

# **PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO\***

**Alexandre Freitas Câmara\***

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Poderes instrutórios do juiz no processo civil brasileiro. 3. Análise do direito comparado. 4. O processo civil democrático: a necessária legitimidade dos fins e dos meios. 5. A legitimidade democrática do art. 130 do Código de Processo Civil. 6. Breve referência ao processo penal. 7. Conclusão.

## **1. Introdução**

Tema que vem sendo objeto de intensa polêmica na doutrina especializada é o da legitimidade democrática de se atribuir ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil. A questão é importante quando se busca determinar – como tem feito a doutrina processual brasileira mais recente – o modelo constitucional de processo civil estabelecido a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

A necessidade de se criar um sistema processual democrático para um Estado Democrático é inegável. Afinal, sendo o processo um instrumento de realização dos escopos do Estado, deve ele se revelar como um microcosmo do Estado a que serve. No caso brasileiro, há uma solene promessa constitucional de que aqui se estabelecerá um Estado Democrático de Direito e, por isso, é dever de todos quantos buscam contribuir para a compreensão do sistema processual civil brasileiro a compatibilização dos fenômenos processuais com o regime democrático.

A polêmica sobre o tema de que aqui se vai tratar tem sido mais constante na Europa do que no Brasil. Já houve, porém, quem entre nós tratasse do tema. O que pretendo com este modesto trabalho é apresentar uma contribuição à discussão deste

---

\* O objetivo deste ensaio é homenagear o professor Humberto Theodoro Júnior. Não posso, então, deixar de manifestar aqui, publicamente, a admiração que sinto por tão notável jurista, assim como o carinho e a amizade que tenho por ele. Se nos bancos da graduação fui apresentado à obra do eminente professor, a vida me permitiu travar com ele contato mais próximo. Lembro-me, com apreço, das vezes em que nos encontramos fora do ambiente acadêmico (quase sempre em torno de uma mesa, já que temos essa outra paixão em comum além do direito processual civil: a boa mesa), e tive oportunidade de trocar idéias com ele sobre tantos assuntos diferentes. Ao meu amigo Humberto, de quem sou um fã incondicional, envio, então, meu fraternal abraço.

\* Advogado. Professor de Direito processual civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e dos cursos de pós-graduação das Universidades Gama Filho e Estácio de Sá. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

assunto, relevante para que se determine qual a configuração do processo civil que se deve buscar construir. Afinal de contas, o processo deve ser um instrumento de acesso à justiça (isto é, de acesso a uma ordem jurídica justa) e se, como dizia antigo *slogan* da Ordem dos Advogados do Brasil, “sem justiça não há democracia”, de outro lado não é menos certo que *sem democracia não há justiça*.

## 2. Poderes instrutórios do juiz no processo civil brasileiro

O juiz tem, no processo civil brasileiro, o poder de conduzir a instrução do processo. Tal poder (que se desdobra em vários poderes “menores”, como o de determinar as provas que serão produzidas, conduzir sua produção e valorar cada prova produzida, por exemplo), está descrito, fundamentalmente, em dois dispositivos do Código de Processo Civil: os arts. 130 e 131. É a seguinte a redação dos citados dispositivos legais:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

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

Vê-se, da leitura desses dois dispositivos, que ao juiz incumbe determinar as provas que serão produzidas (e indeferir aquelas que se pretenda produzir mas sejam inúteis ou protelatórias) e, após sua produção, as valorar livremente, apresentando no provimento que venha a emitir os fundamentos de sua decisão.

Há aí, pois, dois aspectos fundamentais: o juiz tem o poder de determinar que provas serão produzidas e, além disso, deve valorar tais provas segundo o sistema da *persuasão racional* (também chamado de *livre convencimento motivado*).<sup>1</sup> Interessa ao presente estudo o primeiro destes aspectos: o poder do juiz de determinar as provas que serão produzidas. E sobre o ponto é claro o texto da lei ao estabelecer que tal determinação poderá se dar *ex officio*.

---

<sup>1</sup> Sobre o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, consulte-se Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 39ª ed., 2003, pp. 378-379.

