, estaria subsidiando uma das partes e, em consequência, desequilibrando o contraditório. E o art. 125, I, do CPC estabelece que o magistrado deve proporcionar às partes igualdade de tratamento. Trata-se de regra que deve nortear o juiz na utilização do poder instrutório previsto no art. 130. Se, infringindo tal princípio, determinasse ele a realização de uma prova que viesse a favorecer uma das partes, iria beneficiá-la, em prejuízo dos interesses da outra. Em suma, estaria proporcionando à parte que permaneceu inerte, oportunidade de demonstrar suas razões. Não sofreria ela qualquer consequência por seu comportamento omissivo. Mesmo tratando-se de direitos indisponíveis, a conclusão não se alteraria, pois a atividade instrutória, no caso, deve ser desenvolvida pelo Ministério Público. A indisponibilidade do direito somente influiria na avaliação da prova, devendo o critério utilizado pelo juiz ser tanto mais rígido quanto mais valorado o bem pelo sistema positivo.¹³⁷

À luz das premissas que informam a visão instrumentalista e publicista do fenômeno processual, não parece correta tal conclusão. *As normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja a efetivação de direito substancial e a pacificação social.*¹³⁸

Não se pode ver, na iniciativa instrutória do juiz, uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento da outra. A doutrina moderna demonstra isso com clareza.¹³⁹

Quem considera a efetividade do processo um dos mais eficazes fatores de harmonia social, não pode concordar com tal orientação, de inspiração exageradamente privatista. O raciocínio deve ser feito de maneira exatamente oposta àquela desenvolvida pelos processualistas tradicionais.¹⁴⁰

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento,¹⁴¹ ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. Os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos.¹⁴²

Essa é a visão objetiva de ônus da prova. Em outro sentido, fala-se em ônus subjetivo, que

diz respeito à necessidade de as partes demonstrarem os fatos relevantes. Enfatizou-se aqui apenas o primeiro sentido da expressão.¹⁴³

O não atendimento à regra do art. 333 do CPC pelas partes implica descumprimento de ônus processual, gerando, em consequência, 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.¹⁴⁴

A razão de ser da regra é, pois, evitar o *non liquet*, ou seja, a falta de solução da crise de direito material.¹⁴⁵

Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷

Verifica-se, portanto, o equívoco cometido por aqueles que afirmam a exclusividade das partes sobre a instrução, visto que a concessão de poderes instrutórios ao juiz implicaria eliminação das regras sobre o ônus da prova.¹⁴⁸ Não parece acertada tal conclusão. Se o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram. Quando, porém, o conjunto probatório não permitir conclusão segura sobre os fatos controvertidos, ainda que os integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, tenham esgotado os esforços para prová-los, incidirão as regras legais referentes ao ônus da prova. Essa preocupação o juiz terá somente no momento de julgar. Durante a instrução, o problema não se coloca. Nesta fase do procedimento, os sujeitos da relação devem estar voltados apenas para a obtenção da prova.¹⁴⁹

Não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do juiz *pode* reduzir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos. Ou seja, se além das partes também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 do CPC. Na verdade, aumenta a probabilidade de um julgamento correto, conforme a vontade do legislador. As regras sobre o ônus da prova constituem a “última saída para o juiz”, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova.¹⁵⁰

De qualquer modo, a solução aventada pela doutrina tradicional não pode ser aceita. As regras do art. 333 devem ser seguidas pelo juiz quando do julgamento. Antes disso, tanto ele quanto as partes, ou, muito mais ele do que as partes, têm interesse na correta demonstração dos fatos. Para tanto, pode e deve o magistrado determinar a realização das provas que entender necessárias, a fim de alcançar o fim da atividade jurisdicional, isto é, a coincidência entre o provimento e a vontade do legislador. Essa é a solução que mais interessa à sociedade. Dentre todas as frustrações que a jurisdição pode causar às pessoas, a mais grave, sem dúvida, é a produção, pela via do processo, de uma solução injusta. E, normalmente, as injustiças são cometidas contra aqueles que, por razões econômicas, não têm condições de se

apresentar “de igual para igual” no processo.

Assim, não deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, não pode se omitir.¹⁵¹

Somente esse comportamento do magistrado pode impedir que o processo se transforme em mais um instrumento de injustiça. E para esse efeito, não tem relevância a natureza da relação jurídica controvertida.¹⁵²

Haverá situações em que, não obstante entenda o juiz ser imprescindível a realização da prova, óbices intransponíveis impeçam a produção. Imagine-se, por exemplo, que o autor se recuse a antecipar os honorários do perito judicial (art. 33 do CPC), por entender absolutamente desnecessária a prova técnica, ou por não ter condições econômicas de arcar com a despesa. Nesse caso, se também o réu não concordar com o pagamento e o conjunto probatório for insuficiente para formação de seu convencimento, não terá o julgador alternativa. Para poder julgar, será necessário recorrer às regras de distribuição previstas no art. 333: negado o fato constitutivo do direito do autor, o pedido seria julgado improcedente; não demonstrado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, a demanda seria acolhida.

Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova não implica 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 mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de provas 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.¹⁵³

3.5 A disponibilidade do direito material

Uma das conclusões que vem se mantendo incólume, apesar da evolução a que se submeteu a ciência processual nos últimos anos, diz respeito à influência do direito substancial na relação processual. Isto é, costuma a doutrina sustentar que os poderes do juiz na produção de provas serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em discussão no processo.¹⁵⁴ Se indisponível, deverá ele orientar-se no sentido de encontrar a *verdade real* e, para tanto, determinar a produção de provas que entenda necessárias; se disponível, pouquíssimos serão os poderes instrutórios do juiz.

Assim, em razão da disponibilidade ou não do direito material, admite-se a verdade formal ou exige-se a verdade real. Por essa razão, jamais se negou a possibilidade de haver investigação oficial no processo penal. Da mesma forma, afirma-se que no processo civil não há concessões à verdade real, quando nas relações discutidas prevalecer o interesse público sobre o privado, ou seja, quando se tratar de direitos indisponíveis.

Tratando-se de direitos disponíveis, portanto, a construção da verdade processual dependeria preponderantemente da parte, devendo o juiz permanecer inerte, por não lhe ser permitido pesquisar a verdade real de ofício. Se forem indisponíveis os direitos, prevalece o interesse na apuração da verdade, cessando a preponderância da atuação das partes. Neste caso, para suprir a inércia das partes, o legislador instituiu outro órgão, o Ministério Público.¹⁵⁵

Muitos, embora reconhecendo que no processo moderno o juiz abandonou a posição passiva de mero árbitro da luta travada entre as partes, restringem a casos excepcionais seus

poderes instrutórios. Dessa forma, acabam acompanhando a doutrina tradicional, na distinção entre direito disponível e indisponível. E, mesmo tratando-se dessa última categoria, sustentam a necessidade de o magistrado agir com muita cautela, deixando, sempre que possível, seja a atividade instrutória desenvolvida pelas partes ou pelo Ministério Público.¹⁵⁶

Há quem, apesar de entender que a disponibilidade das provas depende do direito subjetivo discutido no processo, reconheça que o problema da iniciativa da instrução não está relacionado exclusivamente à natureza da relação de direito material. Isso porque existe um interesse público no reconhecimento dos direitos subjetivos, na obtenção da justa definição da controvérsia, acarretando a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, independentemente da natureza do direito. Assim, embora permaneça íntegro o princípio da demanda, após o início do processo, os poderes do juiz para decidi-lo e para formar o seu convencimento estão desvinculados da iniciativa das partes, visto que há um interesse público do Estado na definição da controvérsia de acordo com a lei.¹⁵⁷

Não se pode, de forma alguma, aceitar essa ligação tão estreita entre a relação processual e a substancial. Embora a primeira nasça e se desenvolva em função da segunda, isso não quer dizer que os princípios relativos a uma relação privada possam influenciar a relação processual.¹⁵⁸ Esta é pública e sua finalidade é completamente diversa daquela. Embora instrumentais, não se pode mais negar a autonomia dos institutos processuais. E a instrumentalidade que se pretende existente não se refere ao eventual direito subjetivo da parte, mas ao ordenamento jurídico vigente, cuja inviolabilidade interessa ao Estado e à sociedade.¹⁵⁹

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,¹⁶⁰ disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista.

Para bem compreender o que aqui se afirma, é necessário atentar para a distinção dos dois planos presentes no processo: o interesse das partes, cuja satisfação é por eles procurada, e o processo propriamente dito. Em outras palavras: a relação de direito material e a de direito processual.¹⁶¹

A possibilidade de o juiz intervir na relação jurídico-substancial varia segundo a natureza desta. Assim, se os interesses em jogo forem privados, não poderá o magistrado interferir em qualquer ato praticado pela parte no sentido de dispor de seu direito, pois o ordenamento jurídico confere a ela, com exclusividade, esse poder. Nesse caso, o magistrado deve limitar-se a analisar a validade do ato, verificando apenas a efetiva disponibilidade do interesse. Não pode, porém, interferir no conteúdo do ato, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade das partes.¹⁶² É evidente que a natureza pública da função jurisdicional não pode repercutir sobre a esfera de disposição que estas têm sobre a relação material.¹⁶³

No tocante à relação processual, todavia, as partes não devem exercer influência, ao menos de modo exclusivo e decisivo. Assim, em processos cujos interesses discutidos sejam privados, não haverá, necessariamente, o monopólio da instrução da causa pelas partes; o problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a interesse seu e, conseqüentemente, da sociedade.¹⁶⁴ Mesmo no processo civil, que normalmente versa direito disponível, objetiva-se a realização do direito material. Seu escopo, assim, não é nem mais nem menos que a realização daquilo que a ordem jurídica assegura no plano material. Deve-se perseguir essa finalidade, na medida em que se trata da

ordem jurídica idealizada pelo Estado, que torna possível a convivência social.¹⁶⁵

Além do mais, se a prova tem por objetivo convencer o juiz sobre a existência ou não de um fato, a proibição de atividade probatória por parte dele contraria os mais elementares princípios de lógica. Os estudos mais recentes estão voltados para a “publicização” do processo civil, ainda que os interesses discutidos sejam privados. O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes.¹⁶⁶

A tendência das legislações modernas de ampliar os poderes instrutórios do juiz não é incompatível com a natureza privada do direito material, pois são planos diferentes. Representa, sim, concepção fortemente publicista do fenômeno processual. Se ao magistrado fosse permitido julgar *ultra* ou *extra petita*, poder-se-ia falar em interferência no direito material, o que implicaria a publicização também dessas relações.¹⁶⁷ Mas, salvo situações excepcionais, a regra da correlação vigora no sistema processual brasileiro (arts. 128 e 460, *caput*, do CPC).

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado como algo pertencente às partes. O processo, na verdade, interessa tanto a elas quanto ao juiz.¹⁶⁸ A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o “continente”, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação.¹⁶⁹ Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois, embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada.¹⁷⁰

Assim, além dos interesses privados das partes existe outro, muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-se o do Estado.

Essa visão do fenômeno processual é absolutamente incompatível com a atitude passiva do magistrado, que não pode permanecer como mero assistente do “duelo” travado entre as partes, pois também o Estado tem interesse no resultado do processo, ainda que disponível o direito material. Daí a tendência existente entre os processualistas modernos, sensíveis ao fato de que o processo somente cumprirá sua função social se houver coincidência entre a ordem jurídica estabelecida e seu resultado, de afastar ou atenuar algumas consequências do chamado “princípio dispositivo”. Não se pode esquecer que o processo é uma “atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça”.¹⁷¹ Exatamente por isso é que se defende a concessão de poderes instrutórios ao juiz: para possibilitar que sua decisão seja conforme o direito; que represente, na medida do possível, a aplicação de norma adequada aos fatos apresentados.¹⁷²

Em síntese: uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzida em juízo, mais satisfatório será.¹⁷³ Tal conclusão está fundada na distinção entre objeto do processo e processo como instrumento apto a proporcionar a efetiva tutela ao titular do interesse juridicamente protegido pelo legislador material.¹⁷⁴

É evidente que o Estado tem interesse em que a decisão retrate a realidade, ainda que disponível o objeto do processo. Somente assim a jurisdição terá alcançado plenamente o seu objetivo: a correta atuação da norma, que proporciona a verdadeira paz social.¹⁷⁵

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, para investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷

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 art. 130 do CPC.¹⁷⁸

O direito processual é, sem dúvida alguma, instrumento do direito material. Não se pode aceitar, todavia, que, em função dessa instrumentalidade, princípios de uma relação jurídico-substancial privada influam na relação processual.¹⁷⁹ O interesse público na atuação do ordenamento jurídico é um só, seja qual for a natureza das normas a serem atuadas. A jurisdição não serve a eventuais direitos subjetivos. A instrumentalidade do processo refere-se ao direito objetivo.

A natureza da relação jurídica repercute nos atos a ela pertinentes. Tratando-se de direitos disponíveis, as partes podem, por exemplo, se autocompor, renunciar, transigir.¹⁸⁰ Não podem, porém, influir no desenvolvimento do processo, visto ser ele o instrumento estatal de manutenção da ordem jurídica e, em última análise, de promoção da paz social. Ou seja, seu objetivo, sua finalidade é sempre pública e indisponível, qualquer que seja a natureza do direito em discussão. Se privadas, as partes terão plena disponibilidade, podendo praticar atos nesse sentido. Mas, enquanto não o fizerem, o poder de dizer o direito é monopólio do Estado e, para tanto, sua atividade deve desenvolver-se em colaboração com as partes, jamais sob o domínio destas.¹⁸¹

Não se pode subordinar a atividade instrutória do juiz ao interesse particular, confundindo-se princípios relacionados com a relação material com aqueles concernentes ao processo. Este não é um negócio que vise à defesa de interesse da parte. A doutrina universal, há muito tempo, abandonou a concepção privatista, vislumbrando, tanto no processo penal quanto no civil, um profundo interesse público na correta aplicação da lei substancial, a fim de alcançar a paz e a tranquilidade social.¹⁸² As partes podem perfeitamente manter o pleno domínio sobre os interesses em litígio, mas jamais sobre o desenvolvimento técnico e formal do processo. A maneira como a jurisdição realiza seu mister não pertence à esfera de disponibilidade das partes,¹⁸³ *pois o processo não pode ser visto apenas como um instrumento de composição de conflitos, de pacificação, mas meio pelo qual se busca a justiça substancial.*¹⁸⁴

Iniciado o processo, seja público ou privado o direito, prevalece o objetivo da jurisdição sobre o interesse das partes. Se este for disponível, têm, as partes, plenos poderes sobre a relação jurídico-substancial, podendo até mesmo dele desistir.¹⁸⁵ Enquanto a solução do

problema permanecer nas mãos do Estado, este deve esgotar os meios possíveis para que a solução se aproxime da realidade. Somente assim a atividade jurisdicional alcançará plenamente seu objetivo.¹⁸⁶

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,¹⁸⁷ o objetivo buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a “ativização da conduta do magistrado”.¹⁸⁸

Tais premissas não contrariam entendimento sustentado em outra sede, sobre a necessidade de reaproximação entre direito material e direito processual, devendo os institutos processuais ser concebidos em função das especificidades do direito material.¹⁸⁹

Não se está pregando aqui o isolamento do processo e a desconsideração da natureza da relação jurídica substancial. É óbvio que o juiz se sentirá condicionado psicologicamente a atuar com maior intensidade se indisponível o objeto do processo. Essa influência subjetiva não pode ser negada. Apenas se insiste na inexistência de óbice legal à atividade instrutória, ainda que disponível o direito material em litígio, mesmo porque pode o julgador entender necessária essa intervenção, não apenas para formação de seu convencimento, mas também para manter o equilíbrio do contraditório.

Defende-se, em sintonia com a ciência processual moderna, o nexo de instrumentalidade entre processo e direito, o que não significa, todavia, negar a autonomia do direito processual, cujo objetivo de eliminação das crises de direito material, para pacificação social, deve ser buscado com todo empenho pelo representante estatal, não importando a natureza da relação jurídica controvertida.

3.6 As provas ilícitas

A possibilidade ou não de aproveitamento das chamadas provas ilícitas, ou seja, aquelas obtidas com infringência a normas de direito material,¹⁹⁰ tem sido objeto de controvérsia entre os processualistas contemporâneos.

Predomina o entendimento de que o juiz não pode levar em consideração tais provas, tendo em vista o meio pelo qual se deu sua obtenção. A se admitir sua influência no resultado do processo, estar-se-ia aceitando a violação de princípios constitucionais.¹⁹¹

Parte da doutrina, porém, entende que o objetivo visado pelo Estado, com o exercício da atividade jurisdicional, não deve sofrer restrições impostas pela inadmissibilidade da utilização das provas obtidas de maneira ilícita.¹⁹²

O cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional.¹⁹³ Daí existir outra tendência que, entre a absoluta rejeição das provas ilícitas e a sua total admissibilidade, procura o equilíbrio entre os valores contrastantes.¹⁹⁴

Os limites deste trabalho impedem análise mais aprofundada de tão tormentoso tema. *Não se pode, todavia, concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas.* Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção?¹⁹⁵

Observe-se que, qualquer que seja a solução, deverá aquele que violou o ordenamento jurídico para conseguir a prova ilícita responder pelo ato praticado. Além disso, a eventual

aceitação da prova dependerá, evidentemente, da sua confiabilidade. Assim, provas obtidas mediante tortura ou a utilização de drogas devem ser rejeitadas, visto que inidôneas quanto ao resultado.

De qualquer modo, afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar provimento jurisdicional que, provavelmente, não corresponda aos fatos deduzidos pelas partes e relevantes para o julgamento da causa.¹⁹⁶

A repulsa a tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve. E, se a solução encontrada pelo magistrado, em virtude dessa desconsideração, não corresponder àquilo que realmente ocorreu no mundo dos fatos, teremos duas violações da ordem legal: aquela praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal para conseguir demonstrar esse fato; e a outra, cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo próprio órgão jurisdicional.¹⁹⁷

No direito brasileiro, principalmente após a vigência da Constituição de 1988,¹⁹⁸ predomina na doutrina e na jurisprudência pátria, a tendência de repelir as provas ilícitas.¹⁹⁹

A melhor solução, todavia, é tentar a conciliação dos dois valores opostos. Da mesma forma que a orientação predominante visa à defesa de princípios constitucionais e de direitos fundamentais da pessoa, especialmente o direito à intimidade, a efetividade do processo atende a um interesse público relevantíssimo. E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa. Tal decisão injusta, além de negar o fim da atividade jurisdicional, certamente produzirá seus efeitos sobre a esfera jurídica de pessoas que nada tiveram com a ilicitude cometida quando da obtenção da prova.