A doutrina brasileira, porém, não é pacífica a respeito do alcance deste poder do juiz. Assim, por exemplo, escreveu eminente processualista:<sup>2</sup>

“Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa”.

Em sentido assemelhado manifestou-se outro processualista de São Paulo:<sup>3</sup>

“Como se disse, essa autorização deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isto ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz determinar de ofício nova perícia. Afóra esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar a iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade”.

Encontra-se, pois, entre os doutrinadores brasileiros, quem afirme o caráter necessariamente supletivo da iniciativa probatória do magistrado. A não ser assim, segundo os defensores dessa tese, estaria violada a imparcialidade do juiz, que ao determinar a produção de provas *ex officio* substituiria a atividade da parte e acabaria por favorecer àquela que fosse beneficiada pela prova produzida por iniciativa do juiz.

Tal entendimento, porém, está muito longe de ser pacífico. Autores há, no Brasil, que sustentam posição diversa, e negam caráter supletivo ao poder de iniciativa probatória do juiz. Este é, por exemplo, o entendimento de importante processualista contemporâneo:<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 1989, p. 351.

<sup>3</sup> Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2003, pp. 227-228.

<sup>4</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2001, p. 159.

“Daí por que o art. 130 do Código de Processo Civil deve ser interpretado da maneira mais ampla possível: *o juiz pode, em qualquer caso, determinar a realização de provas*. E as regras particulares (arts. 342, 382, 437) devem ser consideradas meramente explicitantes”.

E, mais adiante, prossegue o ilustre jurista:<sup>5</sup>

“Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da *‘postura instrumentalista* que envolve a ciência processual’. Essa postura favorece, sem dúvida, a *‘eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos’*. Contribui, enfim, para a *‘efetividade do processo’*, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa”.

A opinião do ilustre jurista citado também está longe de ser isolada. Veja-se, por exemplo, esta outra manifestação:<sup>6</sup>

“Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios”.

O Código de Processo Civil, como se viu, dá ao juiz o poder de determinar, de ofício, as provas que devem ser produzidas. A questão a enfrentar – na interpretação do dispositivo legal – é a referente ao caráter (suplementar da atividade probatória das partes ou não) desse poder.

Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria

---

<sup>5</sup> Idem, pp. 161-162.

<sup>6</sup> Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de direito processual civil*, vol. 2. Salvador: Podium, 2007, p. 52.

parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto.

O que importa a este ensaio, porém, não é a interpretação pura e simples do disposto no art. 130 do Código de Processo Civil, mas a verificação de sua conformidade constitucional. Em outras palavras, o que se busca é saber se a concessão de amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz está ou não de acordo com o regime democrático e, por conseguinte, com o modelo constitucional do direito processual civil brasileiro. É o que se passa a examinar.

### 3. Análise do direito comparado

No direito comparado encontram-se basicamente dois diferentes modelos: de um lado, há ordenamentos jurídicos que não atribuem ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória. De outro lado, encontram-se ordenamentos que atribuem ao juiz (em maior ou menor medida) tal poder.

Assim é que, por exemplo, no modelo processual norte-americano, em que se adota o chamado sistema *adversary* (termo para o qual não há tradução perfeita para o português), o juiz é passivo, e não tem poder de iniciativa probatória. O juiz no sistema *adversary* “non abbia poteri istruttori autonomi da esercitare al fine di integrare le attività di parte onde pervenire ad un accertamento completo della verità. Si ritiene anzi che poteri di questo genere colpirebbero quell’aspetto essenziale della *fairness* del *trial* che consiste nela più assoluta parità formale delle parti”.<sup>7</sup>

De outro lado, nos sistemas jurídicos alemão e suíço o juiz tem amplos poderes de iniciativa instrutória.<sup>8</sup>

Entre os ordenamentos que atribuem poderes de iniciativa instrutória ao juiz, porém, há diversas gradações. Em alguns sistemas estes poderes são muito amplos, como se dá no direito francês. O art. 10 do *Nouveau code de procédure civile* estabelece:<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Michele Taruffo, *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Pádua: Cedam, 1979, pp. 20-21.

<sup>8</sup> Michele Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, n. 2, p. 457.

<sup>9</sup> Vigorant na França, simultaneamente, dois códigos processuais: o *Ancien code de procédure civile*, de 1806, e o *Nouveau code de procédure civile*, de 1976.

Art. 10. Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles.

Há, também, ordenamentos que atribuem ao juiz poderes de iniciativa instrutória limitados, como é o caso da Itália. A doutrina italiana mais moderna sustenta que, a fim de evitar o caráter inquisitório do processo civil, a lei atribui caráter taxativo e, portanto, excepcional, aos poderes de iniciativa probatória oficiosa que expressamente reconhece ao juiz.<sup>10</sup> Nesse país, por exemplo, o art. 281-ter, acrescentado ao *codice di procedura civile* em 1998, tem a seguinte redação:

Art. 281-ter. Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.

Evidentemente, os limites do poder de iniciativa instrutória do juiz variam muito de um ordenamento para outro, e seria absolutamente impossível apresentar, aqui, todos os possíveis modelos existentes. Importa, porém, saber que não há apenas ordenamentos “radicais”, que se encontrem em alguma das extremidades do espectro, mas também aqueles que se põem entre um extremo e outro, uns mais perto de um dos extremos, outros mais perto do oposto.

O que é inegável é que não se pode fazer uma relação automática entre democracia (ou autoritarismo) e a adoção de um ou outro desses modelos. A ninguém será dado negar o caráter democrático do Estado suíço, em que são atribuídos amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz. Do mesmo modo, ninguém em sã consciência pode negar o caráter democrático do sistema norte-americano, onde vigora o modelo oposto.

Também entre ordenamentos autoritários todos os modelos podem ser encontrados. Assim, por exemplo, no ordenamento processual soviético atribuía-se ao juiz amplíssimos poderes instrutórios, e de outro lado não houve ampliação dos poderes instrutórios na Alemanha nazista ou na Itália fascista.<sup>11</sup>

Importa, porém, saber se a norma veiculada pelo art.130 do CPC brasileiro, que atribui amplos poderes de iniciativa instrutória ao juiz, está ou não de acordo com o modelo constitucional de processo civil estabelecido a partir da Constituição da República, que proclama o caráter Democrático de Direito do Estado. Para isso, é

---

<sup>10</sup> Giovanni Arieta, Francesco De Santis, Luigi Montesano, *Corso base di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 2002, p. 276.

<sup>11</sup> Como ensina Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pp. 457-458.

preciso examinar a legitimidade como característica da democracia, o que se passa a fazer.

#### 4. O processo civil democrático: a necessária legitimidade dos fins e dos meios

É por todos sabido que o processo, instrumento de realização da jurisdição, é um microcosmo do Estado a que serve. Em outros termos significa isto dizer que o processo deve respeitar todos os princípios e valores que constituem a base do Estado em que se desenvolve. Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (ou, ao menos, havendo a solene promessa constitucional de que aqui se instale um Estado com tal natureza), impende observar no processo brasileiro todos os princípios e valores que informam tal modelo de Estado.

Pois é ponto pacífico que só há democracia (e, portanto, Estado Democrático de Direito) onde haja legitimidade no exercício do poder. Em autorizado estudioso da Teoria Geral do Estado encontra-se afirmado que a democracia representativa (modelo que, indubitavelmente, foi o proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil) só será eficazmente aplicada se existirem “instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular”.<sup>12</sup> O *princípio da legitimidade* já era considerado, em clássica obra, conteúdo de princípio constitucional que rege o exercício do poder estatal.<sup>13</sup>

Assim, é preciso que também o processo civil seja legítimo como instrumento de exercício de jurisdição. E para isso é preciso que sejam legítimos não só os fins a que se destina o processo civil, mas também os meios de que se vale para alcançá-los.