*Nenhum princípio é absoluto, ainda que previsto no plano constitucional.*²⁰⁰ Não se pode esquecer que, ao lado do direito à privacidade, também existe a garantia de acesso à justiça, que compreende todos os meios necessários a que o processo seja efetivo, isto é, constitua instrumento apto à solução adequada das controvérsias. Fala-se hoje, aliás, em devido processo constitucional, que nada mais é do que o modelo constitucional de processo, com todas as garantias consideradas necessárias à eficácia desse instrumento. Entre elas encontra-se, sem dúvida, o direito à prova.²⁰¹

Verifica-se, pois, que a realidade muitas vezes nos apresenta valores conflitantes, impondo-nos a opção por um deles e o sacrifício de outro. Essa situação se repete a cada momento e acaba passando despercebida. No mundo jurídico, o fenômeno não é diverso. *É frequente a existência de conflito entre dois princípios, cada qual ligado a determinado valor passível de proteção pelo legislador.* Cabe ao intérprete compará-los e escolher um deles, em detrimento de outro. A solução deve levar em conta a necessidade de *proteção do valor mais relevante*, segundo critérios ditados pelo interesse social. Trata-se do denominado *princípio da proporcionalidade*.²⁰²

Essa conclusão não implica desconhecer o caráter ilícito da conduta daquele que obteve a prova. Apenas leva em consideração o fato de que cabe ao julgador utilizar-se de todos os meios necessários à descoberta da verdade. Inadmissível que irregularidades cometidas na colheita da prova impeçam a sua apresentação e, possivelmente, uma decisão justa. Deveria o juiz criminal absolver um criminoso, ou condenar um inocente, apenas porque não pôde tomar conhecimento de um meio de prova obtido ilicitamente?²⁰³

A respeito da diferença de tratamento, por alguns defendida, entre a adoção da prova ilícita no processo penal, para absolver réu inocente, e no processo civil, costuma-se utilizar expressões que, embora consagradas, nada representam. Trata-se das famigeradas *verdade*

real e verdade formal. Esta última, aliás, pode ser modificada para *mentira formal*, sem qualquer alteração do significado, pois verdade formal é aquela aceita pelo julgador, sem qualquer preocupação com a correspondência entre o resultado do processo e a realidade substancial.²⁰⁴

Em primeiro lugar, se no processo penal vige o princípio de verdade real, o que justificaria afastar a prova ilícita para efeito de tutela condenatória? Será que somente o valor liberdade está acima da garantia constitucional à intimidade? Em nenhuma situação poderia o juiz concluir que o interesse público na condenação do autor de crime realmente hediondo, como tráfico de drogas, é superior ao valor protegido pela vedação à produção dessa prova? Sem falar que esse tratamento diferenciado entre as partes no processo penal também ofende valor constitucionalmente assegurado, qual seja a isonomia.²⁰⁵

Por outro lado, a admissibilidade da prova ilícita, sem qualquer restrição, além dos graves inconvenientes apontados pela corrente predominante, poderia acabar beneficiando aquele que agiu ilicitamente. E ninguém deve ver acolhida sua pretensão alegando a própria torpeza (*Nemo creditur turpitudinem suam allegans. Nemo de improbitate sua consequitur actionem*).

Sabe-se, todavia, que o brocardo não prevalece de forma absoluta. Deve ser aplicado com prudência e inteligência.²⁰⁶ Daí a seguinte sugestão: não teria a parte interessada na prova, e que para consegui-la comportou-se de maneira ilícita, o direito de exigir a sua apresentação? Caberia ao magistrado, exclusivamente, ponderar sobre a necessidade e a conveniência da produção. Se a conclusão for afirmativa, ele determinaria, *ex officio*, a vinda para os autos da prova obtida ilicitamente. O julgador somente poderia valer-se desse poder em caráter excepcional, isto é, apenas quando a produção da prova revele-se absolutamente imprescindível para que o escopo do processo seja alcançado. E após rigorosa ponderação dos valores que se contrapõem.

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-la aos autos. Aqui, a iniciativa probatória seria exclusiva do magistrado.²⁰⁷

De qualquer modo, o mais importante é enfatizar posição adotada por sólida corrente doutrinária, segundo a qual *a vedação constitucional à produção das provas ilícitas não tem natureza absoluta*. Como tudo na vida, e o direito nada mais é do que o fato valorado e transformado em norma, essa regra também é relativa.²⁰⁸

3.7 Natureza do poder instrutório do juiz

Estabelecida a premissa de que o sistema processual brasileiro confere poderes de iniciativa probatória ao julgador, necessário saber qual a natureza dessa situação processual.

Afasta-se, de plano, a ideia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova.

Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados.²⁰⁹ São expressões de “contornos semânticos flexíveis”, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra.²¹⁰

Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade.²¹¹

Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta

a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.²¹²

Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.

Configurada uma dessas hipóteses, verificando haver subsunção da situação descrita pela parte a qualquer das hipóteses legais, não restará alternativa ao julgador, senão aplicar a regra invocada. Dessa decisão cabe recurso, providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de 1.º grau se entendê-la incorreta.

Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.²¹³

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno. Afinal de contas, principalmente nas hipóteses de medidas de urgência, em apenas um ato, muitas vezes antes mesmo que o contraditório se efetive, poderá definir-se provisoriamente o resultado do processo.²¹⁴

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.²¹⁵

Em última análise, deve-se distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação descrita no processo. Na verdade, há apenas uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas, cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto.²¹⁶

Existe, pois, certa confusão, em sede doutrinária e jurisprudencial, entre discricionariedade e interpretação. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. Em sede recursal, é perfeitamente admissível a obtenção de resultado diverso, visto que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto. Uma e outra, todavia, representam a única opção correta para o intérprete que a adotou. Nenhum pode escolher qualquer delas segundo juízo de oportunidade.²¹⁷

É preciso distinguir, pois, poder discricionário conferido ao administrador da liberdade com que o juiz pode atuar na exegese da lei, visando a alcançar a decisão correta, que é única.²¹⁸

Discricionariedade implica reconhecimento, pelo sistema jurídico, da possibilidade de adoção de duas ou mais soluções, cabendo ao ente público a opção por qualquer delas, pois todas são aceitas como legítimas, adequadas e corretas pelo Direito. Dentro desse limite estabelecido pela lei, está ele imune de controle.

Ao interpretar a norma, o Poder Judiciário não age dessa forma, visto que, representando a visão de determinando integrante da função jurisdicional a respeito do fenômeno em exame, a decisão será sempre passível de impugnação, pois a solução adotada pode não ser a melhor, segundo entendimento de quem dela discorda. Esse ataque, manifestado pela via recursal, propiciará nova análise da situação, podendo levar a resultado diverso.²¹⁹

Tal quadro não é compatível com a ideia de discricionariedade, salvo se diverso o sentido atribuído a essa expressão. Se poder discricionário significa maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes, o juiz o exerce.²²⁰ Mas, se entendermos discricionariedade como juízo fundado em conveniência e oportunidade, o juiz não atua dessa forma.

Com relação à produção de prova por determinação judicial, outra não é a conclusão. A decisão judicial a respeito da realização de determinada atividade instrutória deve ser fundamentada. Necessita o juiz esclarecer os motivos por que, em seu entender, a situação dos autos reproduz a hipótese legal (art. 130 do CPC). Não basta simplesmente ordenar a produção da prova. A iniciativa oficial nesse campo, como qualquer outro ato decisório, necessita de adequada fundamentação, a fim de que, em eventual recurso, as partes possam apresentar razões de impugnação e o órgão superior tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à conclusão impugnada.²²¹

3.8 Limites do poder instrutório do juiz

Questão tão difícil quanto relevante é a fixação dos limites eventualmente impostos pelo sistema, ao exercício do poder probatório pelo juiz.

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 (arts. 128 e 460 do CPC).²²² Se assim é, não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório.

Também parece correto afirmar que a necessidade de produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos. Para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo.

Apresentam-se, ainda, como limites à atividade probatória oficial a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina,²²³ o que afasta eventual risco de autoritarismo e assegura a observância do devido processo legal. Não há, pois, violação ao denominado “garantismo” processual. Procura-se simplesmente compatibilizá-lo com a natureza pública do processo e com o escopo social da jurisdição.²²⁴

Tais considerações, todavia, não esclarecem se o sistema estabelece alguma restrição específica à iniciativa probatória do juiz. Trata-se apenas de princípios e regras gerais aplicáveis à matéria em análise.

Não obstante sejam amplíssimos os poderes instrutórios do juiz, como se pretendeu demonstrar, há limites impostos pela técnica processual.

Como já visto, a revelia implica serem incontroversos os fatos afirmados na inicial, que independem de prova e são considerados presumidamente verdadeiros (arts. 319 e 334, III, do CPC). O aparente rigor legal vem sendo abrandado pela doutrina e pela jurisprudência, mediante interpretação sistemática e teleológica do sistema processual (cfr. item 2.3). Nessa linha de raciocínio, tem-se entendido que nada obsta determine o juiz, mediante decisão fundamentada, a produção de provas se, apesar da revelia, os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis.²²⁵

Mas, excetuada essa hipótese, é inadmissível a determinação oficial para que o autor demonstre a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito, verossímeis e incontroversos. O legislador, nesse caso, optou claramente pelo valor efetividade, preferindo tutela rápida, concedida mediante cognição sumária.²²⁶ Em princípio, não há razão para o julgador determinar a produção de provas.

Estamos diante de limite técnico e legítimo à iniciativa probatória oficial. Por isso, já concluí em diversas oportunidades pela incidência do disposto nos arts. 319 e 334, III, do CPC, por se tratar de fatos verossímeis e incontroversos. O sistema não aceita alternativa ao acolhimento da pretensão inicial. Eventual ausência de prova não impede essa conclusão, pois as regras legais indicam para a possibilidade de a tutela final ser concedida sem cognição exauriente, bastando a versão verossímil da autora. Nem seria legítima a iniciativa probatória oficial (art. 130 do CPC), pois o legislador, em casos como o dos autos, optou pelo valor efetividade, em detrimento da segurança jurídica.²²⁷

Mesmo nos embargos à execução, em que a doutrina e a jurisprudência têm entendido inaplicáveis os efeitos da revelia, o raciocínio permanece inalterado. Se não houver contradição entre os fatos deduzidos na execução e aqueles descritos na inicial do processo de conhecimento incidental, a ausência de impugnação pelo embargado torna incontroversos os fatos, que, se verossímeis, independem de prova.²²⁸

Aplicam-se também à iniciativa probatória oficial as limitações legais relacionadas a certos meios de prova (arts. 401 e 402, do CPC) ou a especificidades do procedimento (art. 35 da lei 9.099/1995). Com relação a este último dispositivo, não há vedação expressa da prova pericial nos processos em curso perante o Juizado Especial. Determina-se apenas ao juiz que, se necessário, ouça técnicos de sua confiança e admita a juntada de parecer técnico. Daí se conclui ser inadmissível prova pericial.

Há divergências, todavia, em relação a essa matéria, até porque o art. 32 da mesma lei autoriza a produção de todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados.²²⁹

Já a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes probatórios do juiz. Inexiste aqui 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.²³⁰

Não obstante isso, a iniciativa probatória oficial não pode acarretar excessiva demora, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF/1988).²³¹ Se a produção da prova mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com fundamento no juízo de probabilidade ou segundo as regras de distribuição do ônus da prova.

Por fim, a utilização pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, da prova emprestada, ou seja, aquela produzida em outro processo, mas destinada à demonstração de fato comum, encontraria óbice na garantia constitucional do contraditório. Isso porque normalmente as partes não são as mesmas.

A esse respeito, parece-me que devam ser atendidas as especificidades do objeto da prova. Antes de mais nada, é preciso reconhecer que o contraditório pode perfeitamente realizar-se no processo em que se verifique a apresentação da prova emprestada. Nesse momento, a parte que não participou da produção poderá impugnar o respectivo resultado. Além do mais, não é raro acontecer, especialmente nos processos de massa versando sobre o mesmo tema,

que determinado meio de prova tenha possibilitado várias conclusões idênticas, sempre sob o crivo do contraditório. A utilização dessa prova em processo diverso, envolvendo a mesma controvérsia fática, não deve ser vedada. A ausência de uma das partes no momento da produção não a impede de impugnar o resultado ou demonstrar a existência de especificidades que o tornariam inaplicável à situação concreta.

Pense-se, por exemplo, na juntada de vários laudos periciais, produzidos em outros processos, unânimes quanto ao resultado. Todos, submetidos ao contraditório nos processos em que realizada a prova pericial, chegam à mesma conclusão. Contém argumentos técnicos que permitem concluir sem sombra de dúvidas pela veracidade da afirmação de uma das partes quanto a determinado fato.

A circunstância de essa prova documental, consubstanciada em laudos subscritos por peritos nomeados em outros processos judiciais, apresentar conclusões idênticas não pode ser desprezada. Deve ser levada em conta pelo julgador, embora o autor não tenha participado de sua formação, pois produz grau elevado de verossimilhança dos fatos afirmados pelo réu. Nessa medida, compete ao autor desconstituir tal probabilidade. O que não se pode é ignorar completamente resultados exatamente iguais de provas produzidas judicialmente.

Embora não submetida ao contraditório no momento em que produzido, o laudo poderá ser examinado nestes autos pela parte contrária, que não está impedido de contrariá-lo. Também não se pode desconsiderar a identidade de conclusões e o controle judicial realizado nos respectivos processos. Por isso, renomado processualista italiano discorda da rejeição da prova emprestada com esse fundamento, visto que o contraditório também não é observado na formação de inúmeras provas típicas, especialmente as pré-constituídas.²³²

Também na doutrina brasileira, embora reconhecida a relevância do contraditório para a regularidade do processo e da produção da prova, ressalva-se a inexistência de princípios absolutos. Embora seja preciso assegurar às partes participação efetiva na atividade instrutória, às vezes tal atuação não se revela possível ou mesmo conveniente. A exigência do contraditório não pode impedir o juiz de buscar a solução justa para o caso concreto. Nesse momento, deve ele agir com prudência e bom senso.²³³

Deve-se considerar, portanto, o contexto, ou seja, o conjunto probatório em que produzida a prova emprestada. Este é o dado a ser levado em conta pelo julgador, para valorá-la e atribuir-lhe a relevância que considerar adequada. Nem sempre o contraditório mostra-se relevante para formação do convencimento do julgador sobre o resultado de perícia realizada em outro processo. É preciso, sempre, avaliar as circunstâncias do caso.²³⁴

NOTAS DE RODAPÉ

1

Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária*, p. 109 e ss.

2

Cfr. Aureliano de Gusmão, *Processo civil e commercial*, p. 100. A história da prova, incluindo a iniciativa do juiz na formação do conjunto probatório, foi estudada com profundidade por José

3

Em consequência, a iniciativa probatória competia exclusivamente às partes, pois se ao juiz fosse possível determinar a realização de alguma prova, ele tornar-se-ia “en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por esse medio; se trataba, más que de no incurrir em parcialidade, en no asumir um papel que correspondia a las partes, esto es, de no ser juez y parte al mismo tiempo.” (Montero Aroca, *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, p. 17).

4

Montero Aroca, *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, p. 17.

5

Para uma análise dos dispositivos legais referentes a tais poderes, severa crítica ao princípio dispositivo fez Espínola, ao comentar o art. 68 do Código de Processo da Bahia: “o juiz, que não é na processualística moderna um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatórios que, de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da causa. Os clássicos princípios - o juiz deve julgar pelo alegado e provado - e - compete provar àquele que alega - já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos Códigos mais modernos” (*Código de processo*, p. 412-413, nota 99).

6

Montero Aroca, *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, p. 18. Segundo o autor, essa concepção liberal de processo comporta duas visões: a publicista, que se manifesta sob duas espécies, ambas totalitárias; e a garantista. No chamado processo civil socialista, elimina-se completamente a distinção entre direito público e privado, devendo o juiz buscar a verdade objetiva. Os princípios da inércia, da correlação e da imparcialidade são abandonados. Durante o nazismo, o processo civil era visto como instrumento do Estado, devendo prevalecer o interesse coletivo, a ser determinado pela vontade do Führer. O aumento dos poderes do juiz também predominou na Itália fascista, onde foi cunhada e difundida a expressão processo publicista (*Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, p. 19-23).

7

Processo civil e commercial, p. 105-106. A transcrição integral do texto tornou-se imprescindível, pois revela que a efetividade do processo é uma preocupação antiga e constante dos professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Aureliano de Gusmão, já em 1922/24, defendia ideias que ainda hoje encontram resistência na doutrina pátria, apesar do aumento paulatino de seus adeptos. Essa preocupação com a efetividade do processo pode ser sentida também nos trabalhos desenvolvidos pelos atuais integrantes do Departamento de Direito Processual desta Faculdade. Ada Pellegrini Grinover é uma das pioneiras na análise dos interesses difusos, cujas

noções possibilitam uma abertura do sistema processual, tornando mais abrangente a ideia de legitimidade. Importantíssima, ainda, sua constante preocupação com o relacionamento entre o direito processual e o constitucional. Cândido Rangel Dinamarco, em *Fundamentos do processo civil moderno* e em *A instrumentalidade do processo*, demonstra a grande importância de se analisar o fenômeno processual de dentro para fora, ou seja, demonstrar o verdadeiro papel de nossa ciência para a pacificação social. Ambos, juntamente com Kazuo Watanabe, são os grandes idealizadores do Juizado de Pequenas Causas [Juizados Especiais Cíveis], tentativa bem-sucedida de abrir as portas da Justiça aos menos favorecidos. Também Cândido e Ada, agora com Araújo Cintra, trouxeram para o Brasil a ideia de uma *Teoria geral do processo*. Essa visão unificada do direito processual torna possível a identificação de objetivos do processo como um todo, independentemente da relação jurídica controvertida. Ainda Kazuo Watanabe, em sua tese de doutoramento, *Da cognição no processo civil*, demonstra grande preocupação com o resultado do processo. Botelho de Mesquita, em seu autorizadíssimo trabalho sobre ação civil, adere à teoria concreta da ação porque, em seu entender, é a única que explica o fenômeno segundo seu objetivo fundamental: a realização da ordem jurídica. Verifica-se, portanto, que a visão publicista do direito processual iniciada nesta casa continua a desenvolver-se, agora com os integrantes da “Moderna Escola Paulista de Processo”.

8

Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária*, p. 120-122.

9

A democracia participativa é um dos componentes do Estado democrático de direito, pois propicia a “intervenção dos cidadãos, individualmente ou (sobretudo) através de organizações sociais ou profissionais, nas tomadas de decisão das instâncias do poder, ou nos próprios órgãos do poder. As suas formas de expressão podem ir desde a simples participação consultiva até a formas de autoadministração e de autogoverno dos grupos interessados” (J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 212). No dizer de José Afonso da Silva, o Estado democrático de direito “tende a realizar a síntese do contraditório no mundo contemporâneo” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 120).

10

Vittorio Denti defende as resistências à tendência verificada nos países da *civil law*, de tornar mais inquisitivo o processo civil, não por constituírem expressão do conservadorismo, mas por representarem a defesa da dialética do processo (cfr. *Estudios*, p. 116). Como se viu, porém, não há incompatibilidade entre o poder instrutório oficial e a dialética processual, representada pelo princípio do contraditório. Aliás, o juiz ativo pode evitar que a parte sem razão consiga, mediante o discurso dialético, alcançar seu objetivo, ainda que a situação em que se encontre não esteja amparada no plano material. Tanto autor quanto réu não estão preocupados com a justiça da decisão, mas com a proteção de seus interesses. Essa é a característica da dialética, definida por Schopenhauer como a arte de ficar com a razão, independentemente da verdade objetiva, que é estudada pela lógica (cfr. *A arte de ter razão*, p. 3-14). Barbosa Moreira demonstra a inexistência de relação entre o reforço dos poderes do juiz no processo, especialmente quanto à formação do conjunto probatório, e regimes autoritários (cfr. *O neoprivatismo no processo civil*, p. 90-93).

11

Cappelletti entende existir uma clara e definida tendência evolutiva dos ordenamentos processuais modernos, no sentido de se ampliar os poderes do juiz no campo da prova (cfr. *La oralidad*, p. 118-124). Sobre a origem dessa orientação, atribuindo-a a Franz Klein e Bellot, cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*, p. 179. Sobre a postura processual ativa do juiz no direito estrangeiro, v. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança judicial*, p. 82 e ss. Sobre essa tendência, desvinculada de qualquer conotação ideológica, cfr. tb. Nicolò Trocker, *Poderes del juez*, p. 112-119.

12

Para maiores informações a respeito dos modelos europeus, v. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, p. 458-467.

13

Segundo esclarece Martin Ostos, os princípios processuais constituem reflexo de outros mais amplos, inspiradores do Estado e de natureza político-filosófica. E a atividade do jurista, objetivando melhorar as linhas-mestras do processo, esbarrará sempre nesses princípios. Conclui que: “Dentro del proceso civil español, el principio dispositivo constituye una muestra de tal afirmación. El proceso en manos de las partes durante casi todo su curso; el juez, mero espectador, muchas veces. Tratar de darle a éste mayor intervención es difícil, pues se atenta contra el principio mencionado, mero reflejo de otros que inspiran nuestra legislación” (*Las diligencias*, p. 20).

14

Nas *Jornadas sobre el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, organizadas pela Asociación de Jueces para la Democracia, afirmou-se ter havido retrocesso, pois a nova legislação impede interpretação progressiva, visando ao ativismo judicial (cfr. Rafael Sarazá Jimena, *Los principios del proceso civil*, p. 96-97). À época do evento, havia somente o anteprojeto de lei. Concluiu-se, então, que a tendência era o desaparecimento das denominadas “diligencias para mejor proveer”, pois as novas regras, visando a evitar abusos, impedem que “el Juez actúe asegurándose el conocimiento de cuanto es relevante para la solución del litigio” (cfr. *Informe de la Asociación “Jueces para la Democracia”*, Jornadas sobre el anteproyecto, p. 144). Não foram atendidas as recomendações feitas pelo “Consejo General del Poder Judicial”, em diagnóstico da Justiça espanhola contido no denominado “Libro Blanco de la Justicia”: “Los valores de justicia, de tutela efectiva, de igualdad de armas en el proceso y de proscripción de la indefensión proclamados en la Constitución y el principio de impulso de oficio recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, han supuesto, junto con algunas recientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un evidente refuerzo del papel del juez en el proceso civil. El juez civil no es ya ese pretendido espectador neutral y pasivo que - supuestamente - se limitaba a contemplar la noble contienda entre las partes, sin ninguna intervención posible, salvo las diligencias para mejor proveer. La vigencia del principio de impulso de oficio, frente al de rogación, permite hoy día que el juez intervenga activamente en el proceso, con la finalidad - que es al mismo tiempo un límite - de garantizar al libre juego de las partes ante el conflicto de intereses que se ventila en la jurisdicción” (p. 195). V.

tb. *Consejo General de Poder Judicial, La reforma del proceso civil*, p. 187-189. A Lei 1/2000, de 07.01.2000, vigente a partir de 08.01.2001, aprovou o texto do anteprojeto.

15

Cfr. a respeito, Michele Taruffo, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, *Revista Iberoamericana*, p. 323, esp. nota 65; *Rivista trimestrale*, p. 466-467.

16

Joan Picò i Junoy aponta entendimento dominante na doutrina sobre a inexistência de poder probatório oficial. Sua opinião, todavia, é diversa. Pelo fundamento exposto no texto, conclui: “In definitiva, in virtù delle citate previsioni costituzionali, deve darsi una lettura della nuova LEC, che conceda ai giudici e ai magistrati i meccanismi adeguati per poter concedere una più giusta tutela dei diritti e degli interessi in conflitto” (I principi del nuovo processo civile spagnolo, p. 76). V. tb. José Carlos Barbosa Moreira, O processo civil contemporâneo, p. 48.

17

Cfr. §§ 142 e 272 (prova documental), 144 (inspeção e consulta técnica), 448 (interrogatório); 282, b, apartado II, n. 2 (pedido de informações à administração pública). Goldschmidt afirma que, na Alemanha, a ciência não cuida da produção como ato da parte, pois o direito processual coloca a iniciativa probatória nas mãos do juiz. Isso ocorre principalmente no processo penal em que, proposta a *querella* pelo Ministério Fiscal, dentro dos limites objetivos e subjetivos da demanda, os juízes estão autorizados e obrigados a uma atuação independente, averiguando e investigando os fatos e os meios de informação (cfr. *Principios*, p. 115 e 143). Segundo Fritz Baur, nos chamados processos inquisitórios (penal, administrativo e jurisdição graciosa), não há limites para o juiz quanto à escolha dos meios de prova. No processo civil, de acordo com a regulamentação em vigor, o juiz se acha em posição mais livre, podendo determinar de ofício a realização de qualquer prova, exceto a testemunhal: “É necessário que se considere não estar o juiz ligado, do ponto de vista dos temas, ao que as partes oferecem como prova; ele deve, isto sim, esclarecer todos os elementos de fato que são importantes com as normas jurídicas de direito material adequado” (O papel ativo do juiz, p. 192).

18

José Carlos Barbosa Moreira, O processo civil contemporâneo, p. 47. Segundo Taruffo, os poderes instrutórios do juiz tedesco foram ampliados significativamente em 2001, com a introdução do poder de ordenar às partes e a terceiros, de ofício, a exibição de documentos referidos no processo, bem como de inspecionar coisas (*Zivilprozessordnung*, §§ 142 e 144). Na opinião do processualista italiano, o juiz tedesco “viene dunque ad avere un potere quasi generale di iniziativa istruttoria. Si tratta quindi di un giudice che svolge un ruolo molto attivo, nella direzione del processo come nella gestione della fase istruttoria. Questa funzione del giudice tedesco è andata progressivamente estendendosi e rafforzandosi in virtù di diverse riforme che sono state introdotte lungo tutto il corso del secolo XX. Tali riforme furono dirette a ridurre progressivamente l'esclusivo monopolio delle parti sul processo e sulle prove, che era previsto nella formulazione originaria della *Zivilprozessordnung* del 1817, e ad affidare al giudice il compito

di gestire il processo in modo efficiente, attribuendogli i necessari poteri”. Em seguida, procura o autor dissociar a concepção ativa do juiz alemão do regime fascista (v. Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa, p. 462-463). V. tb. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança judicial*, p. 113-122.

19

Cfr. Hernando Morales Molina, *La prueba*, p. 23 e ss.

20

Cfr. Enrique Paillas, *El principio*, p. 111, que faz referência ao art. 15 da Lei 18.101, sobre locação de prédios urbanos.

21

Cfr. Guilherme José Bras de Oliveira, *Direito processual civil peruano*, p. 285-286; José Rubens de Moraes, *Direito processual civil uruguaio*, p. 333.

22

“Qualunque sia la valutazione che si voglia dare della disciplina complessiva del codice, è necessario passare in rassegna queste eccezioni (che lo stesso art. 115 con l’inciso iniziale prevede e richiama), che si risolvono in una rilevante possibilità per il giudice di intervenire al fine di controllare le parti nell’ “indagine istruttorie e di evitare il loro monopolio esclusivo nella ricerca della verità” (Giovanni Verde, *Profili*, p. 84-85). Para Mandrioli, o sistema italiano é “dispositivo atenuado”, pois vincula o juiz às provas produzidas pelas partes, mas possibilita-lhe iniciativa instrutória nos casos previstos em lei (cfr. *Corso*, p. 85-86). Zanzucchi, embora afirmando que de um ponto de vista genérico a regra é a do art. 115, reconhece que o juiz tem um complexo de poderes instrutórios conferidos pelo novo código, que o retiraram daquela situação de forçada inércia, que o obrigava muitas vezes a fechar os olhos diante da verdade. Menciona os artigos 116/118, 240, 245, 253, 254 e 257 (cfr. *Diritto processuale*, p. 367-371).

23

“Più precisamente, possiamo costatare quanto improprio sia il parlar di autorità del giudice, di necessaria impostazione pubblicistica della sua funzione, e così via, tralasciando un accurato controllo di tali teorie sui testi della legge positiva” (La China, *L’esibizione delle prove*, p. 75). Admite ele a iniciativa oficial quando se tratar de fato complexo, que se distinga em vários aspectos e situações históricas. Nesses casos, a prova do fato constitutivo nem sempre é feita integralmente com um só meio. Pode ocorrer assim que a parte traga a prova de apenas um ou alguns elementos que componham o fato constitutivo de seu direito. Somente aí se permite ao juiz o poder de iniciativa (cfr. p. 81-82). Apesar dessa concessão, La China entende que a iniciativa na produção da prova é exclusiva da parte. A concepção genérica de publicização deve ser rejeitada: “Per quanto desiderabile possa essere - e non è detto che lo sia - un processo in cui la ricerca ed acquisizione delle prove avvenga d’impulso ufficioso, non è questo il nostro processo” (p. 86). Para Calamandrei, o legislador processual civil italiano adotou o “princípio dispositivo”, por se tratar de

uma projeção no campo do processo, da disponibilidade do direito material. Reconhece, porém, que no que respeita à prova, houve aumento considerável dos poderes do juiz (cfr. Istituzioni, p. 222-223). V. tb. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, Direito processual civil italiano, p. 264-265.

24

Segundo Tarzia, a recente reforma do processo civil italiano não alterou o princípio geral de que a produção da prova cabe à parte, salvo em casos expressamente previstos em lei. Para ele, no âmbito do processo civil, ao contrário do que ocorre no processo trabalhista, o poder probatório oficial não é previsto de forma genérica (cfr. *Lineamenti*, p. 114). Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli criticam a orientação em certa medida privatista adotada pela nova legislação e, entre as propostas para tornar o modelo italiano mais eficiente, sugerem a concessão de maiores poderes instrutórios ao juiz, como vem ocorrendo, por exemplo, no sistema americano (cfr. *Diritto alle prove*, p. 629-630). V. tb. Taruffo, *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 461.

25

Cfr. Tarzia, *Manuale*, p. 101-107. Comoglio denomina o modelo italiano quanto à iniciativa probatória do juiz de misto, ao lado de quase todos os países da *civil law* continental “in cui pur ha tendenzialmente presente una iniziativa *Prozessleitung* del giudice”. Refere-se expressamente às legislações francesa, alemã e austríaca. Entende que a *verdade processual* terá maior ou menor grau de relatividade, dependendo da relação existente entre os poderes das partes e do juiz, este exercendo função secundária e supletiva. Já nos sistemas predominantemente inquisitivos, o juiz se transforma em um “*ricercatore attivo della verità assoluta*”. Sobre o modelo italiano do tipo misto, conclui: “Se il giudice non è propriamente investito della ‘ricerca ufficiale della verità’, ma è dotato di iniziative puramente suppletorie (spesso e volentieri nemmeno esercitate), quella ‘verità’ continua a non essere ‘assoluta’, ma - per lo meno, nel procedimento ordinario di cognizione - rimane del tutto ‘relativa’” (*Riforme processuali*, p. 186; v. tb. p. 57-71; v. tb. *Le prove civili*, p. 53 e ss.). Também afirma serem excepcionais e expressamente previstas pelo legislador as hipóteses em que é dado ao juiz produzir prova de ofício (cfr. *Istanze istruttorie e poteri*, p. 991, esp. nota 4; v. tb. *Garanzie costituzionali*, p. 120-126).

26

Cfr. Comoglio, *Istanze istruttorie e poteri*, p. 999.

27

Barbosa Moreira também critica a alteração legal, considerando-a “surpreendente e melancólico retrocesso” (cfr. *A Constituição e as provas*, p. 107) e *O processo civil contemporâneo*, p. 47.

28

José Carlos Barbosa Moreira, *O processo civil contemporâneo*, p. 48. Michele Taruffo menciona o art. 10 do Código de Processo Civil francês, que atribui ao juiz a possibilidade de ordenar de ofício providências instrutórias legalmente admissíveis. Trata-se, segundo ele, de poder discricionário, não de dever, que o juiz exerce segundo a necessidade e a oportunidade (*Poteri probatorio delle*

parti e del giudice in Europa, p. 459). Para Monteleone, o art. 10 não tem o alcance pretendido por Taruffo, pois o processo civil francês rege-se pelo princípio do ônus da prova a cargo das partes (Limiti alla prova, p. 871). Sobre a natureza do poder instrutório oficial, v. n. 3.7.

29

Cfr. José Rogério Cruz e Tucci, Direito processual civil belga, p. 62.

30

Cfr. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, Direito processual civil argentino, p. 28.

31

Cfr. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, Direito processual civil mexicano, p. 233.

32

Cfr. Barbosa Moreira, Breves reflexiones, p. 79, com ampla citação bibliográfica. Quanto ao direito argentino, Martin Ostos observa que: “No se limita la facultad judicial a ordenar la práctica de algunas pruebas de oficio exclusivamente antes de dictar sentencia, sino que se autorizan éstas durante el periodo probatorio, lo cual constituye a nuestro entender, un acierto. Si, además, se permitiera la intervención posterior y simultánea de las partes, sin restringir en absoluto la facultad del juez, ello contribuirá a la mejor administración de la Justicia” (Las diligencias, p. 92-93).

33

José Carlos Barbosa Moreira, O processo civil contemporâneo, p. 43.

34

São poderes que Taruffo define como “di indirizzo e di controllo” sull’acquisizione delle prove, di intensità sostanzialmente non minore rispetto ai poteri di cui dispone la maggior parte dei giudici continentali (Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa, p. 465-466). V. tb. José Rogério Cruz e Tucci, Direito processual civil inglês, p. 233-235.

35

José Carlos Barbosa Moreira, O processo civil contemporâneo, p. 44-46; O processo civil brasileiro entre dois mundos, p. 128; Correntes e contracorrentes, p. 56-60, 74 e 77. Neste último estudo, aponta o autor a existência de duplo movimento de mão e contramão com relação à iniciativa probatória: “O papel do juiz na atividade instrutória vê-se incrementado no mundo do *common law* e ameaçado de redução em ordenamento que historicamente vem ocupando posição central no âmbito do *civil law*. “Indica como exemplos dessa última tendência manifestações doutrinárias na Itália e as alterações introduzidas no sistema espanhol (p. 60). Sobre os poderes do juiz no sistema da *common law*, v. Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 54-61.

36

Cfr. Michele Taruffo, *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 464.

37

Cfr. Proto Pisani, *Appunti*, p. 26.

38

O art. 264.^o, n. 3 do CPC, revogado, estabelecia que: “O juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o aprimoramento da verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

39

Dispõe o art. 265.^o, n. 3: “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

40

Cfr. documental; artigos 266.^o, n. 4, e 535.^o, n. 1; confissão: artigo 552.^o, n. 1; pericial: 579.^o e 589.^o, n. 2; testemunhal: 645.^o, n. 1. Com relação à prova testemunhal, não há mais necessidade de referência expressa em outro depoimento, podendo ser determinada a realização em razão de qualquer elemento existente nos autos. Sobre essas modificações, pondera Carlos Manuel Ferreira da Silva: “É imediatamente detectável uma maior ênfase na iniciativa do juiz na descoberta da verdade, ênfase essa necessária uma vez que o poder já conferido em termos amplos na anterior redacção era, em geral, na prática letra morta, sendo raros os casos em que o juiz dele se socorria. Mas a nova redacção, para além de reforçada ênfase, consagrou uma mudança assinalável em termos jurídicos. Na verdade, a iniciativa do juiz em matéria probatória deixou de ser um poder para passar a ser um dever (Breve notícia, p. 2). O eminente processualista português observa ainda que o panorama do processo civil em Portugal foi profundamente modificado pela Reforma, passando a vigorar o *activismo judicial*, que pode ser identificado não apenas em matéria probatória, mas também em diversos outros aspectos da relação processual (cfr. Alguns aspectos da reforma, cap. IV).

41

Gláucia Mara Coelho, *Direito processual civil português*, p. 315.

42

Paolo Biavati, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell’Unione Europea*, p. 486-487.

Cfr. Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 83 e ss.

Sobre a iniciativa probatória do juiz nos países socialistas, Taruffo afirma que, em decorrência do princípio da verdade material e da livre iniciativa judicial, tem ele o poder e o dever de procurar, de ofício, todos os elementos necessários à demonstração da verdade dos fatos da causa, sem se limitar às provas deduzidas pelas partes. Observa, porém, que a partir de 1930 vem se acentuando a iniciativa probatória das partes, oficiando o juiz apenas com uma função corretiva (cfr. *Studi sulla rilevanza*, p. 147-148). Com as profundas alterações ocorridas no leste europeu, a partir da queda do Muro de Berlim, o poder probatório do juiz sofreu restrições (cfr. Luigi Paolo Comoglio, *Stato di diritto*, p. 272-273). Alerta o autor para os riscos dessa reforma, caso não se atente para as tendências verificadas na legislação ocidental. Não se pode desprezar tudo de bom que o modelo socialista construiu, mas coordená-lo com as conquistas ocidentais. Só assim: “Sarà possibile evitare l’equivoca ispirazione ad un modello di processo - interamente dominato dai poteri dispositivi di parti ed insuportabilmente lento” (p. 282).

Cfr. Carlos Augusto Parodi Remon, *El proyecto*, p. 60 e ss. O trabalho procura apontar a distinção entre relação material e processual, para efeito de iniciativa oficial.

Cfr. Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 94.

V. Barbosa Moreira, O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, p. 55/59, *Revista Forense* n. 370, Separata, p. 55/59 e *Temas*, 9.ª série, p. 43/49; v. tb. Miradas sobre o processo civil contemporâneo, p. 46; Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo, p. 56/61; A revolução processual inglesa, *Temas*, 9.ª série, p. 69/80). Não me consta que qualquer desses países tenha inclinações autoritárias. Também é indiscutível que a passividade do juiz na produção da prova leva a consequência inexorável: “escassa (ou nenhuma) preocupação com a coincidência entre os fatos *tais como apresentados pelas partes ao órgão judicial* e os fatos *tais como realmente se passaram*.” (Barbosa Moreira, A revolução processual inglesa, p. 70). Nesse mesmo estudo, ele rejeita terminantemente o argumento do “autoritarismo” identificado por respeitáveis processualistas na defesa do denominado “ativismo judicial”. Ao examinar a legislação inglesa em vigor a partir de 1999 (*Civil Procedure Rules*), por força da qual houve substancial abrandamento do *adversary system*, com a concessão de maiores poderes ao juiz na produção da prova, implicando verdadeira reviravolta cultural, afirma: “Ninguém de juízo não sustentará que a Inglaterra dos anos 90 se haja assinalado pela adesão a qualquer espécie de autoritarismo político” (p. 84).

Como não há neutralidade em nenhum ramo do direito, como anota Barbosa Moreira, negar o reflexo do regime político no processo seria ingênuo (cfr. Reformas processuais e poderes do juiz, *Temas*, p. 54).

49

José Carlos Barbosa Moreira apresenta exemplos irrefutáveis do equívoco contido na afirmação contrária, pois há países de regime indiscutivelmente democrático e liberal, como Suíça e França, cuja legislação processual não só admite, como vem reforçando os poderes do juiz no processo, inclusive os instrutórios. Aponta, ainda, o afastamento de determinadas regras inerentes ao *adversary system* adotado pelos países do *common law*, com o fim de conceder maiores poderes investigatórios aos juízes (cfr. Reformas processuais e poderes do juiz, *Temas*, p. 53 e ss.).

50

Cfr. Carlos Manuel Ferreira da Silva, *O Regime Processual Civil Experimental do Decreto-Lei n. 106/2006, de 8 de Junho*, p. 23 e ss.

51

Cfr., p. ex., Frederico Marques, *Manual*, vol. II, p. 248; Vicente Greco Filho, *Direito processual*, vol. I, p. 228.

52

Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária*, p. 259-260. Conclui que: “Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam” (p. 260). Verifica-se que o ilustre processualista, apesar de admitir a possibilidade de o juiz determinar prova de ofício, atribui a essa atividade um caráter injustificadamente secundário.

53

Alvarado Velloso, p. ex., afirma que o ordenamento jurídico argentino adotou o princípio dispositivo, em que pese o grande avanço em matéria de faculdades judiciais: “en otras palabras, intentando definir el ‘sistema legal’ diríamos que es *predominantemente dispositivo*” (*El juez*, p. 5). Assim também Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 156 e ss.