A moderna doutrina do direito processual civil afirma que os fins do processo são os próprios escopos da jurisdição. Assim é que o processo tem três diferentes escopos: sociais, jurídico e políticos.<sup>14</sup>

Escopos sociais da jurisdição são *pacificar com justiça e educação*. Escopo jurídico é a *atuação da vontade concreta do direito objetivo*. Escopos políticos são afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), concretizar o culto à *liberdade* e assegurar a *participação* dos cidadãos nos destinos da sociedade.

---

<sup>12</sup> Marcelo Figueiredo, *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2001, p. 84.

<sup>13</sup> Wilson Accioli, *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 325.

<sup>14</sup> Sobre os escopos da jurisdição, consulte-se Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1996, pp. 149 e seguintes.

Ninguém duvida, evidentemente, da legitimidade democrática desses escopos do processo (e da jurisdição). Afinal, uma sociedade em que o direito objetivo é atuado nos casos concretos submetidos à jurisdição, em que a sociedade é educada acerca de seus direitos e deveres, os conflitos são pacificados de forma justa, o Estado decide imperativamente, respeitadas as liberdades e com participação popular na formação de seus destinos é, indubitavelmente, uma sociedade democrática.

Não basta, porém, que os fins do processo estejam de acordo com o modelo democrático que se pretende ver observado no Estado brasileiro. Também os meios para alcançá-los precisam ser qualificados pela legitimidade. É que na democracia os fins não justificam os meios.

Assim, de nada valeria, por exemplo, um processo que atuasse a vontade concreta do direito objetivo sem que nele se permitisse a efetiva participação, em contraditório, dos interessados no provimento final. Do mesmo modo, seria ilegítimo um processo que, a pretexto de promover a execução forçada de um crédito, privasse o executado do mínimo existencial (penhorando e expropriando, por exemplo, verbas alimentares que ele percebe).

A legitimidade democrática dos meios é, em outros termos, a legitimidade democrática do próprio processo, vista aqui sua instrumentalidade em seu aspecto negativo (ou seja, a partir da premissa segundo a qual o processo é um meio, e não um fim em si mesmo).

Pois é aqui que reside a questão fundamental posta neste estudo: é legítima a atribuição ao juiz do poder de iniciativa probatória no processo civil? Caso não seja, ter-se-á de afirmar a incompatibilidade da interpretação dada anteriormente ao art. 130 do CPC com o teor da Constituição da República. Chega-se, então, ao objeto central deste ensaio.

## **5. A legitimidade democrática do art. 130 do Código de Processo Civil**

Diante do que foi até aqui exposto, impõe-se examinar o art. 130 do Código de Processo Civil à luz do princípio da legitimidade, de forma a verificar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Em outros termos, o que se vai verificar, agora, é se é legítimo, em um processo civil democrático, que ao juiz sejam atribuídos poderes de iniciativa probatória.

A questão, como anteriormente afirmado, é extremamente polêmica. Impende, portanto, examinar os argumentos dos que são contra ou a favor dessa atribuição de poderes, a fim de que se possa chegar a uma conclusão a respeito do ponto.

Não se pode, porém, fazer esse exame sem que duas premissas sejam estabelecidas: *primeiro*, é preciso reconhecer que o conceito de democracia não é estático nem universal. Deve-se admitir a existência de vários diferentes modelos democráticos de Estado. Pense-se, por exemplo, em modelos como o norte-americano e o sueco. Ninguém negaria a ambos a qualificação de democráticos, embora sejam Estados com configurações completamente diferentes.

*Segundo*, é preciso afirmar que o modelo de processo civil que serve para um Estado deve estar de acordo com a configuração desse próprio Estado. Assim, o modelo processual norte-americano certamente não serviria para a Suécia (e vice-versa), já que esses Estados têm configurações completamente diferentes.

Disso se conclui que o direito comparado, aqui, serve apenas como subsídio para o estudo, mas não será decisivo na resposta à questão que se quer, aqui, enfrentar. Afinal, o que importa é saber se a atribuição ao juiz *brasileiro* de amplos poderes de iniciativa probatória é ou não compatível com o modelo *brasileiro* de Estado Democrático.<sup>15</sup>

Pois há autores que afirmam, categoricamente, que a atribuição de poderes de iniciativa probatória ao juiz, permitindo-lhe determinar *ex officio* a produção de provas, contraria o sistema democrático.