54

Cfr. a respeito, com ampla bibliografia, Cappelletti, *La testimonianza*, p. 303 e ss.; Carnacini, *Tutela giurisdizionale*, p. 695 e ss.; Mandrioli, *Corso di diritto processuale*, p. 83 e ss.; Barbosa Moreira, O problema da “divisão de trabalho”, *RePro* 41/7. Não há unanimidade quanto à

terminologia adequada. Martin Ostos, por exemplo, dá contornos diferentes aos princípios aqui descritos: “Por principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), que en verdad hace efectivo el de elección dispositiva, se entiende la función que la Ley asigna a las partes de reunir y traer al proceso el material de hecho, mientras que el dispositivo (*Dispositionsprinzip*) hace referencia a la extensión del poder que en el proceso tienen las partes, es decir, al pleno dominio tanto sobre su derecho substantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio. A pesar de esta distinción, cuando nos referimos en adelante a ellos lo hacemos englobándolos en uno solo: el dispositivo. Será el mejor modo de expresar lo que pretendemos” (*Las diligencias*, p. 155); v. tb. Grinover, *As garantias*, p. 74 e Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 91-100. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com precisão, descreve os dois momentos distintos. Primeiro, a declaração de vontade, que estabelece o elemento constitutivo causal ao qual o juiz está vinculado. Depois, o modo de ser do processo, que escapa à disponibilidade das partes. Importante compreendê-los, diz o autor, pois ambos se referem, respectivamente, aos planos material e processual. Enquanto a possibilidade de iniciar o processo constitui poder exclusivo das partes, independentemente da natureza da pretensão, sendo vedado ao juiz interferir no pedido ou na causa de pedir, a constituição do conjunto probatório está diretamente relacionada ao exercício da jurisdição: “O interesse público exige seja prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do juiz, assentada esta o mais possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria de seu ofício, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação, disciplinando passo a passo os poderes instrutórios do juiz” (Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, p. 197). Cfr. ainda João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 197-200, Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 71-73 e Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança judicial*, p. 59 e ss.

55

Celso A. Barbi, *Comentários*, p. 531; Montero Aroca, *Introducción*, p. 227; Ovídio Baptista, *Curso*, p. 47; Andrés de la Oliva Santos, El papel y los poderes del juez en el proceso civil, p. 41-42; Arruda Alvim, que desdobra o princípio dispositivo em três subprincípios: a) propositura da demanda; b) vinculação do juiz aos fatos alegados; c) vinculação do juiz às provas produzidas (*Direito processual civil*, p. 115); Devis Echandia, que, por entender o princípio de forma ampla, combate o processo dispositivo, no tocante à total possibilidade de disposição das provas pelas partes, defendendo-o quanto à necessidade da demanda e à limitação do objeto do processo, pois estes últimos referem-se ao direito material, que pode ser disponível (*Teoria geral*, p. 78-79). Já para Mario Pisani, o princípio dispositivo cuja denominação mais adequada é “principio di proposizione degli elementi materiali del giudizio” indica que as partes “possono se mai disporre, e non oltre una certa misura, della fissazione dei fatti, ma non della verità di essi, cioè del loro riconoscimento giuridico, nel che si traduce la efficacia probatoria” (*La tutela penale*, p. 29). Cfr. tb. Michele Taruffo, *Studi*, p. 147 e *La prueba de los hechos*, p. 43-44, esp. nota 65; Afrânio Silva Jardim, O princípio dispositivo, p. 166, e *Da publicização*, p. 105 e ss.; Leo Rosenberg, *Tratado*, p. 385 e ss.

56

Joan Picó i Junoy aponta o emprego equivocado do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. O verdadeiro significado, afirma o processualista espanhol, somente pode ser compreendido se houver inclusão da parte final, indevidamente omitida: (...), *non*

secundum conscientiam. Com fundamento em análise profunda das fontes históricas, aponta parte da doutrina tedesca da segunda metade do século XIX e início do século XX como responsável pelo engano, visto que a finalidade do brocardo é simplesmente evidenciar os limites cognitivos do juiz na formação de seu convencimento e refletidos na sentença (*iudex iudicare debet*), ou seja, os fatos alegados e provados no processo (*secundum allegata et probata*), com exclusão de qualquer conhecimento privado (*conscientiam*) que deles possa ter o julgador. Nele não estaria contemplada, portanto, qualquer alusão à maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz (*Iudex iudicare debet*, p. 1497 e ss.).

57

Devis Echandia refere-se ao princípio dispositivo apenas no tocante à prova: “Cuando hablamos aquí del principio dispositivo, o sea en materia de pruebas, estamos refiriéndonos al poder de disposición de los elementos probatorios y no de la relación jurídica en litigio” (*Teoría general de la prueba*, p. 202). V. Sergio Chiarloni, *Giusto processo*, p. 150.

58

Cappelletti sustenta a primeira posição, enquanto Carnacini a segunda. Para Cappelletti, portanto, a indisponibilidade da prova pela parte não retira o caráter dispositivo do processo. Este seria formalmente inquisitivo, mas materialmente dispositivo (cfr. *La testimonianza*, p. 331-333 e 357). Sobre os sentidos substancial e processual do princípio dispositivo, tal como exposto por Cappelletti, v. tb. Darci Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas*, p. 22-30. Para Fritz Baur, *Dispositionsmaxime* representa a disponibilidade sobre o objeto do litígio; *Verhandlungsmaxime*, a introdução no processo, exclusivamente pelas partes, dos fundamentos de fato da demanda (cfr. O papel ativo do juiz, p. 186-199). Assim, também, Bruno Cavallone, para quem, *Verhandlungsmaxime* representa regra “per cui tocca altresí alle parti introdurre nel processo il materiale di fatto utile per la decisione (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata*); já o *Dispositionsmaxime* se manifesta pelas regras “sostanzialmente universali e inderrogabili nell’ambito della giurisdizione civile contenziosa - per cui tocca alle parti promuovere il processo (*ne procedat iudex ex officio*) e delimitare l’oggetto (*ne eat iudex ultravel extra petita partium*)” (*I poteri di iniziativa istruttorie del giudice civile*, p. 1 e ss.; *Il giudice*, p. 99 e ss.). Comoglio identifica princípio dispositivo ou *Dispositionsmaxime* como aquele em que “prevalgono i poteri monopolistici delle parti nella trattazione e nell’istruzione della causa”. Nos sistemas em que o juiz tem poder não apenas de direção do processo, mas de identificação e de investigação dos fatos relevantes, para apuração da verdade material, vigora, em seu entender, o denominado princípio inquisitivo, *Officialmaxime* ou *Untersuchungsgrundsatz*, que compreende, inclusive, a possibilidade de o juiz agir de ofício e julgar *ultra petita* (cfr. *Riforme processuali*, p. 58-59). V. tb. Cândido Dinamarco, nota 31 à tradução brasileira do *Manual de direito processual civil*, de Enrico Tullio Liebman, p. 50; Araken de Assis, *Questão de princípio*, p. 32 e 33; Arruda Alvim, *Deveres das partes*, p. 7, notas 4 a 7; Joan Picó i Junoy, *El derecho procesal*, p. 253. Para exame das divergências doutrinárias a respeito do conteúdo e da terminologia empregada para a identificação dos fenômenos processuais aqui tratados, v. Maurício Lindenmeyer Barbieri, *Implicações do princípio dispositivo*, p. 100-106.

59

A conclusão, oportuníssima, é de Barbosa Moreira, cfr. O problema da “divisão do trabalho”, p. 11.

Embora sem extrair as consequências aqui apontadas, Bruno Cavallone considera que a *Dispositionsmaxime*, “più che una regola processuale semplice ed autonoma, si rivela in ultima análise come un agglomerato di regole processuali e sostanziali” (*I poteri de iniziativa*, p. 4). Mas continua a utilizar o termo “princípio dispositivo” em sentido processual. Também faz referência aos planos material e processual do princípio dispositivo, concluindo pela irrelevância da natureza da relação material para a iniciativa probatória do juiz, Helena Cunha Vieira, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 322. Uma das conclusões que apresenta é: “O princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos” (ob. cit., p. 330). No mesmo sentido, v. Maurício Lindenmeyer Barbieri, *Implicações do princípio dispositivo*, p. 113-114) e Sidney da Silva Braga, *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, p. 111.

60

“È vero bensì che il principio dispositivo in quanto sia inteso (come si preciserà) nel senso cui la dottrina sceveratrice tedesca parla di *Dispositionsprinzip*, deriva - se non proprio, come io ritengo, quale conseguenza logica e giuridica necessaria, almeno col nesso imposto dalla coerenza pratica e teorica - dal carattere ‘disponibile’ del rapporto civilistico dedotto in giudizio” (Cappelletti, *La testimonianza*, p. 316). No mesmo sentido, Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, p. 85; Montero Aroca, para quem o poder conferido à parte de iniciar o processo e determinar o objeto deste constitui reflexo da natureza do direito substancial (*Introducción*, p. 227); Calamandrei, *Istituzioni*, p. 223; Joan Picó i Junoy, *El derecho procesal*, p. 266. No sentido do texto, cfr. Rossana Teresa Curioni Mergulhão, *A produção da prova*, p. 129-131.

61

O texto da nova Constituição Federal ampliou bastante o campo de atuação do Ministério Público, o que representa, indiscutivelmente, uma “publicização” das relações materiais. Caberá ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). No art. 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, vê-se que será sua incumbência a defesa, perante os poderes públicos, de todos os direitos assegurados na Constituição. Compete-lhe ainda a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos interesses das populações indígenas. São relações que, ao ver do legislador constitucional, envolvem interesses públicos e/ou indisponíveis.

62

Cfr. CPC, art. 989; v. tb. Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho”*, cit. Correta, portanto, a conclusão de Cappelletti no sentido de que a influência do caráter privado da relação substancial deduzida em juízo é que constitui a verdadeira abrangência do princípio dispositivo. Apenas equivoca-se o grande processualista ao incluir nesse campo o monopólio da parte sobre o poder de iniciativa da demanda.

63

Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 18-19. Também conclui pela não incidência de diretriz semelhante à *Verhandlungsmaxime* no sistema processual brasileiro, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos,

64

Mandrioli, ob. cit., p. 85. Calamandrei sustenta que a ampliação dos poderes do juiz no campo probatório não é incompatível com o objeto do processo (cfr. Istituzioni, p. 223).

65

Ressalte-se, aliás, que a separação entre direito público e privado pode ser colocada em dúvida: “Até mesmo a clássica distinção entre direito público e privado esbate-se e quase se desvanece na própria realidade do Estado Social de direito, onde todo o *ius* se publiciza, reduzido a duas categorias: o ‘ser’ e o ‘haver’, os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais. Estes encontram seus limites e sua disciplina nos primeiros, de modo que todos os ramos do direito - até mesmo o direito civil - têm como núcleo, fundamento e ponto de irradiação as liberdades públicas das Cartas de Direitos” (Ada P. Grinover, *O processo em sua unidade*, p. 3-4).

66

Nesse sentido, Mauro Cappelletti, *Problemas*, p. 1, n. 2. Adota expressamente essa posição Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova*, p. 146-150. Sobre a inexistência de relação entre princípio dispositivo em sentido próprio ou substancial e não atribuição de poderes instrutórios ao juiz, mesmo porque há vários ordenamentos - como o brasileiro - em que convivem o mencionado princípio e a iniciativa probatória oficial, v. Michele Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, p. 451.

67

Ivan Righi sintetizou com grande precisão o pensamento da moderna doutrina processual: “... apesar da letra da lei, ainda há quem se curve ao peso da tradição do princípio dispositivo e por isso procure atenuar o poder probatório do Juiz, taxando-o de atividade meramente supletiva da iniciativa probatória das partes, estas sim encarregadas do ônus da prova. Mas eu não creio que este seja o modo correto de se dar interpretação ao art. 130 do Cód. de Proc. Civil. Entende que o certo é dizer-se que o Juiz dispõe de ampla, *amplíssima iniciativa probatória, exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes*. Suponha-se que autor e réu pretendam o julgamento antecipado da lide, nem por isso o magistrado irá efetuarlo se a decisão conscienciosa do litígio exigir produção de provas. O compromisso maior do Juiz moderno é com a realização da justiça, essa é a sua tarefa, para isso ele está investido, inclusive, de poderes de iniciativa probatória” (Os poderes do juiz, p. 44-45).

68

Cfr. Hernando Morales Molina, *La prueba*, p. 20. Há receio de que a outorga de amplo poder instrutório ao juiz acabe sendo distorcida, para tornar possível a introdução *ex officio* de matéria fática não deduzida pela parte, “con l’evidente rischio di fare breccia sul consolidato principio per cui l’onere delle allegazioni spetta solo ad esse” (Gian Franco Ricci, *Il processo civil fra ideologie e quotidianità*, p. 100). Esse temor não se justifica, todavia. Não constitui novidade a má aplicação de

regras e princípios processuais e esse risco não se verifica apenas em relação ao instituto ora estudado. Para afastá-lo, compete ao legislador estabelecer de forma clara os limites da atuação do juiz, devendo doutrina e jurisprudência aplicar adequadamente as respectivas regras.

69

Embora derogada a própria regra da inércia, prevista no art. 2.º do Código de Processo Civil, permanece íntegro o princípio do contraditório, cuja observância é imprescindível à legitimidade da tutela. Assim, a condenação ao pagamento de alimentos, embora não pleiteada na inicial, pode ser concedida desde que precedida de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5.º, LV). Sobre a natureza infraconstitucional do princípio da inércia e a possibilidade de atenuação do princípio da correlação, desde que respeitado o contraditório, v. Bedaque, *Tutela cautelar*, p. 97-100.

70

Ada Pellegrini Grinover demonstra a diferença entre o sistema inquisitivo quanto à produção da prova e o sistema inquisitório no processo penal, este em contraposição ao modelo acusatório que predomina na América Latina e vigora no Brasil, não obstante os amplos poderes probatórios conferidos ao juiz penal. Conclui a ilustre professora que: “Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no n. 2 deste estudo, do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o *adversarial* e o *inquisitorial system*, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão *Verhandlungsmaxime*) e processo de desenvolvimento oficial (cfr. A iniciativa instrutória, p. 4). Sobre as origens e a predominância dos denominados princípios dispositivo e inquisitivo em determinados períodos da história, cfr. Maurício Lindenmeyer Barbieri, *Implicações do princípio dispositivo*, p. 96-100). Embora favorável à iniciativa probatória oficial, Maria Elizabeth de Castro Lopes sustenta a subsistência do princípio dispositivo no sistema processual brasileiro, devendo a conduta no juiz, nesse aspecto, ser regida pelo princípio da colaboração (*O juiz e o princípio dispositivo*, p. 117). Nesse sentido, assiste razão a Taruffo, ao se referir a modelo misto, para identificar os ordenamentos processuais - hoje maioria em seu entender - nos quais é previsto, com maior ou menor extensão, poder instrutório ao juiz (cfr. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, p. 452).

71

Cfr. Comoglio, *Le prove civile*, p. 53. Embora considere predominantemente dispositivo o sistema italiano, o autor identifica sintomas de progressiva adoção de soluções inquisitórias das legislações modernas, visando a reforçar a postura ativa do juiz (v. ob. cit., p. 55-61).

72

Ada P. Grinover ressalta com extrema propriedade que os princípios inerentes ao processo liberal não garantem um processo “justo”, que só se verifica se, além da igualdade jurídica, houver também igualdade técnica e econômica. E completa: “Vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não

pudessem ser reivindicadas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas” (*As garantias constitucionais*, p. 14-15). Como bem apontou Calamandrei, “la affermazione puramente giuridica della uguaglianza giuridica delle parti può rimanere lettera morta, se poi avviene che in concreto la disparità di cultura e di mezzi economici metta una delle parti in condizioni di non potersi servire di questa uguaglianza giuridica, perchè il costo e le difficoltà tecniche del processo, che la parte abbiente e colta può facilmente superare coi propri mezzi e col farsi assistere senza risparmio da competenti difensori, possono costituire invence per la parte povera un ostacolo spesso insormontabile sulla via della giustizia” (Istituzioni, p. 231).

73

Cfr. Michele Taruffo, *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 456.

74

Cfr. Cappelletti, *La oralidad*, p. 131. A esse respeito, Teresa Arruda Alvim Wambier pondera que: “O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que asseverava ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, *lato sensu*, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem” (Reflexões, p. 142).

75

Cfr. Afrânio Silva Jardim, *O princípio dispositivo*, p. 167. Afirma ainda o autor ser falsa a premissa de que é suficiente a outorga à parte de oportunidade para alegar e provar os fatos, para que se tenha um sistema processual perfeito: “muitas vezes, a parte deixa de exercitar uma faculdade processual ou desincumbir-se de um ônus mais em razão de sua debilidade econômica ou cultural do que em razão de aceitação de uma situação que lhe é adversa, ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras” (*Da publicização*, p. 107-108).

76

Mais uma vez, o problema não passou despercebido à sensibilidade de Barbosa Moreira: “(...) o mais valioso instrumento ‘corretivo’, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se ‘substitui’ às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a

dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto” (A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, *RePro* 37/146). No mesmo sentido, Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança judicial*, p. 67.

77

Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 32. Ada Pellegrini Grinover, após criticar o *adversarial system*, afirma que “a omissão da parte na instrução do feito é frequentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz desponta, nesse panorama, como instrumento para atingir a igualdade entre as partes” (A iniciativa instrutória..., p. 5).

78

A “ativização” da função jurisdicional atende a uma advertência de Dinamarco: “com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição” (*A instrumentalidade*, p. 55). Na mesma linha, Maurício Lindenmeyer Barbieri conclui: “A transição do estado cultivador do liberalismo individualista para o estado social de direito tem como ponto forte o substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. As mudanças sociais projetadas no plano processual traduzem-se no fenômeno da publicização” (Implicações ao princípio dispositivo, p. 99-100). Cfr. tb. José Carlos Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, p. 98 e Gian Franco Ricci, *Il processo civile fra ideologie e quotidianità*, p. 77 e ss.

79

Dinamarco afirma que a participação do juiz na atividade instrutória é consequência de uma postura instrumentalista que todo julgador deve ter (*A instrumentalidade*, p. 37). Não se pode aceitar, porém, a limitação dessa postura ao âmbito dos direitos indisponíveis, visto que o interesse do Estado na correta atuação da lei deve ser idêntico, qualquer que seja a natureza dos interesses em conflito. A indisponibilidade do direito deve manifestar-se nos atos relativos a essa relação jurídica; quanto à relação processual, o interesse é sempre indisponível, pois não pertence às partes ou ao juiz. Nela incorpora-se o objetivo do Estado de alcançar a paz social, mediante a correta atuação da lei.

80

Para Cappelletti, muito embora a participação do juiz na instrução possa representar um perigo para a imparcialidade, é um risco que “va bilanciato con un altro valore, quello di una reale e non meramente formale uguaglianza delle parti” (*Giudici legislatori?*, p. 6). Penso que o comportamento ativo do juiz na produção da prova confere conteúdo real à igualdade jurídica, pois as regras, como bem observa Nelson Juliano Schaefer Martins, não são suficientes para eliminar a desigualdade econômica. Por isso, “não basta a igualdade formal e negativa. Embora a lei não estabeleça diferença entre os indivíduos, faz-se necessário o respeito à igualdade substancial na conceituação positiva de isonomia, de maneira que sejam ofertadas a todos pelo Estado iguais

oportunidades.” *Poderes do juiz no processo civil*, p. 159).

81

Trata-se da Lei 9.099, de 26.09.1995. A observação é de Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 274 e ss.

82

Cfr. Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 22, nota 2.

83

“A verdade é que juiz forte é juiz livre, o que se torna incompatível, em tese, com o sistema ditatorial. Por imposição, porém, do próprio sistema, enquanto de um lado, se amarra o juiz à orientação política dominante, de outro se lhe outorga grande poder inquisitorial nessa linha de conduta. Juiz escravo e forte, o ideal do regime” (Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 53). No equívoco parece incorrer Humberto Theodoro Jr., para quem, nos regimes autoritários, atribuem-se maiores poderes ao órgão estatal encarregado da solução do processo; já nos regimes liberais prevalece o princípio dispositivo, “por ser o que assegura mais liberdade e autonomia aos cidadãos no manejo de seus direitos e interesses disponíveis”. Apesar disso, reconhece o professor mineiro que, após iniciado o processo, surge um interesse paralelo ao das partes, mas diverso, que consiste na resolução da lide em conformidade com o direito material: “Colocado o conflito em suas mãos, não pode o Estado concordar com solução que afronte o ordenamento jurídico” (Princípios gerais, p. 181). Ora, se assim é, não pode o juiz manter-se passivo frente à prova. Como bem lembram Cintra, Ada e Dinamarco, a tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz é universal e não depende de regimes políticos, já que adotada em vários ordenamentos jurídicos liberais (Áustria, Suíça, França, Inglaterra): “é consequência da colocação publicista correspondente àquilo que se convencionou denominar *socialização do direito*” (*Teoria geral*, p. 66). José Carlos Barbosa Moreira demonstra a inexistência de nexos entre o aumento do poder instrutório do juiz e os regimes autoritários (O neoprivatismo no processo civil, p. 90-93). V. tb., neste capítulo, nota 7. E, como lembra Taruffo, o processo civil italiano da metade do século XIX era essencialmente liberal, com a característica do juiz passivo, não dotado de poder instrutório autônomo. Não obstante, continua, o regime político nada tinha de democrático, pois o direito de voto pertencia somente a um reduzido número de pessoas. Aponta ainda regimes autoritários, nos quais o processo ficava sob o monopólio das partes. Por fim, identifica sistemas democráticos, como Suíça e Alemanha, em que o juiz dispõe de poder probatório. Conclui que: “Il fatto è che poteri istruttori del giudice sono stati introdotti in alcuni regimi autoritari, e in molti regimi democratici, quando questi ultimi hanno abbandonato l’ideologia liberale classica per seguire ideologie più evolute nelle quali si configura un ruolo attivo dello stato nel governo della società” (cfr. Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa, p. 456-457).

84

Como bem conclui Devis Echandia, seria o mesmo que sustentar que a democracia consiste na absoluta autonomia das vontades individuais, “para que el débil y menesteroso goce de su ficticia libertad al convenir las condiciones de su contrato de trabajo o en abandonar al pueblo ante los

monopolios y explotaciones organizadas de los artículos de primera necesidad para que se produzca el libre juego de la oferta y la demanda. Hace por lo menos medio siglo que los Estados abandonaran, en buena hora, esa concepción romántica pero engañosa de las libertades y la democracia. No comprendemos por qué no deba suceder lo mismo en el campo del proceso” (*Teoría general de la prueba*, p. 83).

85

Em sentido contrário, Dinamarco, para quem o “grau de aplicação de cada um à defesa de suas pretensões dá a medida da profundidade do conflito e da importância que ele representa em sua vida, para o seu interesse e para a sua felicidade” (*A instrumentalidade*, p. 206). E, se em virtude desse comportamento, o resultado do processo se afastar dos desígnios do direito substancial, mal nenhum haverá se o escopo de pacificação for alcançado (p. 205). Essa conclusão pressupõe, todavia, uma situação de igualdade real entre as partes, que nem sempre ocorre (v. neste capítulo, notas 122 e 140).

86

Por isso Barbosa Moreira, atento à finalidade social do processo, conclui pela necessidade de adoção de determinadas diretrizes que, a seu ver, se harmonizam com a preocupação de humanização da justiça e atendem a um dos princípios fundamentais do processo, que é o da igualdade substancial e não apenas formal: acentuação do caráter publicístico do processo, maior adequação de suas regras e institutos aos fins visados, ampliação do papel do juiz e reforço de seus poderes (*As bases do direito processual civil*, *Temas*, Saraiva, 1977, p. 11 e ss).

87

Cfr. Arruda Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, p. 215-216. Em obra mais recente, o renomado jurista e professor sustenta posição um pouco diversa, com a qual concordo entusiasticamente. Afirma que a postura mais ativa do juiz revela a necessidade de contornar possível menor habilidade do advogado, esta a meta final que é afirmação do verdadeiro direito. Essa tendência, relacionada com a consideração do processo como instrumento ético, pode ser verificada na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Conclui que: “Esta pode ser identificada como uma mudança do papel das partes, e principalmente do maior papel do juiz, com vistas a uma mais efetiva e penetrante identificação dos fatos, com iniciativa larga na busca da verdade, de tal forma que a atividade das partes, por seus advogados, se falha, nem por isto haverá de necessariamente prejudicar a existência do Direito, emergente dos fatos existentes no processo” (*Tratado*, p. 116).

88

Já decidiu o Eg. STJ que: “Contraria o art. 130 do CPC, o acórdão que desconsidera, protelatório ao princípio da igualdade das partes, depoimento de testemunho determinado pelo juiz da causa” (REsp. 25617-7-SP, 3.ª T., rel. Min. Dias Trindade, DJU 09.11.1992, p. 20.372).

89

Contraditório efetivo e equilibrado, no dizer de Dinamarco, reportando-se ao Des. Antonio Celso de Camargo Ferraz (cfr. *Fundamentos*, p. 95). Em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acentou-se ser a desproporção econômica ou sociocultural um dos fatores que justificam a iniciativa probatória do juiz (REsp. 33200/SP, j. 13.03.1995).

90

Cfr. Cappelletti, *La oralidad*, p. 125, e *La testimonianza*, p. 358 e ss.; Barbosa Moreira, Tendências contemporâneas do direito processual civil, *RePro* 31/203-205; v. tb. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, *RePro* 37/146. Para o processualista carioca, a atuação dos advogados é fundamental para o resultado do processo. Nessa medida, a diferença qualitativa entre os representantes das partes no processo influirá decisivamente no julgamento, o que acaba por beneficiar aquele em condições financeiras de contratar o melhor advogado. Por isso, conclui: “Sistema que confie plenamente no confronto de lutadores, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na ideia de que ‘as partes’ sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses - reduzido o papel do juiz de mero ‘árbitro’ competente apenas para assegurar a observância de certas ‘regras do jogo’ -, é sistema que anui de bom grado em sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera” (O neoprivatismo no processo civil, p. 100).

91

Barbosa Moreira, La igualdad de las partes, *RePro* 44/176.

92

Embora se reconheça que a realização completa do ideal de igualdade seja uma utopia (cfr. Barbosa Moreira, La igualdad de las partes, p. 183).

93

Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 129.

94

Cfr. Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 37.

95

Cfr. Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 95-96.

96

Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 135-136.

97

Esta conclusão é adotada expressamente por Helena Cunha Vieira, *Poderes instrutórios*, p. 326. Também Sérgio Luís Wetzel de Mattos conclui que o exercício do poder instrutório pelo juiz confere efetividade ao contraditório, pois acaba mitigando eventuais desigualdades entre as partes no processo (cfr. *Da iniciativa probatória do juiz*, p. 67 e ss.). Contra, Leonardo Greco, para quem a iniciativa probatória do juiz em processos versando sobre direitos disponíveis somente se justifica se verificada uma das seguintes hipóteses: dificuldade de acesso à prova, falta de zelo do advogado e incapacidade da parte de perceber a relevância que o juiz daria à prova (*Instituições de processo civil*, p. 549-550).

98

Conforme apresentação de Sentís Melendo à tradução argentina do trabalho de Vittorio Denti, *Estudios de derecho probatorio*, Ejea, 1874, p. 9. Reporta-se ele à clássica indagação de Calamandrei: “concordariam os ingleses em trocar sua boa justiça pelo alto desenvolvimento científico dos italianos?”. A observação de Dinamarco reflete com extrema precisão aquilo que aqui se tentou dizer: “É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas ‘à ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” (*A instrumentalidade*, p. 297, nota 1).

99

Taruffo observa com acerto que nenhuma decisão é boa somente porque coloca fim ao conflito. Essa qualidade depende de a solução estar fundada em critérios legais e racionais, entre os quais assume particular importância a verdade dos fatos levados em conta na determinação do resultado (*Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 475).

100

Após defender essa ideia, Barbosa Moreira identifica fenômeno tão real quanto lamentável: “A questão está em que quase todos concordam em tese com essas afirmações, mas se rebelam quando, numa hipótese determinada, se pretende extrair delas consequências concretas.” (*Por um processo socialmente efetivo* cit., p. 26).

101

“Na falta de qualquer corretivo, a flagrante disparidade de armas desqualifica a luta judicial como embate sujeito a uma regra básica: a de que, ao menos em princípio, não se deve conceder vantagem inicial a nenhum dos contendores.” (Barbosa Moreira, *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, p. 107).

102

Daí a irrefutável afirmação de Barbosa Moreira: “Al actuar con miras al descubrimiento de la verdad (en la medida, por cierto muy limitada, en que ella es accesible a los seres humanos), el juez no substituye a las partes, sino que lleva a cabo una tarea inherente a su propia función.

Fallar, en efecto, significa en último análisis aplicar una norma jurídica a un hecho; por conseguinte, al juez no le es menos imprescindible la aprehensión del hecho que el conocimiento de la norma.” (Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal, *in* Temas, p. 218).

103

Barbosa Moreira, *O neoprivatismo*, p. 91/93

104

Na doutrina brasileira, uma das principais vozes em defesa dessa postura é Barbosa Moreira, cuja autoridade seria suficiente para por fim à discussão. Mas, por amor à discussão acadêmica, vale a pena conferir seus argumentos tantas vezes reproduzidos nos inúmeros estudos dedicados ao tema e aqui invocados. Entre eles, destaca-se agora a necessidade de o juiz exercer efetivamente os poderes instrutórios a ele conferidos, visando a equilibrar as partes: “É uma recomendação que vale, em linha de princípio, para todo e qualquer pleito, mas que se torna especialmente oportuna quando se cuida do interesse de litigante falto de meios.” (Por um processo socialmente efetivo, Temas, p. 24). Em outro estudo, pronunciou-se no mesmo sentido: “facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça.” (Reformas processuais e poderes do juiz, *ob. cit.*, p. 66).

105

Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. II, p. 248.

106

Arruda Alvim, *Curso de direito Processual civil*, p. 230. V. tb. Monteleone, Limiti alla prova, p. 870.

107

Afrânio Silva Jardim, *Da publicização*, p. 54; O princípio dispositivo, p. 169 e ss.; v. tb. Carlos Manuel Ferreira da Silva, Poderes do juiz, p. 209.

108

Justino Magno de Araújo, Os poderes do juiz no processo civil moderno, *RePro*, p. 32-97.

109

Nesse sentido, Cândido Dinamarco, que, em várias passagens de sua obra clássica, *A instrumentalidade do processo*, condena a figura do juiz espectador, alertando, porém, para o perigo da quebra da imparcialidade (cfr. p. 164 e ss. e p. 54). Liebman, ao contrário, defende o total afastamento do juiz da atividade instrutória: “l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che

deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio dei poteri d'iniziativa istruttoria del giudice (sebbene possano talvolta da altri punti di vista, apparire utili e convenienti)..." (Fondamento, p. 17). Araújo Cintra, embora reconhecendo o poder de iniciativa probatória conferido ao juiz brasileiro pelo art. 130, alerta para o risco de que seu exercício comprometa a imparcialidade, embora a observância do contraditório e a necessidade de motivação das decisões o reduzam de forma significativa (cfr. *Comentários*, p. 4). Cfr. tb. Maurício Lindenmeyer Barbieri, *Implicações do princípio dispositivo*, p. 110. Segundo Comoglio, o poder de iniciativa probatória do juiz deve harmonizar-se com os deveres de imparcialidade e equidistância, sendo necessário fixar os limites objetivos dessa atividade destinada à busca da verdade histórica dos fatos controvertidos e cuja consequência é evitar a aplicação automática "della regola finale di giudizio *actore non probante reus absolvitur* (ultima *ratio* in base all'art. 2697 c.c.)" (Istanze istruttori e poteri, p. 999). V. tb. Gian Franco Ricci, para quem o processo não pode ser entendido como mero jogo entre as partes, cuja vitória seja obtida pela mais hábil. Deve ser considerado como instrumento de justiça para quem tem razão, o que pressupõe, na medida do possível, a busca da verdade. Destaca, todavia, tendência inversa na nova legislação italiana, que privilegia a celeridade em detrimento da verdade (Il processo civile fra ideologie e quotidianità, p. 102). A solução para o conflito entre esses dois valores, em meu entender, está na busca do equilíbrio. É preciso conciliá-los, para evitar que a preponderância de um acabe por anular o outro. Daí a importância da determinação dos limites ao poder de iniciativa probatória do juiz, em função, inclusive, da celeridade do processo. V., neste capítulo, n. 3.8.

110

Liebman, coerentemente, rejeita a distinção entre disponibilidade e indisponibilidade da relação jurídica de direito material, para fins de atribuição de poderes instrutórios ao juiz. Sustenta que, em qualquer caso, tais poderes devem ser exercidos por outro órgão público. Se assim não for, haverá uma aproximação entre a função jurisdicional e a administrativa, assumindo o processo "una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento" (Fondamento, p. 16). Substancialmente esta é também a conclusão de Afrânio Silva Jardim (cfr. tb. O princípio dispositivo, *RePro* 44/166 e ss.). Para o exame de argumentos contrários aos desenvolvidos por Liebman, v. Taruffo, para quem os mecanismos para evitar eventual vinculação do juiz ao resultado da prova por ele determinada são a atuação do contraditório efetivo e a motivação analítica e completa da decisão, racionalmente estruturada sobre fundamentos fáticos passíveis de controle (cfr. *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 482).

111

Contra, Vicente Greco, *A culpa e sua prova*, p. 32, nota 17. No sentido do texto, Helena Cunha Vieira, *Poderes instrutórios*, p. 326 e Rossana Teresa Curioni Mergulhão, *A produção da prova no direito processual*, p. 116-120. Humberto Theodoro Jr. considera conservadora a posição restritiva quanto à iniciativa probatória, que não distingue entre meio de prova e prova propriamente dita: "Vê na decisão de ordenar a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a uma parte predeterminada" (Prova - Princípio da verdade real, p. 11).

112

E como bem observa Barbosa Moreira: “A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada ao juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra ou dever de imparcialidade” (O juiz e a prova, *RePro* 35/180). No mesmo sentido, Hernando Morales Molina, *La prueba...*, p. 19. Em estudo mais recente, José Carlos Barbosa Moreira volta ao tema e adota inteiramente o argumento aqui desenvolvido, quanto à impossibilidade de prévio conhecimento do resultado da prova e ao risco da parcialidade pela omissão do juiz. Primeiro, como ele não é adivinho, não pode saber de antemão a quem o resultado da prova beneficiará. E completa: “A supor-se que o juiz se torna parcial por ordenar *ex officio* a realização de prova, assim beneficiando a parte a quem ela resulte favorável, ter-se-á logicamente de entender que *também a omissão em determinar a prova* compromete a imparcialidade do juiz. É evidente, com efeito, que a falta da prova beneficiará a parte a quem ela resultaria desfavorável, caso se realizasse. Estará o juiz, então, condenado em qualquer hipótese à pecha de parcialidade? O absurdo da consequência põe a nu a falsidade da premissa” (O neoprivatismo no processo civil, p. 96).

113

Como bem anota Eduardo Talamini: “Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar quem tem razão, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional. A imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades aos litigantes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos - e cessa aí. As vantagens que advêm no processo a alguma das partes, precisamente porque e na medida em que esta tem razão, não são mais do que consequência da correta atuação imparcial” (Prova emprestada, p. 107).

114

Barbosa Moreira, O juiz e a prova, p. 181. A expressa adesão de Ada Pellegrini Grinover constitui reforço substancial à tese ora defendida (cfr. A iniciativa instrutória, p. 6). V. tb. Sergio Chiarloni, *Giusto processo*, p. 151.

115

Barbosa Moreira, O juiz e a prova, p. 181. Cfr. tb. “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba”, *Temas*, 3.^a série, p. 80; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, *RBDP* 48/114. V. tb. Helena Cunha Vieira, *Poderes instrutórios*, p. 330.

Defensor que é da concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz, Cappelletti rejeita a alegação de que tal atitude comprometa a imparcialidade, pois a realização de determinada prova, de ofício, não significa afirmar aprioristicamente a verdade do fato probando. Parcial seria o magistrado que tivesse poderes de fixar os limites da demanda: “in questo caso il giudice unisce, in sè stesso, la funzione dell’aggire e quella del giudicare, decide cioè sull’esistenza di rapporti e stati giuridici da lui stesso postulati: onde la sua attività finirà per essere piuttosto amministrativa che propriamente giurisdizionale” (*La testimonianza della parte amministrativa nel sistema dell’oralità*, vol. 1, p. 375. V. tb. p. 359). Arruda Alvim repele a conclusão de Cappelletti, por entendê-la inaceitável. Para ele, não se justifica a distinção entre imparcialidade no ato da demanda e na instrução da causa.

Embora ação e processo sejam perfeitamente distintos, seu fundamento é indissolúvel, não se podendo afirmar que em relação a um dos institutos o juiz tenha poderes *ex officio* (processo) e no outro não (ação). Além disso, se é “essencial à justa atividade judicante a imparcialidade do juiz, a lei deverá procurar ao máximo impedir que tal imparcialidade, seja por que ângulo for, possa ser direta ou indiretamente vulnerada” (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 231). Sugere que, quando se tratar de direitos indisponíveis, tal tarefa seja conferida ao Ministério Público.

116

Cfr. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 6. Segundo Comoglio, não se justifica o temor de que a iniciativa probatória do juiz comprometa aquilo que se denomina imparcialidade psicológica abstrata, ante a suposta incompatibilidade entre “domandare” e “giudicare”. Para o ilustre processualista italiano, inexistente, em concreto, “alcun ‘disagio psicologico’ intollerabile - come ben sa il giudice del lavoro, uniformandosi all’art. 421 c.p.c. - nell’esercizio dei poteri istruttori attribuiti dalla legge, se si conosce in qual misura la ricerca della ‘verità materiale’ sia conciliabile con il principio dispositivo e sino a quale punto l’iniziativa d’ufficio del giudice si armonizzi con la sua ‘imparzialità’” (*Riforme processuali e poteri*, p. 4-5). Em outra oportunidade, pondera que o ativismo judicial com a imparcialidade do juiz e com o direito da parte a um processo *equo*, “a meno che il giudice ‘interventista’, esercitando i suoi poteri d’ufficio, non rispetti il preventivo contraddittorio delle parti o comunque si renda colpevole di ‘parzialità’, compromettendo la parità di chances dei litiganti e favorendo l’uno in danno dell’altro” (*Riforme processuali e poteri*, p. 60). No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 197.

117

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a concomitante presença do juiz e das partes na produção da prova é essencial à sua validade (cfr. O conteúdo..., p. 21-25). Ainda que de natureza supletiva, restrita aos casos previstos em lei, a iniciativa probatória do juiz no direito italiano pressupõe a concessão de oportunidade para que as partes desenvolvam nova atividade instrutória: “In ogni caso, tutte le volte in cui il giudice disponga d’ufficio di taluni mezzi di prova, rientranti nella sfera discrezionale delle sue iniziative suppletorie, le parti hanno il diritto inviolabile di ottenere dal giudice medesimo l’assegnazione di un *termine perentorio* per poter dedurre i *mezzi di prova* resi necessari in relazione a quelli disposti d’ufficio (art. 184, 3.º comma). Sono, peraltro, i principi costituzionali di azione e difesa ad esigere che al *potere* delle parti di dedurre quei mezzi di prova corrisponda, necessariamente, il *dovere inderogabile* del giudice di assegnare loro quel termine” (Comoglio, *Istanze istruttorie e poteri*, p. 995). V. ainda José Carlos Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, p. 97.