Assim, por exemplo, há quem sustente que a atribuição ao juiz do poder de determinar, de ofício, a produção de provas não estaria de acordo com um modelo garantista de processo, mas com um sistema autoritário.<sup>16</sup>

Importante processualista espanhol tratou do tema com as seguintes palavras:<sup>17</sup>

“No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte em impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues

---

<sup>15</sup> Essa ligação entre o modelo de Estado e o modelo processual adotado é estabelecida como premissa de trabalho em importantíssima obra de direito processual comparado: Mirjan R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere – analisi comparatistica del processo*. Bolonha: Il Mulino, trad. ital. de Andrea Giussani e Fabio Rota, 2005, p. 39.

<sup>16</sup> Adolfo Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Rosário: Juris, s/d, pp. 307-310.

<sup>17</sup> Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia; Tirant lo Blach, 2001, p. 72.

de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material”.

Em posição oposta, e com críticas à teoria de Montero Aroca, afirmou um dos mais influentes juristas da atualidade:<sup>18</sup>

“(…) è interessante sottolineare che quando si muove dalla premessa ideologica per cui non si dovrebbero attribuire al giudice poteri di iniziativa istruttoria, ciò porta a concludere che bisogna rinunciare all’idea che nel processo possa essere conseguita – o debba essere ricercata – la verità dei fatti. Non a caso uno degli autori che con maggiore enfasi afferma la natura autoritaria dei sistemi che attribuiscono al giudice questi poteri, e quindi è favorevole alla loro eliminazione, afferma anche che bisogna ‘umilmente’ rinunciare alla verità nell’ambito del processo. In sostanza: se l’accertamento della verità dei fatti non interessa, allora non vi è bisogno di munire il giudice di poteri istruttori autonomi per consentirgli di accertarla quando a questo scopo le iniziative delle parti risultano insufficienti; reciprocamente, se si condividono le ragioni ideologiche per le quali si ritiene che il giudice non debba essere dotato di questi poteri, allora è coerente ritenere che il processo non possa, e comunque non debba, essere orientato verso l’accertamento della verità dei fatti”.

Na doutrina brasileira, um de nossos mais respeitados processualistas dedicou todo um trabalho a combater os principais argumentos da corrente que sustenta a necessidade de se retirar do juiz os poderes de iniciativa probatória.<sup>19</sup>

Penso, antes de tudo, que a questão aqui enfrentada, como qualquer outra, deve ser enfrentada sem que se busque uma tomada de posição maniqueísta. Como tudo o mais, é preciso reconhecer que ambas as teorias sustentadas têm pontos favoráveis e desfavoráveis. Como disse importante processualista,<sup>20</sup>

“La prospettiva inquisitoria nell’acquisizione dei mezzi istruttori ha com’è noto i suoi *pro* ed i suoi *contro*. Sotto il primo profilo forse può consentire un più completo accertamento della verità, per l’ipotesi che i contendenti non abbiano saputo istruire la causa come si deve. Sotto il secondo profilo reca però insito il pericolo che l’ammissione di una prova d’ufficio possa aprire la strada, come già avvenne nei primi tempi dell’applicazione del processo del

---

<sup>18</sup> Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., p. 472.

<sup>19</sup> José Carlos Barbosa Moreira, “O neoprivatismo no processo civil”, in *Temas de direito processual*, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87 *et seq.*

<sup>20</sup> Gian Franco Ricci, “Il processo civile fra ideologie e quotidianità”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, n. 1, p. 100.

lavoro, ad un inserimento nel processo ad opera del giudice di fatti non dedotti dalle parti, con l'evidente rischio di fare breccia del consolidato principio per cui l'onere delle allegazioni spetta solo ad esse”.