118

Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 164-165. A jurisprudência, aliás, já vem reconhecendo que não se torna parcial o juiz que determina prova de ofício: “Quanto às provas que de ofício o Dr. Juiz determinou, não há razão para a suspeita de parcialidade. A lei dá essa faculdade ao julgador (art. 130 do CPC) *no interesse da apuração da verdade real, objetivo do processo* (grifei), e o empenho da procura dessa verdade não caracteriza desigualdade de tratamento entre as partes” (ES 5.580-0, TJSP, Câmb. Esp., rel. Des. Nogueira Garcez, RT 617/45, j. 12.02.1987).

119

A Eg. Câmara Especial do TJSP repeliu arguição de suspeição do magistrado que determinara prova de ofício, afirmando que tal poder insere-se no âmbito das atribuições do juiz (cfr. ES 14.778-0, Mogi das Cruzes, rel. Des. Yussef Cahali, j. 04.06.1992).

120

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Autoridad y libertad en el proceso civil*, p. 240.

121

A conclusão é de Pescatore, *apud* Carlos Lessona, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, trad. espanhola, p. 58.

122

Barbosa Moreira, Sobre a “participação” do juiz, p. 407.

123

Essa observação também foi feita por Montero Aroca, em trabalho antigo, que talvez não mais represente sua posição atual. Citando Beceña, concluiu ele, a meu ver acertadamente: “¿Cómo explicar este hecho de que una magistratura abandone su intervención en la parte más vital del juicio (la prueba), dejando de ejercitar los poquísimos derechos que le concede un sistema procesal basado precisamente en el criterio contrario de negar al juez y conceder a las partes la inmensa mayoría de los poderes necesarios para el desenvolvimiento del proceso?” (*Introducción al derecho procesal*, p. 233). Tb. Alcalá-Zamora critica severamente o juiz que, por comodidade, deixa de exercer os poderes que a lei lhe confere (cfr. *Autoridad y libertad*, p. 24 e ss.).

124

Cfr. Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 81-82. Criticando esse “distanciamento” do juiz, que se aproxima da indiferença pelo resultado do processo, Barbosa Moreira afasta a tese de que tal atitude é necessária à preservação da imparcialidade: “Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesse ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser ‘neutro’, porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize ou não se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito” (Sobre a “participação” do juiz, p. 412-413).

125

Oportuna a observação de Cândido Dinamarco: “O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (*A instrumentalidade*, p. 196). Eventuais desvios decorrentes dessa conduta ativa, como bem pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, são perfeitamente passíveis de correção pelo contraditório, dever de motivação e duplo grau de jurisdição (cfr. *Do formalismo no processo civil*, p. 181).

126

Dispõe o art. 184, § 3.º, do Código italiano que, nos casos em que “vengano disposti d’ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi”. O emprego da expressão *discrezionalità* não significa adesão à ideia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a produção de prova. Pretendeu-se apenas ressaltar a importância do contraditório no exercício de qualquer poder, inclusive aquele de natureza discricionária (cfr., a respeito, n. 3.7, p. 147-153).

127

Seria autoritária a postura do juiz “che acquisisse le prove d’ufficio, di propria iniziativa e espropriando le parti dei diritti e delle garanzie che spettano loro nell’ambito del processo. Di siffatta funzione, però, non è traccia alcuna negli ordinamenti moderni” (Michele Taruffo, *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa*, p. 469).

128

Botelho de Mesquita, *Da ação*, p. 64. V. tb. Trícia Navarro Xavier, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 82-87.

129

Como bem observa Darci Guimarães Ribeiro, na verdade, “a ausência de neutralidade é requisito essencial à imparcialidade” (*Provas atípicas*, p. 22). V. tb. José Carlos Baptista Puoli, *Os poderes do juiz*, p. 43-46; Sidney da Silva Braga, *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, p. 117-121 e Rossana Teresa Curioni Mergulhão, *A produção da prova*, p. 138-146.

130

Barbosa Moreira, *Por um processo socialmente efetivo*, p. 19.

131

“Na verdade, nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa

direção. Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração dos poderes do órgão judicial na direção do processo.” (Barbosa Moreira, *Por um processo socialmente efetivo*, p. 26). Mesmo porque, a justiça da decisão “dipendi dal verificarsi di varie condizioni, uma delas qual è che i fatti vengano accertati in modo veritiero, poiché nessuna decisione è giusta se la norma si applica ai fatti sbagliati.” (Michele Taruffo, *Il fatto e l’interpretazione*, p. 202).

132

Essa distribuição de risco feita pela lei configura aquilo que a doutrina denomina de ônus objetivo ou material (cfr. Barbosa Moreira, O julgamento e o ônus da prova, p. 74-75). Cfr. tb. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 203, nota 7, e 247 e ss.

133

Cfr. Chiovenda, *Instituições*, vol. I, p. 7-8. Cabe aqui uma observação: não seria o chamado ônus da prova um falso problema? A prova recai sobre o *fato*, que pode ser constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. Não importa, assim, saber *a quem* compete provar, mas *o que* deve ser provado.

134

Os limites do trabalho não comportam maiores discussões sobre tão relevante tema. Para visão mais completa a respeito, inclusive quanto à diferença entre ônus e obrigação, as diversas teorias versando o conceito de ônus, as visões objetiva e subjetiva desse instituto processual, cfr. a importante monografia de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova*. Sobre a noção de ônus, v. tb. Comoglio, *Le prove civili*, p. 86 e ss. Quanto à insuficiência da técnica adotada pelo legislador brasileiro para determinar com precisão os fatos a serem provados pelo autor e pelo réu, v. crítica também de Comoglio ao sistema italiano, onde vige regra semelhante, com a formulação de critérios para sua aplicação (*Le prove civili*, p. 97 e ss.).

135

“Por outras palavras, o preceito do art. 130 não está isolado no Código, mas deve ser interpretado em combinação com o art. 333, que dispõe sobre as regras do ônus da prova” (João Batista Lopes, Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, *RePro* 35/36). O ilustre magistrado e processualista, ao expor a verdadeira utilidade do art. 130, defende a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a ouvida, em demanda versando reparação de dano causado por ilícito civil, de pessoas cujos nomes constavam do Boletim de Ocorrência, mas que não foram arroladas na inicial, visto que o “quadro probatório não se mostrava concludente para autorizar a procedência do pedido” (p. 38). Evidentemente, estaria o juiz suprindo omissão da parte, sem que fosse aplicada a regra do art. 333. Trata-se, todavia, de testemunha referida, o que segundo o autor torna possível a providência.

136

Essa é a posição de Arruda Alvim: “Diante da dúvida, não poderá decidir, seja pelo livre convencimento motivado, seja pelo critério do ônus da prova. Ocorrendo tal pressuposto,

precisamente, é que deverá o juiz, então, utilizar-se de seu poder de determinar *ex officio* a realização de prova, com o intuito de eliminar a dúvida. Assim, a utilização do poder oficioso do juiz coloca-se, no sistema vigente, *normalmente*, como um *posterius* à verificação da ocorrência da dúvida”. Acrescenta, ainda, que a aplicabilidade do art. 130 está delimitada pelo disposto no art. 131 (cfr. *Código de Processo Civil comentado*, vol. 5, p. 214). Assim também Nelson Nery Jr., A intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, *Justitia* 135/51; João Batista Lopes, Iniciativas probatórias do juiz.

137

Arruda Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, p. 215-216.

138

Celso Agrícola Barbi, *Mandado de segurança*, p. 33.

139

Aliás, curiosamente, Arruda Alvim chega a conclusão corretíssima, se vista fora do texto. Diz ele que a realização *ex officio* das provas se faz não com o objetivo de subsidiar a qualquer das partes, “mas com o escopo de descobrir a verdade, porque a descoberta da verdade diz respeito à atividade judicante em si mesma, e se coloca em *conditio sine qua non* à prolação da sentença” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 217). O ilustre mestre, todavia, limitou demasiadamente essa possibilidade, colocando a vontade das partes acima do objetivo do processo. Contrariou a conclusão de que o escopo do processo não é um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade (cfr. *Manual*, vol. I, p. 31).

140

Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 296, nota 8.

141

Cfr. Giovanni Verde, *L'onere*, p. 18 e ss. No mesmo sentido: Maristela da Silva Alves, O ônus da prova, p. 78 e ss; Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários*, p. 20; Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, *Da iniciativa probatória*, p. 52; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 47. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a distribuição do ônus da prova é “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” (*Do formalismo no processo civil*, p. 183).

142

Nesse sentido, Gustavo Badaró, *Ônus da prova no processo penal*, p. 181.

143

Após discorrer sobre ambos os aspectos do ônus da prova, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico observa que a visão objetiva do fenômeno vem predominando na moderna ciência processual. Refere-se à subsistência do aspecto subjetivo, cuja importância, todavia, tende a diminuir em razão dos poderes probatórios reconhecidos ao juiz (cfr. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 135-144). V. tb. Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, *Da iniciativa probatória*, p. 43. Para abrandar os efeitos do descumprimento do ônus da prova, analisado pelo ângulo subjetivo, tem a doutrina proposto a ideia da carga dinâmica, segundo a qual a distribuição deve levar em conta a realidade concreta de cada processo. Para exame dessa teoria, inclusive quanto à possibilidade de aplicação no direito brasileiro, cfr. Suzana Santi Cremasol, *A distribuição dinâmica da prova, passim*. Segundo ela, a teoria da distribuição dinâmica da prova “não leva em consideração, para fixação dos encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto de prova. O foco, aqui, é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio” (p. 73). Nessa linha, mesmo se a iniciativa probatória do juiz for insuficiente para o esclarecimento da matéria fática, as consequências pelo descumprimento do ônus da prova recairiam sobre a parte em melhores condições técnicas para produzi-la (p. 84). Sobre o tema, v. tb. as profundas considerações de Danilo Knijnik, que apoia a construção, considera-a aplicável ao direito brasileiro, mas estabelece critérios rigorosos para que tal ocorra (cfr. 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*, p. 942 e ss.).

144

Comoglio, depois de estabelecer a premissa de que o art. 2.697 do Código Civil italiano estabelece sanção para o descumprimento do ônus da prova, destinando-se, por definição, “ad operare nel momento finale del giudizio, schematizzando, in forme vincolanti per il giudice, le possibili alternative decisorie di fronte al fatto rimasto incerto”, conclui pela não incidência desse dispositivo na determinação da legitimidade para a produção da prova: “la configurabilità di un requisito di legittimazione, da verificarsi *ex ante* per l’ammissione della prova dedotta, è priva di supporto normativo, ed anzi pare in contrasto con i principi enunciati negli artt. 115-116 c.p.c.” (*Le prove civili*, p. 112-113; v. tb. p. 90 e ss.).

145

É ainda de Comoglio a lição: “Il punto focale, su cui convergono le linee maestre di questa regola, è dunque la necessità giuridico-pratica di salvaguardare il bene fondamentale della certezza, evitando pronunzie di *non liquet*, che integrano un sostanziale diniego di giustizia e violano il principio di legalità, cardine del sistema” (*Le prove civili*, p. 94). V. tb. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 199.

146

“Isso em nada afeta, e em nada se contrapõe à iniciativa oficial, porque a aplicação das regras sobre o ônus da prova, o julgamento segundo o ônus da prova, é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses

meios não possa figurar a iniciativa oficial do juiz.” Barbosa Moreira, O juiz e a prova, *RePro* 35/181-182; v. tb. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo; Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, *Temas de direito processual*, p. 84-85.

147

Cfr. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários*, p. 20. Segundo Humberto Theodoro Jr.: “O *onus probandi*, todavia, não se deve aplicar como regra pertinente à iniciativa da prova, porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130). Assim, fica claro que as regras sobre ônus da prova (art. 333) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda instrução probatória já se concluiu. Aí, sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários à acolhida de sua pretensão, sofrerá a sucumbência inevitável” (Prova - princípio da verdade real, p. 13).

148

Munir Karam, por exemplo, afirma que a iniciativa das provas cabe exclusivamente às partes, constituindo tal postulado um dogma do direito processual, pois a iniciativa do juiz nesse campo anularia por completo o ônus da prova (Ônus da prova: noções fundamentais, *RePro* 17/51).

149

A questão foi tratada com habitual precisão por Barbosa Moreira. Além dos trabalhos citados na nota 109, o tema foi enfocado em Julgamento e ônus da prova, *Temas*, p. 73-82. Ali, com farta citação bibliográfica, o ilustre professor demonstra que a doutrina pátria vem enfocando o problema de maneira errada, ao contrário do que ocorre com os modernos processualistas estrangeiros, para quem não passou despercebido que o ônus da prova tem apenas a função de “permitir uma decisão judicial apesar da obscuridade dos fatos” (p. 76). É com grande satisfação e esperança que se verifica a adoção desta tese pela jurisprudência pátria, ainda que de forma esporádica.

A segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos da Ap. 376.562, sendo relator o ilustre Juiz Raphael Salvador, converteu o julgamento em diligência, a fim de buscar “esclarecimentos que não foram apresentados e que impedem a justa decisão da causa”. Observe-se que, na hipótese analisada, o magistrado de 1.º grau julgara improcedente o pedido com fundamento nas regras de distribuição do ônus da prova. Este acórdão revela a importância da conscientização, pelo julgador, dos verdadeiros fins do processo. O juiz não é um mero aplicador de regras técnicas; por isso, deve esgotar os meios possíveis visando à realização da *justiça*.

Vale ressaltar que o Min. Aldir Passarinho negou seguimento a agravo contra decisão que indeferiu o processamento de recurso extraordinário relativo ao caso, por entender ser lícito ao juiz investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas, para buscar esclarecimento para justa decisão do feito (cfr. Ag. 130.583-SP, *DJU* 12.06.1990. V. tb. Rec. Adm. 9.989-0, Orlândia, TJSP, Câm. Esp., rel. Des. Dínio Garcia, j. 11.05.1989).

150

Por isso, não se pode dizer que os poderes de iniciativa do juiz tenham relevante interferência na distribuição do ônus da prova. Influem, sim, na relevância dessa distribuição, na medida em que quanto mais ele participar da formação do conjunto probatório, menos terá de recorrer a essas regras (Grinover, Cintra e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 356). O que pode ocorrer é que a participação mais ativa do juiz diminua os casos de julgamentos apenas com base na distribuição dos riscos, ou seja, propicie julgamentos mais adequados à realidade dos fatos. Cfr. tb. Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, p. 14-15, nota 7. Por entender de forma diversa a distribuição do ônus da prova, Monteleone invoca essa regra para justificar a limitação à atividade instrutória oficial (Limiti alla prova, p. 867). À conclusão do texto aderiu expressamente Maristela da Silva Alves, O ônus da prova como regra de julgamento, p. 87.

151

Durante a arguição do trabalho, o Prof. Kazuo Watanabe discordou parcialmente desta conclusão, pois existem casos em que o próprio legislador inverte o ônus da prova (citou como exemplo o anteprojeto do Código do Consumidor, hoje Lei 8.078, de 11.09.1990, art. 6.º, VIII). Nessas hipóteses, estaria afastado o poder probatório do juiz, devendo prevalecer a presunção legal. Após refletir sobre a inteligente objeção formulada pelo ilustre professor, achei conveniente e oportuno tecer algumas observações a respeito. Em todas as hipóteses de inversão legal do ônus da prova (em matéria de responsabilidade civil tal ocorre com frequência), visa-se a facilitar o acesso de um dos litigantes à ordem jurídica justa. Isso porque ele normalmente se encontra em situação de desvantagem, sendo difícil a demonstração dos fatos que asseguram o seu direito (é o caso do consumidor e da vítima de acidente). O magistrado, todavia, não pode pautar a sua atuação no processo com esse objetivo. Deve ele aplicar a norma a fatos *efetivamente* verificados, não importando a quem o resultado venha beneficiar. Assim, de um lado encontra-se o legislador, que muitas vezes procura favorecer a situação processual de uma das partes, por considerá-la em situação de desvantagem no plano material. De outro acha-se o juiz, que deve assegurar a todos igualdade de tratamento. A postura ativa do magistrado na produção da prova visa a um resultado justo, não tem por objetivo favorecer qualquer dos litigantes. Dessa forma, parece que a conduta do magistrado não deve se alterar, mesmo diante de uma regra de inversão do ônus da prova. Esta somente será utilizada no momento da decisão, *se necessária*, isto é, se os fatos não ficarem suficientemente demonstrados.

152

Couture notou a evolução da doutrina e das legislações a esse respeito: “Una clara evolución se percibe en los intentos de reforma legislativa de los últimos años. Admitiendo las opiniones de los autores de fines del siglo pasado y comienzos del presente, en el sentido de considerar que el tema de la carga de la prueba pertenece a una época del derecho pasada definitivamente, se ha abandonado la solución consagrada todavía en nuestros códigos, de repartir de antemano la actividad probatoria entre las partes, y se ha buscado una aproximación del juez civil al penal, poniendo en manos de éste una considerable iniciativa en materia probatoria” (*Fundamentos...*, p. 240-241). Apenas não se pode aceitar a conclusão de que tal aumento eliminou por completo o problema da repartição do ônus da prova.

153

As conclusões deste parágrafo têm por base interessante construção de Sentís Melendo, que também se ocupou da iniciativa probatória do juiz. Diz ele que os limites da atividade do juiz devem ser estabelecidos no tocante à averiguação, não quanto à verificação. Averiguar é buscar algo que se ignora e que se necessita conhecer; é uma operação de busca, de investigação. Verificação é a constatação de que aquilo que fora averiguado, e depois afirmado, corresponde à realidade. Assim, as partes averigam os fatos e os afirmam no processo. A atividade de averiguar, portanto, não pertence ao processo; é pré-processual. Tudo aquilo que foi averiguado e afirmado (fonte de prova), necessita ser provado. As afirmações se provam mediante verificação (meio de prova). Assim, conclui: “El juez debe tener libertad para acordar la apertura a prueba, y para ordenar aquellos medios de prueba que estime procedentes, a fin de esclarecer los hechos controvertidos; y para intervenir en su práctica” (Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil, *Estudios...*, p. 601-648). Por entender que a testemunha é fonte de prova, conclui pela impossibilidade de o magistrado determinar, de ofício, seu depoimento, este sim, meio de prova (cfr. *La prueba*, p. 203, nota 77). No Brasil, Moacyr Amaral Santos fala em *averiguação* dos fatos no sentido de produção de provas (cfr. *Prova judiciária*, vol. 1, p. 1.007).

154

Segundo Arruda Alvim, existe profunda correlação “entre a maior ou menor disponibilidade no campo dos direitos subjetivos e os respectivos e inevitáveis reflexos que se operam no processo civil” (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 228; cfr. tb. João Batista Lopes, Iniciativas probatorias).

155

Cfr. Cintra e outros, *Teoria geral*, p. 65; Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 248. Alessandro Raselli, embora reconheça que o juiz deve agir da forma mais idônea possível para atingir o objetivo imediato de sua atividade - a atuação do direito objetivo —, chega a afirmar que, tratando-se de direito disponível, as partes podem até mesmo determinar o conteúdo da decisão, seja mediante “la formulazione delle domande, sia attraverso la formazione del materiale per la decisione (principio di disposizione)” (*Studi*, p. 249). Para uma visão do problema apenas no processo penal, cfr. Rogério Lauria Tucci, *Princípios...*, p. 139 e ss. Também aceita a influência da natureza do direito na determinação dos poderes instrutórios do juiz, Maurício Lindenmeyer Barbieri, *Implicações do princípio dispositivo*, p. 111-112.

156

Humberto Theodoro Jr., *Processo de conhecimento*, t. II, p. 258. Bem semelhantes são as conclusões de Arruda Alvim. Em trabalho recente, Humberto Theodoro Jr. alterou radicalmente sua posição a respeito dos poderes instrutórios do juiz, apontando para a crescente valorização do princípio da verdade real e para a publicização do processo. Assumiu expressamente a mudança, o que constitui rara lição de humildade e honestidade científica. Em função dessas novas premissas, conclui o renomado processualista mineiro ser necessário que o julgador assuma efetivamente o comando do processo, o que inclui o poder de iniciativa probatória (cfr. *Prova - princípio da verdade real*, p. 5 e ss.).

A observação é de Micheli, que conclui: “Ótimo seria obter uma unificação de meios de provas, no cível e no penal, como aconteceu no processo sueco, por exemplo. Mas, se isto não é sempre possível e realizável, também o processo civil deve estar em condições de reconstruir uma verdade ‘substancial’, isto é, o mais vizinha possível daquela efetiva ou extraprocessual” (Teoria geral da prova, *RePro* 3/163-168).

Contra, Arruda Alvim, para quem o processo convive com o direito privado, onde domina a disponibilidade. Essa regra se projeta no campo do direito processual, que acaba assimilando princípios privatistas (cfr. *Direito processual civil*, vol. 1, p. 114).

Tal relacionamento é defendido por Dinamarco, cfr. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 96-97; *A instrumentalidade*, p. 55-56, 199-204 e 247 e ss. Também Calamandrei aceita a influência da relação material no processo. Defende a adoção do chamado “princípio dispositivo” quando se trate de direito disponível, pois, nestes casos, as partes só procuram a atividade jurisdicional quando existe lide, verificando-se “effettivo contrasto di interessi, sicchè ciascuna di esse serva di controllo e di correttivo all’attività dell’altra e, pur nella forzata mancanza di iniziativa del giudice, ciascun contraddittore sia spinto dall’interesse proprio a mettere in luce dinanzi al giudice tutte quelle circostanze che l’altro contraddittore avrebbe interesse a lasciare nel buio” (Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, *Opere giuridiche*, vol. I, p. 148). Reconhece, porém, que o interesse público na atuação do direito objetivo existe sempre, qualquer que seja a natureza da relação material (Linee, p. 154). Ora, na medida em que se aceita tal interesse público, torna-se insustentável a defesa da inércia do magistrado frente à prova. José Carlos Baptista Puoli, embora partidário da postura ativa do juiz, sustentou que “o grau de intensidade desta atuação irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse. Esta ressalva atende à própria realidade do cotidiano forense, de forma que, não sendo possível fechar os olhos à situação fática, não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isto seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível” (*Os poderes do juiz*, p. 27).

Cfr. Afrânio Silva Jardim, Reflexão teórica, p. 92. Daí concluir-se com o mesmo autor que: “Não pode o Estado assumir a responsabilidade de decidir injustamente em face de manobras maliciosas ou de inércia das partes. Insista-se, a atividade jurisdicional é eminentemente pública, sendo certo que dela as partes não podem se servir para atingir objetivos que não estejam em consonância com o interesse da justiça”. Se o conteúdo do processo for disponível, estará sempre ao alcance do poder das partes. Não pode, porém, o processo contaminar-se pela natureza privada da *res deducta in iudicio* (*Da publicização do processo civil*, p. 111). Cfr. tb. Dinamarco, que ressalta a importância da teoria geral, para a descoberta do aspecto publicista do processo (*A instrumentalidade*, p. 53).

161

“O processo é sempre público, embora a relação substancial controvertida possa não o ser. Tem assim o Estado interesse em que a resolução do conflito se faça de forma justa, pois o ideal de justiça não se coaduna com julgamentos meramente formais” (Afrânio Silva Jardim, O princípio dispositivo..., p. 167).

162

Barbosa Moreira, O problema da “divisão de trabalho”, p. 11.

163

Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 27.

164

De acordo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz..., p. 36.

165

Cfr. Walther Habscheid, As bases do direito processual civil, p. 117.

166

Embora aparentemente o autor tenha alterado seu entendimento a respeito do tema, mantenho a citação, por concordar com a posição original: “... entre otras razones porque el concebirlo así responde a un principio cuya falsedad práctica ofrece hoy pocas dudas: el de igualdad de las partes; el juez debe dirigir el proceso” (Montero Aroca, *Introducción al derecho procesal*, p. 227 e ss.). Conclui o Catedrático da Universidade de Valença ser absolutamente necessário distinguir entre o objeto e o processo propriamente dito: o primeiro pode ser ou não disponível para as partes, dependendo de sua natureza pública ou privada; já o segundo, “en su configuración técnica, no debe ser ‘cosa de las partes’, sino de las partes y también del juez” (p. 231-232).

167

Cappelletti, *La oralidad...*, p. 122.

168

Cfr. Trocker, Poderes del juez, p. 112.

169

Por não atentar para esse aspecto fundamental do problema, Carlos Manuel Ferreira da Silva confunde os dois planos, chegando a defender a possibilidade de as partes impedirem a iniciativa probatória do juiz (cfr. *Poderes do juiz*, p. 209-210).

170

Cappelletti, *La oralidad*, p. 123-124 e 130; cfr. tb. *La testimonianza...*, p. 354-355. Ressalve-se, porém, que, ao contrário do afirmado pelo mestre, não é a disponibilidade do direito que acarreta outras restrições à atividade do juiz, como, por exemplo, a iniciativa do processo e a fixação de seu objetivo. Tal ocorre também com relação aos direitos indisponíveis. Quanto à abolição da disponibilidade das provas, não se pode negar seja pura questão de técnica processual, que não afeta o caráter disponível do direito material, objeto do processo.

171

Barbosa Moreira, As bases do direito processual civil, *Temas...*, p. 11-12. Afirma ainda o ilustre professor, neste que é um dos mais profundos estudos sobre o tema (Barbosa Moreira, aliás, em trabalhos mais recentes, tem dedicado bastante atenção aos poderes instrutórios do juiz): “Tal evolução não pode deixar de refletir-se no jogo dos ‘princípios fundamentais’, de longa data identificados pela doutrina. Assim é que se assiste à parcial atenuação do domínio - até certo tempo incontrastado - do princípio dispositivo, ou pelo menos de algumas das diretrizes que tradicionalmente se costumam pôr em correlação com ele. Cresce, em contrapartida, a importância do princípio da igualdade de tratamento das partes, afirmado em termos expressos pelo vigente Código brasileiro, no art. 125, I” (p. 11-12).

172

Martin Ostos, *Las diligencias*, p. 31.

173

“... cosichè è per questo motivo di pubblico interesse che è ispirata anche la scelta, qualunque essa sia, dei soggetti cui è riconosciuta la iniziativa nella trattazione e nella istruzione della causa.” (Liebman, *Fondamento*, p. 5.). No sentido do texto, v. Rossana Teresa Curioni Mergulhão, *A produção da prova no direito processual*, p.122-129.

174

“Así, se bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función.” (Joan Picó i Junoy, *El derecho procesal*, p. 254).

175

Para Liebman, embora o Estado não tenha interesse no objeto da controvérsia, não lhe é indiferente o modo que o processo se desenvolve e se conclui. Apesar disso, por razões práticas e para manter a imparcialidade, não deve o magistrado ter iniciativa probatória. Para o mestre, todavia, a natureza da relação jurídica não deve influir na postura do juiz (cfr. *Manuale*, p. 333-334; *Fondamento*, p. 16-17).

176

Cfr. Alvarado Velloso, *El juez y sus deberes y facultades*, p. 4-5. Ada P. Grinover adverte que a tentativa de renovação do processo civil tem esbarrado, em alguns países, na mentalidade conservadora de grupos firmemente consolidados no poder que, em razão de preferências ideológicas e exigências materiais, preferem exceder em garantias do que permitir o dinamismo renovador do juiz (*O processo em sua unidade*, II, p. 54).

177

Alcalá-Zamora percebeu o problema: “como regla, la prueba recae sobre hechos, y a cerca de ellos las partes tienen un conocimiento que al juez le falta en la inmensa mayoría de los casos — sin contar con la prohibición concerniente al empleo de su ciencia privada —; además, si juzgados y tribunales se hallan por doquiera recargados de trabajo, calcúlese la situación si todavía tuviesen que cuidar se de la búsqueda de la prueba. Es, pues, una consideración utilitaria recomendada por la experiencia y por la economía, la que justifica de respecto de ella predomine el principio dispositivo sobre el de oficialidad” (Autoridad e libertad, p. 239). Tb. para Barbosa Moreira a questão não passou despercebida, tendo ele concluído de maneira idêntica (cfr. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, *Temas*, 3.^a série, p. 82-83).

178

Barbosa Moreira, A garantia do contraditório na atividade de instrução, *RePro* 35/237. Dentre os autores nacionais, é o professor carioca quem mais defende a ampliação da atividade instrutória do juiz. Combate duramente a afirmação de que, se a disponibilidade do direito faz com que a parte tenha liberdade para iniciar ou não o processo, também possibilita sua omissão quanto à prova. Sustenta que o processo civil não cuida somente de relações disponíveis, o que implica falsidade da premissa. Além disso, “da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual, que é distinta e vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico”. E arremata: “ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato” (O juiz e a prova, *RePro* 35/180).

179

Em sentido contrário, sustentando que a influência da relação substancial no modo de ser do processo é uma manifestação do caráter instrumental deste, Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 135, nota 30 (v. neste capítulo, notas 122 e 60).

180

Cfr. Cintra e outros, *Teoria geral...*, p. 30.

181

Dinamarco recomenda a participação maior do juiz na instrução, prevista na antiga Lei das Pequenas Causas, hoje Lei dos Juizados Especiais, afirmando que “o objetivo dessa recomendação

é fazer com que o julgador somente fique satisfeito com o resultado da prova quando o seu senso de justiça estiver tranquilizado e para que se dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto” (*A instrumentalidade*, p. 37). Essa advertência deveria ser mais abrangente, de modo a valer para qualquer processo, principalmente em função de o próprio mestre reconhecer que a maior influência do privatismo no processo civil, decorrência da relação de instrumentalidade deste ao direito privado, vem diminuindo, visto que a tendência, hoje, é a tomada de consciência para os objetivos estatais a serem realizados através do processo (cf. *A instrumentalidade*, p. 53). Oportuna a observação de Calmon de Passos: “fatos não verdadeiros, postos em juízo, conduzem a uma aplicação defeituosa do direito, *levando o processo a negar sua própria finalidade*” (*Comentários*, p. 347). No sentido do texto, Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova*, p. 83-90.

182

Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Autoridad ...*, p. 227; Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 81. Como bem observa Martin Ostos: “Lo que llegó a constituir un tópico dentro del Derecho procesal y que señalaba una distinción radical entre proceso civil y proceso penal, entendiendo que en el primero solamente existía un interés privado y en segundo el interés era público, está hoy totalmente superado. La Justicia es única e indivisible y el proceso es un instrumento que el Estado utiliza para la protección del ordenamiento jurídico, dirimindo los conflictos suscitados. No es lógico, pues, afirmar que el Estado sólo deba preocuparse de la esfera penal, abandonando la civil” (*Las diligencias*, p. 24).

183

Montero Aroca, *Introducción*, p. 231.

184

Giovanni Verde, *Profili*, p. 84. Contra, Monteleone, *Limiti alla prova*, p. 867.

185

É somente nesse aspecto que se pode falar corretamente em princípio dispositivo. Cfr. a respeito n. 3.3.1.

186

Estranhamente a doutrina brasileira ainda não atentou para essa visão do problema, ao contrário do que vem ocorrendo com os processualistas estrangeiros. Uma das raras manifestações da tese ora sustentada vai transcrita a seguir: “Se a justiça é um serviço público - nenhuma outra atividade estatal encarna mais o interesse público que a Justiça -, não se justifica que demandantes percam causas justas simplesmente porque seus patronos não se lembraram de juntar um documento ou arrolar determinada testemunha. Mais do que um duelo de diligência e argúcia, é o processo um esforço do Estado no sentido de se efetivar os direitos de seus cidadãos. Os advogados não são apenas cooperadores, provocadores do necessário atrito dialético que - aproveitando a imagem - produzirá a centelha e a luz da melhor solução. Todavia, quando a disparidade de forças é gritante,

não ocorre o atrito necessário e o processo passa a padecer de obscuridade, impondo-se a intervenção clarificadora do magistrado... cabe ao juiz de primeiro grau diligenciar na perfeita instrução do processo (...) Essa preocupação em fazer coincidir a verdade formal com a verdade real prestigia a função jurisdicional e contribui para que a parte respeite - e não apenas tema (quando teme) - o Judiciário” (Francisco Cesar Pinheiro Rodrigues, O juiz e a prova cível, *O Estado de S. Paulo*, 02.01.1983, p. 36).

187

Como o art. 765 da CLT confere amplos poderes instrutórios ao juiz, a jurisprudência trabalhista tem demonstrado perfeita compreensão na moderna concepção do processo: “A atuação do juiz no processo tem seus parâmetros nas atribuições que lhe são delegadas pelo Estado e na obrigação da distribuição da Justiça. Todo conflito individual é, em sua exata medida, turbação da integridade coletiva e do bem-estar geral, cabendo ao juiz valer-se dos meios ao seu alcance e em nome do interesse de todos, para alcançar o ideal de justiça perseguido pela norma legal. Assim, não está o julgador adstrito às provas produzidas pelas partes, cabendo-lhe, em decorrência do art. 765 da CLT, determinar qualquer diligência que julgar necessária ao esclarecimento da causa” (Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 1, p. 398, n. 5).

188

A Colenda 1.^a Câmara do Eg. 1.^o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, julgando questão que envolvia direito disponível, fez a seguinte advertência: “Não é possível, quando a Ciência Jurídica adquire desenvolvimento cada vez mais intenso e profunda dimensão social, dar uma visão privatística à prestação jurisdicional, a ponto de vislumbrar em uma diligência objetivando tornar efetiva essa prestação jurisdicional, simples interesse do credor. Entender-se assim é negar o interesse, mais do que isso, o dever do Estado em distribuir justiça.” (RT 578/153.) Cfr. tb. Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil anotado*, p. 396-397, com referência ao Cód. de 1939. Nem mesmo a revelia do réu impede a atividade probatória do juiz, ainda que a matéria seja disponível: “Na ação revisional de aluguel, ocorrendo revelia, fica a critério do juiz julgar antecipadamente a lide, acolhendo o objeto da demanda, ou determinar a realização de perícia para verificar se o pedido está em consonância com o conteúdo jurídico da própria norma de direito.” (RT 633/134.) Nesse mesmo sentido, cfr. tb. excelente acórdão da Colenda 8.^a Câmara do 1.^o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, publicado no Boletim 24/94 — *RJE* n. 3.

189

Cfr. meu *Direito e processo, passim*.

190

Cfr. Súmula 46 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Ada Pellegrini Grinover, Interceptações telefônicas. V. tb. Ricardo Raboneze, *Provas obtidas por meios ilícitos*, p. 19 e ss. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não são ilícitas as gravações feitas por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro (cfr. HC 87094/SP, 5.^a T., rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, DJ 24.11.2008). Mas estão contaminadas pela ilicitude aquelas que tenham origem em outra, obtida em desconformidade com

as regras legais. Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada (cfr. HC 69096, 5.^a T., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, *DJ* 04.08.2008). Pela vedação absoluta das provas ilícitas, inclusive a ilicitude derivada, v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Celso de Mello, que considera a proibição genérica verdadeiro dogma constitucional (RHC 86082/RS, 2.^a T., *DJ* 1.º.08.2008).

191

Cfr. Súmula 49 das Mesas de Processo Penal; Ada P. Grinover, *O processo em sua unidade*, p. 177-181, com ampla discussão das diversas correntes, *Liberdades públicas*, p. 121-127; v. tb. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal, relatório apresentado nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, entre 22 e 27 de maio de 1988. A ilustre professora não propõe, todavia, o completo afastamento de provas obtidas ilicitamente, em especial quando se tratar de mero ilícito civil ou administrativo. A inadmissibilidade seria absoluta apenas quando a ilicitude decorrer de violação de norma constitucional (cfr. *Liberdades públicas*, p. 187-188).

192

Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das normas sobre a prova*, p. 115. Segundo Bernal Cuellar, a solução de afastar a prova obtida clandestinamente implicaria reconhecer o predomínio de direitos individuais sobre o interesse público consistente na efetividade do processo (cfr. Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal, relatório apresentado nas Jornadas, p. 39).

193

Para Ada P. Grinover, “a questão das interceptações telefônicas, no processo penal, faz parte de problema mais amplo, atinente ao equilíbrio entre duas opostas exigências: a de tutelar o direito à intimidade e a de colocar à disposição do juiz meios de prova capazes de oferecer resultados particularmente úteis, no momento em que também a delinquência se organiza sob formas cada vez mais hábeis e complexas. Trata-se de um aspecto setorial do vasto problema que põe em confronto a defesa social e os direitos da personalidade do indiciado ou acusado” (cfr. Interceptações telefônicas, p. 2).

194

Cfr. Ada P. Grinover, Interceptações telefônicas, p. 3. A Súmula 50 das Mesas de Processo Penal estabelece a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, quando beneficiar a defesa. Em *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, discutiu-se a questão da admissibilidade da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Concluiu-se não se tratar de interceptação, que pressupõe a participação de terceiro. Houve votos vencidos, fundados na garantia constitucional da intimidade (art. 5.º, X) e na proibição da prova ilícita (art. 5.º, LVI). O relator, Ministro Nelson Jobim, argumentou com a necessidade de proteção ao interesse mais relevante. Segundo ele, “a Constituição não trata a privacidade como direito absoluto. E há momentos em que o direito à privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado” (HC 75338).

O argumento é de Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza...*, p. 115.

Ou seja, “poderia determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido ‘imoralmente’ e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral... É a negação do ideal de justiça!” (Alcides Mendonça Lima, *A eficácia do meio de prova ilícito*, p. 139-140). Como bem pondera Bernal Cuellar, sustenta-se que a verdade material deve sofrer limitações quando confrontada com o direito à privacidade: “pero se olvida que exigir una recta justicia o el reconocimiento de una pretensión, es otro derecho individual que tiene toda persona para que a través de decisiones justas se le respete la vida, honra y bienes que están garantizados en las normas rectoras de los Estados” (*Intercepción telefónica*, p. 39).

Como adverte Mendonça Lima, não pode o juiz se submeter à atividade parcial das partes e, em razão disso, proferir uma decisão em desconformidade com a realidade dos fatos: “Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente, em seu conteúdo, todos os fatos debatidos, para aplicar a lei a favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o pálio, embora conspurcado, do Poder Judiciário.” (*A eficácia...*, p. 141.)

Dispõe o art. 5.º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. V. tb. Código de Processo Penal, art. 233; Código de Processo Penal Militar, art. 375. Sobre a inviolabilidade de correspondência e interceptação de comunicações telefônicas, v. CF, art. 5.º, XII, e Lei 9.296, de 24.07.1996.

Cfr. Ada P. Grinover, *Liberdades públicas*, e também Interceptações telefônicas, com extensa indicação bibliográfica e jurisprudencial. V. tb. Ricardo Raboneze, *Provas obtidas por meios ilícitos*, p. 29 e 42.

Como bem observa Barbosa Moreira: “Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.” (*A Constituição e as provas...*, p. 108.)

201

Sobre a ideia de devido processo constitucional, v. meus *Tutela cautelar*, p. 64 e ss. e Garantia da amplitude de produção probatória, p. 168 e ss., este último especificamente a respeito da garantia constitucional do direito à prova, com enfoque sobre a participação do juiz, como integrante do contraditório, na formação do conjunto probatório. Cfr. tb. no mesmo sentido, Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas*, p. 107-108.