De outro lado, não se pode buscar aqui a elaboração de uma construção teórica simplista, em que se faça uma ligação imediata entre a atribuição de poderes de iniciativa probatória ao juiz e um modelo processual autoritário, ou entra a ausência desses poderes e um modelo processual garantista, democrático. Volto a citar a lição de Taruffo:<sup>21</sup>

“(…) non esiste alcuna connessione tra l’attribuzione al giudice di più o meno ampli poteri di iniziativa istruttoria e la presenza di regime politici autoritari ed antidemocratici. L’analisi comparatistica mostra infatti che nei principali ordinamenti europei – sul carattere democratico dei quali non è sensatamente possibile avere incertezze – si configura un ruolo attivo del giudice nell’acquisizione delle prove rilevanti per la decisione sui fatti. Si potrà dire che questi ordinamenti non si ispirano ad un’ideologia di tipo liberale classico, ossia di tipo ottocentesco, dato che in molti di essi lo Stato assume un ruolo attivo in numerosi settori della vita sociale, ma questo è un altro e diverso problema, che attiene in generale al ruolo dello Stato, così come esso è venuto definendosi in tutti gli ordinamenti moderni. Ancora una volta, tuttavia, emerge l’esigenza fondamentale di evitare confusioni concettuali ed ideologiche: un sistema può non ispirarsi all’ideologia del liberalismo ottocentesco, senza con questo cessare di essere democratico, e soprattutto senza diventare autoritario o totalitario sol perchè attribuisce al giudice un ruolo attivo nell’acquisizione delle prove”.

Penso, porém, que não se pode examinar a matéria sem que se busque determinar qual é o papel do Estado (e, nesse ponto, ousou discordar de Taruffo quando – no trecho que acabo de citar – afirma o notável jurista que isto seria “un altro e diverso problema”. A meu juízo trata-se do mesmo problema, pois o juiz nada mais é do que o agente do Estado no processo e, através de sua atuação, busca o Estado a realização de seus próprios escopos (entre os quais seus escopos políticos).

Assim sendo, não vejo como se possa examinar a legitimidade da atribuição ao juiz brasileiro de poderes de iniciativa probatória sem que se faça uma análise do modelo de Estado que se busca construir no Brasil.

Ensina importante estudioso do direito comparado que há dois modelos de Estado:<sup>22</sup> o Estado reativo e o Estado ativo.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., p.468.

<sup>22</sup> Tudo quanto se dirá adiante acerca dos modelos estatais vem da obra de Damaška, *I volti della giustizia...*, cit., pp. 136 *et seq.*

<sup>23</sup> É evidente que esses são modelos teóricos, e que dificilmente se encontraria algum Estado que se enquadrasse com absoluta perfeição em qualquer deles. Fundamental para o estudo proposto é verificar de

No Estado reativo, busca-se fornecer uma estrutura que permita aos cidadãos perseguir os escopos que tenham escolhido. Seus instrumentos devem liberar as forças espontâneas da autogestão social. Esse modelo de Estado não conhece noções de interesse distinto dos interesses sociais e individuais (privados). Trata-se, pois, de um Estado minimalista, a que incumbe, apenas, proteger a ordem e constituir-se em foro para a resolução dos conflitos que não possam ser compostos pelos próprios cidadãos.

Já no Estado ativo (em seu modelo extremo) faz-se muito mais do que adotar escolhas de valores propulsivas e programas de bem-estar. Esse modelo de Estado busca uma teoria global das condições ótimas de vida, e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente onicompreensivos de melhoramentos morais e materiais dos cidadãos. Todas as esferas da vida social, portanto, podem ao menos avaliar-se nos termos das orientações políticas do Estado e conformar-se às suas exigências. O Estado é o único local de atividade política e o destinatário exclusivo da fidelidade. A sociedade é, então, “estatizada”. Há, aí, um sentimento difuso de cidadania, de harmonia e cooperação, mais do que de dissonância e conflito. As pessoas buscam interesses comuns, subordinados ao prevalente interesse do Estado. Este não se destina a, de forma neutra, compor conflitos, mas a administrar as iniciativas sociais. O Estado ativo é pleno de otimismo. Sua missão postula a capacidade intelectual de distinguir as finalidades dignas de serem perseguidas e de formular corretamente as diretivas idôneas à sua obtenção. Quanto mais os programas governamentais são vastos e ambiciosos, tanto mais esse otimismo se torna essencial.