202

Sobre o princípio da proporcionalidade, para efeito de indicação bibliográfica, v. Bedaque, *Tutela cautelar*, p. 337 e ss. V. tb. Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas*, p. 107 e ss.

203

Tratando das chamadas provas clandestinas no processo penal, Jaime Bernal Cuellar pondera que o afastamento absoluto de tais provas, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais do acusado, pode levar a uma lesão aos direitos da vítima, que também tem pretensões dentro e fora do processo penal. E conclui: “Nuestra opinión es que la prueba obtenida clandestinamente puede incorporarse al proceso penal, controvertirse y someterse a la valoración respectiva para determinar su autenticidad y el alcance demostrativo de uno cualquiera de los elementos que permiten fundamentar decisión definitiva. Somos enfáticos al reiterar que la prueba obtenida clandestinamente no se puede marginar del proceso penal, ni utilizar los mecanismos de la existencia o nulidad para restarle importancia o desconocerla; pero, a lo que nos oponemos radicalmente es a que esa clandestinidad en cuanto a la obtención del medio probatorio, se proyecte a lo largo del proceso, se oculte dicha prueba a las partes, se evite el contradictorio y se sorprenda al procesado con un elemento de juicio sobre el cual no hubo oportunidad de discusión, ni de oponer otros medios probatorios. La clandestinidad entendida en la forma últimamente propuesta repugna con principios básicos del derecho, contra la garantía constitucional del debido proceso y en especial menoscaba el derecho de defensa técnica o material.” (*Intercepción telefónica*, p. 3-5.) Como se pode verificar, o problema da prova clandestina se resolve, para o autor, com sua submissão ao contraditório.

204

Recorro mais uma vez à precisão de Barbosa Moreira: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar - na área civil *e na penal* - à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.” (*A Constituição e as provas*, p. 118.)

205

Como bem pondera Barbosa Moreira, tendo em vista a acentuada sofisticação dos meios adotados para a prática de crimes e o crescimento vertiginoso da criminalidade, não raro os criminosos encontram-se em situação de vantagem em relação aos órgãos de acusação, não se justificando,

portanto, admitir a prova ilícita apenas para fins da absolvição (cfr. A Constituição e as provas, p. 112).

206

Carlos Maximiliano, *Hermenêutica...*, p. 260. Não obstante a redação constitucional, propõe-se solução menos radical, no sentido de se admitir a prova ilícita em função da importância do bem jurídico envolvido no processo. Cfr. tb. Grinover, *As provas*, p. 30, e *O sistema das nulidades*, p. 167-168, defendendo a aplicação do princípio da “proporcionalidade” para demonstração da inocência do acusado. V. tb. Vicente Greco, *A culpa e sua prova...*, p. 51.

207

Discorda dessa conclusão Ada Pellegrini Grinover, para quem a licitude e a legitimidade processual da prova constitui um dos limites à iniciativa oficial. Para a ilustre professora: “Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida” (*A iniciativa instrutória do juiz*, p. 6). No sentido do texto, v. Suzana Henriques da Costa, *Os poderes instrutórios do juiz*, p. 87-88.

208

Cfr. Barbosa Moreira, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 113. A conclusão é adotada também por Suzana Henriques da Costa, *Os poderes instrutórios do juiz...*, p. 85-89 e por Rossana Teresa Curioni Mergulhão, *A produção da prova*, p. 173-185.

209

Por exemplo: boa e má-fé, prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano, dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório, irreversibilidade.

210

Cfr. Barbosa Moreira, *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*, p. 8.

211

Tecendo considerações a respeito dessa técnica, Arruda Alvim nega tenha o juiz, diante de conceitos indeterminados, o poder de aplicá-los discricionariamente. Para o ilustre professor, a ‘larga margem de poder’ conferida ao juiz significa maior liberdade de interpretação, que não se confunde com o fenômeno da discricionariedade. Este diz respeito apenas ao mérito do ato administrativo, que o Poder Judiciário não pode examinar: “A discricionariedade, propriamente

dita, se considera nos quadros de uma inter-relação entre o ato discricionário, tal como aplicado, pela Administração e quando venha a ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, revela que há um núcleo, que é o mérito do ato administrativo, que não deve ser objeto, sequer, de manifestação pelo Poder Judiciário, pois que este deverá, apenas, verificar se o administrador praticou o ato adstrito ao âmbito de possibilidades emergentes da regra discricionária, em que se pautou, em função da competência que lhe foi adjudicada.” (Tutela antecipatória, p. 46-47.)

212

A expressão é de Teresa Alvim, que distingue com precisão os dois fenômenos, com o argumento básico de que a decisão judicial é passível de modificação mediante recurso, o que não se coaduna com a noção da discricionariedade administrativa. No âmbito jurisdicional, afirma, não existe lugar para dois caminhos, à escolha do intérprete, tal com ocorre em sede administrativa: “A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago - fenômeno a que, como se disse, muitos designam, com alguma impropriedade de *discricionariedade* judicial - e a discricionariedade propriamente dita, é que quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida *com o escopo de gerar uma só interpretação*, ou seja, a gerar uma situação tal de molde a que dela se extraia uma só interpretação, um só resultado.” (Existe a chamada “discricionariedade” judicial? p. 234; v. tb. *Os agravos*, p. 239-263.) Admite em certa medida a discricionariedade judicial, por conferir significado um pouco diverso à expressão, Adrián Rentería Díaz, *Discrezionalità del giudice...*, p. 128-132. Sobre a ideia de discricionariedade administrativa, os limites do poder discricionário e seu controle, cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 746-774.

213

Ao abordar problema análogo, relativo à suspensão dos efeitos de decisão agravada prevista no art. 558 do Código de Processo Civil, Eduardo Talamini chega a conclusão idêntica. Embora os requisitos necessários ao deferimento da suspensão, da mesma forma, se caracterizem como “conceitos juridicamente indeterminados”, cabendo ao juiz a determinação de seu sentido, inexistente aí o exercício do poder discricionário: “Essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa ‘liberdade’ do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as ‘máximas de experiência’, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. Mas, nela não há nenhuma discricionariedade.” (A nova disciplina do agravo..., p. 28.) Nicola Picardi distingue conceitos indeterminados do fenômeno por ele denominado *concetti-valvola*, caracterizados por hipóteses “di rinvio esplicito all’equità formativa ovvero a parametri comunque variabili nel tempo e nello spazio”. Aqui, segundo o autor, o juiz exerce poder discricionário, pois o legislador não faz escolha prévia por determinado valor, limitando-se a remeter o intérprete a critérios extraídos da realidade social (boa-fé, bons costumes). Haveria transferência da valoração ao juiz que, ao optar por uma das possíveis soluções, faz escolha entre valores. No conceito indeterminado, o legislador se limita a fornecer diretrizes em relação a um ou mais valores, conferindo ao juiz o poder de desenvolver, explicar e atuar o desenho. No primeiro caso, que ele aponta como excepcional, haveria poder discricionário, cujo exercício não significa, porém, que, no momento na escolha entre as diversas opções, não esteja o juiz condicionado a vínculos “tanto sul modo di optare fra le varie alternative (limiti processuali), quanto sui criteri da tener presente all’atto della scelta (limiti sostanziali)” (La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, p. 56-58).

214

Por isso, pertinente a advertência de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena: “Neste sentido é que as qualidades pessoais do juiz avultam e se lhe exige maior acuidade, maior prudência, perceptível senso comum, espírito bem balanceado e, *last but not least*, conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere aos princípios que enfeixam a tutela dos diversos direitos materiais e aos princípios gerais e especiais em que se assentam e se dinamizam as regras do processo. Não bastam encômios à perfeição da regra técnica e aos resultados práticos a que ela visa, cuja atuação não pode ser abstraída das aptidões e da sensibilidade daquele que a vai aplicar - ou, melhor dizendo, daquele que, aplicando-a, a aperfeiçoa.” (O juiz e a tutela antecipada.)

215

Cfr. Giovanni Verde, *Il processo cautelare*, p. 39. De fato, “o dever de motivação se revela incompatível com o pronunciamento de juízo de conveniência e oportunidade” (cfr. Neyton Fantoni Júnior, *A tutela jurisdicional antecipada*, p. 101). No mesmo sentido, Antônio Cláudio da Costa Machado, *A tutela antecipada na reforma de 1994*, p. 486 e ss. Salvador Franco de Lima Laurino, embora admita a discricionariedade judicial, identifica-a com a maior liberdade de interpretação, ante conceitos jurídicos indeterminados. Estabelece corretamente a distinção entre esse fenômeno e a discricionariedade administrativa, que o juiz, evidentemente, não possui (*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, p. 214-219). No sentido do texto, cfr. Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, p. 78-88.

216

Como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Não há dúvida de que, em determinadas situações, o juiz depara com certos ‘conceitos indeterminados’, como boa-fé, ordem pública, moralidade, premeditação e tantos outros comumente empregados pelo legislador. Mas a situação é diferente daquela em que se encontra o administrador, porque a tarefa do juiz é encontrar a única solução possível, enquanto na discricionariedade administrativa a lei deixa um leque de opções, todas válidas, razão pela qual o Judiciário não pode substituir uma solução por outra. No caso da função jurisdicional, não se pode conceber que o juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos; caso contrário, poder-se-ia admitir que, depois de decidir a lide, pela aplicação da lei segundo trabalho de exegese, restariam outras soluções igualmente válidas.” (*Da discricionariedade administrativa*, p. 46.). Sobre interpretação e discricionariedade, v. tb. Roberto Marengo, *La discrezionalità del giudice*, p. 177-179).

217

Embora o certo e o errado envolvam indagações filosóficas não pertinentes ao objetivo do tema, é perfeitamente admissível afirmar que uma solução seja melhor que outra, segundo determinado ponto de vista (cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada*, *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, p. 487).

218

Cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade do juiz...*, p. 485.

V. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade do juiz...*, p. 507 e 510-511. Com clareza, conclui a eminente processualista que “não é a circunstância de haver um conceito vago no texto de lei que autoriza, por si só, que o aplicador da norma exerça poder discricionário. Interpretação de conceito vago não se confunde com exercício de poder discricionário” (ob. cit., p. 513-514). Roberto Marengo sustenta haver discricionariedade judicial nas hipóteses em que ao juiz é dado determinar o sentido e o conteúdo da norma, recorrendo a valores para estabelecer o significado de determinadas expressões. Exemplifica com os termos urgência e gravidade. Entende tratar-se de dever discricionário (cfr. *La discrezionalità*, p. 54, 56, 59, 60, 69 e 75). Também Alessandro Raselli atribui poder discricionário ao juiz, nos casos em que o legislador lhe confere a possibilidade de, segundo critério de oportunidade, determinar o sentido da norma jurídica geral no caso concreto. Sua atividade se aproximaria da legislativa, pois teria a função de complementar a regra geral, o que ocorre nas chamadas sentenças determinativas. Conclui que: “In tutte le branche dell’attività del giudice si riscontra un potere discrezionale che, al pari de quello esplicato nelle altre funzioni dello Sato, è caratterizzato dell’implicare necessariamente delle valutazioni di opportunità, in rapporto allo scopo della funzione, rivolte a determinare che cosa importi, nel singolo caso concreto, il precetto giuridico generale posto per gli organi dello Satto *adempi nel modo più opportuno la finzione pubblica che ti è demandata*” (*Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, p. 278).

V. nota anterior. A expressão discricionariedade é realmente equívoca. Entre 25 e 28 de abril de 2000 realizou-se em Gent, Bélgica, Colóquio promovido pela Associação Internacional de Direito Processual, versando o tema *Poder discricionário do juiz*. Como relator regional para os países ibero-americanos, juntamente com o Prof. Ignacio Díez-Picazo, da Espanha, reafirmei a posição aqui sustentada. Houve intensa controvérsia sobre a própria noção de discricionariedade, cujo significado, para muitos processualistas, especialmente os oriundos dos países da *common law*, é diversa, confundindo-se com a ideia de maior liberdade de interpretação. A respeito, cfr. os relatórios gerais e regionais publicados nos anais do Colóquio.

Comoglio pensa de forma diversa, talvez porque tenha entedimento diferente a respeito de discricionariedade: “la natura di quei *poteri* è tecnicamente discrezionale, implicando valutazioni ed apprezzamento di opportunità, di cui il giudice è responsabilmente sovrano; sicché il loro mancato esercizio non integra di per sé alcuna violazione delle singole norme che li prevedano, né tantomeno soggiace - se non per un diretto eventuale di motivazione, configurabile quando vi siano state istanze o sollecitazioni di parte, comunque disattese - ad alcuna forma di censura o di sindacato nel giudizio di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione” (*Istanze istruttorie e poteri...*, p. 998-999).

Sobre o princípio da correlação, seu fundamento e possível desconsideração do vício, cfr. meu *Tutela cautelar*, p. 94 e ss.

223

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas” (A iniciativa instrutória..., p. 6). V. tb. Joan Picó i Junoy, *El derecho procesal*, p. 262-263.

224

Cfr. Joan Picó i Junoy, *El derecho procesal*, p. 269.

225

Ao relatar recurso de apelação, conclui pela anulação da sentença porque, em razão da revelia, não foram examinadas as provas produzidas pelo réu, que comprometiam a verossimilhança dos fatos constitutivos do direito do autor: “Embora revel, pode o réu intervir no processo a qualquer tempo (art. 322 do CPC). No caso concreto, a contestação apresentada pelo apelante foi desentranhada, em razão da revelia. Mas permaneceram nos autos todos os documentos mediante os quais ele pretendia demonstrar a ocorrência de pagamento. Não obstante a revelia implique incontrovérsia quanto aos fatos, que se presumem verdadeiros e independem de prova (CPC, arts. 319 e 334, III), a prova documental trazida pelo apelante compromete a verossimilhança das alegações deduzidas na inicial, impedindo a aplicação pura e simples de regras relativas à técnica processual. O excessivo rigor com que foi tratado o revel deve ser atenuado, principalmente em situações como a dos autos, em que o conjunto probatório contraria a presunção legal (cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 98 e ss.; Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. 3, p. 341 e ss.; José Carlos Barbosa Moreira, Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo, *RBDE*, vol. 56, p. 19-20). Em primeiro lugar, não esclarece o apelado como chegou ao valor de R\$ 26.000,00. Além disso, reconhece que o imóvel foi vendido a terceiros e não explica a quitação de fls. 90. Diante desse quadro, não há como aceitar passivamente os fatos constitutivos de seu suposto direito. O conjunto probatório não autoriza tal conclusão. A completa omissão sobre a prova documental produzida pelo apelante importa verdadeiro cerceamento de defesa. Nessa medida, deve a sentença ser anulada, a fim de que o apelado possa demonstrar a veracidade desses fatos, concedendo-se ao apelante a oportunidade de provar o contrário” (Ap. 808.578-1).

226

V. meu *Tutela cautelar*, p. 234 e ss.

227

Cfr. 1.º TACSP, Ap. 771.669, SP, 12.ª Câmara, j. 04.05.1999, v.u.; no mesmo sentido Ap. 812.033, SP, 1.º TACSP, 12.ª Câmara, j. 04.02.1999; 1.º TACSP, Ap. 770.095, 12.ª Câmara, Esp. Jul/98, j. 06.08.1998, v.u.

Do acórdão proferido na Ap. 595.306-4, Andradina, por mim relatado, consta que: “A apelante, apesar de regularmente intimada, não ofereceu resposta. Divergem doutrina e jurisprudência sobre a verificação dos efeitos da revelia nos embargos à execução (cfr. Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 277-278, nota 10 ao art. 319; Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil anotado*, p. 508-509). No caso dos autos, os fatos suscitados pelo apelado não foram objeto de impugnação e se tornaram incontroversos. Independentemente, pois, de prova (CPC, art. 334, II). A apelante limitou-se, nesta sede, a afirmar o caráter abstrato do título, sem atacar os motivos dos embargos. Inexiste razão para não aceitar os fatos plausíveis e verossímeis descritos na inicial, aptos a desconstituir o título. Não trouxe a apelante quaisquer elementos capaz de infirmá-los. Nessa medida, ainda que não se aceite a incidência do efeito da revelia nos embargos, a matéria fática restou incontroversa e não há por que duvidar de sua ocorrência, circunstâncias que autorizam o acolhimento da pretensão”. Sobre a questão, v. tb. item 2.3, p. 57.

Recentemente, o STJ considerou admissível a prova pericial no âmbito do Juizado, com o seguinte fundamento: “no julgamento do CC 83.130/ES, de minha relatoria, DJ de 04.10.2007, a 2ª Seção decidiu que ‘a Lei 10.259/2001 [Juizados Especiais Federais] não exclui de sua competência as disputas que envolvam exame pericial’. Naquela ocasião, consignei que ‘o critério adotado para a fixação da competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis foi razoavelmente objetivo, incluindo as causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos’, concluindo que ‘excluir pura e expressamente os litígios que envolvem perícia contrariaria a *mens legis*, bem como a interpretação mais adequada à hipótese’. O raciocínio supra se aplica perfeitamente aos Juizados Especiais regidos pela Lei 9.099/1995, que, assim como os Juizados Especiais Federais, atendem ao preceito insculpido no art. 98, I, da CF. Aliás, na edição da Lei 9.099/1995, o legislador foi até mais enfático, estabelecendo, em seu art. 3.º, dois parâmetros - valor e matéria - para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, conseqüentemente, sujeita à competência do Juizado Especial Cível. Há, portanto, apenas dois critérios para fixação dessa competência: valor e matéria, inexistindo dispositivo na Lei 9.099/95 que permita inferir que a complexidade da causa - e, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Cível - esteja relacionada à necessidade ou não de perícia. Ao contrário, o art. 35 da Lei 9.099/1995 regula a hipótese de prova técnica, tudo a corroborar o fato de que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis é possível a realização de perícia, seguindo-se, naturalmente, formalidades simplificadas que sejam compatíveis com as causas de menor complexidade” (STJ, 3ª T., RMS 30.170/SC, j. 05.10.2010, rel. Min. Nancy Andrighi).

Cfr. a respeito item 1.2, especialmente a partir de nota 22, onde se vê posição diversa de Comoglio.

Correta a observação de José Paulo Camargo Magano, *A inversão do ônus da prova no CDC*, p. 41. No mesmo sentido, Sidney da Silva Braga, *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, p. 139-141. Sobre a questão do prazo razoável, cfr. José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem*

dilações indevidas, p. 237 e ss.; Fernando da Fonseca Gajardoni, *Técnicas de aceleração do processo*, p. 38 e ss.

232

A observação é de Michele Taruffo, para quem a existência de procedimentos legais para a formação de determinadas provas não impede que isso ocorra de outra forma. Embora não se possa identificá-las, inexistirá razão para desconsiderá-las, especialmente se outros elementos são aptos a torná-la digna de crédito (cfr. *La prueba jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 410).

233

É a opinião de Barbosa Moreira, para quem: “Cabe ao juiz, no momento de agir, consultar sua consciência, e evidentemente, sem infringir a lei, verificar até que ponto ele pode estabelecer atenuações, ou compreensões mesmo, à garantia do contraditório, desde que se convença, solidamente, de que esse é o menor dos males. Temos de adotar aí a velha ideia de que entre dois males é preciso, por vezes, escolher, e devemos escolher o menor deles.” E conclui, reconhecendo haver mudado de opinião em relação a esse tema: “Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório.” (Provas atípicas, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, p. 124; v. tb. *Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas*, in *Temas de direito processual*, sétima série, São Paulo, Saraiva, pp. 45/46). Nesse mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile (principi)*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 349.

234

Cfr. Darci Guimarães Riberio, *Provas atípicas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1988, p. 119.