Como já dito, não se encontraria qualquer Estado (Democrático, claro) que se enquadrasse com perfeição em um desses dois modelos. Mesmo nos Estados Unidos da América, padrão de liberalismo (e, portanto, de Estado reativo), o Estado implementa políticas públicas ativas (bastando lembrar o exemplo das “ações afirmativas”). De outro lado, não se encontrará qualquer Estado Democrático que subordine por completo os interesses privados aos do Estado.

Inegavelmente, porém, o Estado brasileiro está mais próximo do Estado ativo que do Estado reativo. É preciso recordar, sempre, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado

---

qual dos modelos teóricos cada Estado mais se aproxima, o que permitirá compreender qual deve ser a conformação do sistema processual nele adotado.

Democrático de Direito. Ao tratar do tema, assim se pronunciaram profundos estudiosos da Teoria Geral do Estado:<sup>24</sup>

“(...) se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*”.

“O conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*”.

“O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”.

Vê-se, pois, que o Estado brasileiro, qualificado pela Constituição da República como “Democrático de Direito”, é um Estado destinado à implementação da igualdade, buscando a melhoria das condições de vida das pessoas. Uma leitura do art. 1º da Lei Maior mostra bem isso, pois ali se vê que o Estado brasileiro tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Além disso, no art. 3º da *Lex Legum* ficou estabelecido que são objetivos fundamentais do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação. É, pois, inegável que o Estado brasileiro é *ativo*, e não reativo.

O caráter ativo do Estado brasileiro faz com que para ele seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução de conflitos, mas um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Isto não significa, frise-se, que não tenha o processo, também, o escopo de pacificar a sociedade. Isto, porém, não pode levar a que se veja no processo, perdoe-se a insistência – um *mero* mecanismo de resolução de conflitos.

---

<sup>24</sup> Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 89-90.

Aliás, já se afirmou em nobre sede doutrinária, há, na obra de diversos autores, uma contradição evidente entre o que se sustenta acerca da teoria da prova e a respeito da teoria do processo: no âmbito da primeira sustenta-se que a prova tem por fim estabelecer a verdade dos fatos; no que diz respeito à segunda, afirma-se que a função do processo não é determinar a verdade dos fatos (mas tão-somente resolver conflitos). Neste caso, seria preciso explicar para que servem as provas no processo, já que elas conduzem a resultados em que o processo não estaria interessado.<sup>25</sup> A idéia, porém, de que o processo não serve para produzir decisões *verdadeiras* é típica daqueles juristas que vêem nele, apenas, um método de resolução de conflitos.<sup>26</sup>

Sempre sustentei que o processo tem por fim a atuação da vontade concreta do direito.<sup>27</sup> Ademais, sempre fiz questão de dizer que a jurisdição *não* é uma função estatal de composição de lides.<sup>28</sup> Agora, por coerência, tenho de dizer que o processo tem por fim produzir decisões *verdadeiras*, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo.

Não nego, evidentemente, o caráter democrático de processos que não permitem ao juiz a busca da verdade. Limito-me a dizer que tal modelo de processo não está de acordo com o tipo de Estado que a Constituição da República criou para o Brasil. O juiz brasileiro, agente do Estado Democrático de Direito regulamentado pela Constituição da República aprovada em 1988, deve buscar, através da sua atuação, a realização dos escopos do Estado Nacional, insculpidos no texto da Lei Maior. E não é possível a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da Constituição da República) se o processo não produz decisões verdadeiras.

É preciso, então, reconhecer que no direito processual civil brasileiro a regra do art. 130 do Código de Processo Civil tem legitimidade constitucional, e deve ser interpretada no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória.

---

<sup>25</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, trad. esp. de Jordi Ferrer Beltrán, 2002, pp. 26-27.

<sup>26</sup> Idem, p. 25.

<sup>27</sup> Assim me manifestei, por exemplo, em Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 16ª ed., 2007, p. 237 e, também, pp. 85-87.

<sup>28</sup> Idem, pp. 73-74.

## 6. Breve referência ao processo penal

A mesma discussão que vem sendo travada no processo civil alcança, também, o modelo processual penal. Ali, autores há que sustentam a necessidade de se vedar ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória, enquanto outros autores há que afirmam a necessidade de se dar ao magistrado tal poder.

Assim, por exemplo, afirma Geraldo Prado:<sup>29</sup>

“Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da *justiça material* e *presunção da inocência*, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa”.

É bastante significativo, porém, o fato de que Geraldo Prado se refere ao processo penal como instrumento de resolução de conflitos.<sup>30</sup>

Há, porém, como noticiado, quem sustente não haver incompatibilidade entre o sistema acusatório do processo penal e a atribuição, ao juiz, de poderes de iniciativa probatória. Assim, por exemplo, pronuncia-se a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover,<sup>31</sup> em opinião que conta com a expressa adesão de José Carlos Barbosa Moreira.<sup>32</sup>

A respeito do ponto, é preciso concordar com importante jurista argentino, quando afirma que admitir a existência de poderes de iniciativa probatória ao juiz do processo civil e negar tais poderes ao juiz do processo penal é “absolutamente esquizofrênico”.<sup>33</sup>

A meu juízo, o mesmo motivo que leva ao reconhecimento da existência do poder de iniciativa instrutória do juiz no processo civil deve fazer com que se sustente

---

<sup>29</sup> Geraldo Prado, *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 129-130. Registro, aqui, e desde logo, que eventuais divergências entre minhas opiniões e a do autor aqui citado não diminuam em nada a imensa admiração que sinto por ele que, além de notável jurista e magistrado, comprometido com a defesa da democracia em suas obras e decisões, honra-me com sua amizade. Geraldo é um dos meus melhores amigos, um verdadeiro irmão, e faço a mais absoluta questão de tornar público o afeto que sinto por ele.

<sup>30</sup> A expressão aparece por diversas vezes em sua obra citada na nota anterior. A título meramente exemplificativo, confira-se o que vai às pp. 116, 124 e 127.

<sup>31</sup> Ada Pellegrini Grinover, “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, in Grinover, *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 80-81.

<sup>32</sup> José Carlos Barbosa Moreira, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

<sup>33</sup> Adolfo Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, cit., p. 310.

sua existência no processo penal. O modelo processual penal brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado adotado no Brasil. E este é um Estado *ativo* (ainda que não o seja de forma radical), e não reativo. E não há qualquer violação do sistema acusatório (ou, pelo menos, do sistema acusatório brasileiro) nessa afirmação. O juiz penal não acusa, eis que não imputa fatos ao demandado, nem tem sua imparcialidade violada, na medida em que não sabe, ao determinar a produção da prova, a quem a mesma irá beneficiar.

O sistema acusatório exige, como é da essência do processo democrático (civil ou penal), que o juiz seja imparcial. Imparcialidade, porém, não significa passividade, e o ativismo judicial é absolutamente essencial para que o processo seja capaz de produzir decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos e, por conseguinte, revelem-se aptas a atuar, corretamente, a vontade concreta do direito. O fato de o direito processual penal brasileiro, de algum tempo para cá, ter recebido inegável influência do sistema norte-americano (com a adoção, por exemplo, de institutos como a transação penal), não pode levar – sob pena de violação ao modelo constitucional de Estado – a que se transforme o processo penal em um mero sistema de resolução de litígios, pois tal resultado estaria de acordo com um Estado reativo, mas não com o Estado ativo que se implantou no Brasil.

## **7. Conclusão**

À guisa de conclusão, limito-me a reproduzir aqui a idéia que sustentei ao longo de todo este ensaio. O modelo processual brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado que a Constituição da República estabeleceu para o Brasil. E nesse modelo de Estado ativo a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo-se que este agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.