

**DANIEL PENTEADO DE CASTRO**

Mestre e doutorando em Direito Processual Civil pela USP.  
Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Professor no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil no Instituto Internacional de Ciências Sociais - Centro de Extensão Universitária, na Escola Superior de Advocacia e na Escola Paulista de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado em São Paulo.

# Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil

Fundamentos,  
Interpretação  
e Dinâmica

2013

 **Editora  
Saraiva**

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SAC/UR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesso: www.saraivajur.com.br

**AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azeredo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

**BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dória, 23 — Brejo

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

**BAURÍ (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhar Claro, 255/257 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauri

**CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomano Gomes, 670 — Jocaerecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

**DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

**GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Almirante Paiva, 449 — Leopoldina

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 — Baixa Campes

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAIBA/R. G. DO NORTE/ALAGADOS**

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-8643 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 — Fátima

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártico, 92 — Barra Funda

Fone: PABX: (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-18366-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Castro, Daniel Penteado de  
Poderes instrutórios do juiz no processo civil :  
fundamentos, interpretação e dinâmica / Daniel  
Penteado de Castro. — São Paulo : Saraiva, 2013.

1. Instrução (Processo civil) 2. Juizes 3. Prova  
(Direito) I. Título.

12-10843 CDU-347.962.1

Índice para catálogo sistemático:

1. Juizes : Poderes instrutórios : Direito  
processual civil 347.962.1

*Diretor editorial* Luiz Roberto Curia

*Gerente de produção editorial* Lígia Alves

*Assistente editorial* Álvaro Merlas Akinaga Cordeiro

*Produtora editorial* Clarissa Baraschi Maria

*Arte e diagramação* Ro Comunicação editorial

*Revisão de provas* Rita de Cássia Queiroz Gorgatti

Ivani A. Martins Cazarim

Willians Calazans

*Serviços editoriais* Vinícius Azevedo Vieira

Camilla Artioli Loureiro

*Capa* Guilherme P. Pinto

*Produção gráfica* Mark Rampim

*Impressão* Barbra Gráfica

*Acabamento* Barbra Gráfica

**Data de fechamento da edição: 25-9-2012**

Dúvidas?

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio  
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e  
punido pelo art. 184 do Código Penal.

## AGRADECIMENTOS

Mais difícil que redigir um trabalho acadêmico é exprimir com poucas palavras uma forma de agradecer a pessoas especiais que de algum modo contribuíram para a sua redação. Segue uma vã tentativa:

Consigno o agradecimento aos meus pais Sue e Ney, pela educação e amor que pacientemente me foram dados. Aos meus irmãos Ney e Adriana, meus primeiros amigos. À Beatriz, minha companheira.

Agradeço ao professor Antonio Carlos Marcato, exemplo de professor para todas as áreas do saber e constante fonte de inspiração, pelo acolhimento, confiança e oportunidade depositadas que tornaram possível a confecção deste estudo. Aos professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, José Rogério Cruz e Tucci, Kazuo Watanabe, Carlos Alberto Carmona, Flávio Luiz Yarshell, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Carlos Alberto de Salles, cujos preciosos ensinamentos lecionados nas disciplinas da pós-graduação foram fundamentais para o desenvolvimento do tema.

Agradeço também aos professores José Carlos Baptista Puoli e Ricardo de Barros Leonel, pelos sábios e valiosos conselhos tecidos no exame de qualificação. Aos professores Milton Paulo de Carvalho e José Roberto dos Santos Bedaque, pela paciência e receptividade para discutirem o tema e sanarem tormentosas dúvidas. Aos colegas do escritório pela paciência e incentivo e, por todos, ao Doutor Carlos Miguel Castex Aidar, pelo estímulo e constante confiança nos desafios de trabalho que serviram de inspiração para aprofundamento dos estudos.

Passemos, finalmente, ao exame mais detido dos poderes instrutórios, a tentativa de definição de um conceito, dimensão, limites e extensão, bem como breves menções ao direito alienígena e evolução no panorama nacional.

#### 4. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Os poderes instrutórios são espécie do gênero poderes do juiz,<sup>370</sup> os quais não deixam de ser poderes-deveres. Sendo o juiz o

---

370 Segundo Sidnei Amendoeira Junior, um esboço da classificação dos poderes do juiz se encontra presente, em síntese, no Livro I, Título IV, Capítulo IV, do Código de Processo Civil, fazendo remissão aos arts. 125 [direção do processo e solução rápida para o litígio, combatendo atos atentatórios à dignidade da Justiça], 126 [vedação do *non liquet*] e 130 e 131 [poderes instrutórios]. Ao final, conclui que as principais atividades do juiz no processo são: I - dirigir o processo; II - determinar (ou indeferir) a produção de provas, participação de sua colheita e apreciá-las; III - combater a má-fé processual; IV - decidir as questões que lhe forem postas (enfrentando, assim, o que lhe propõe o objeto do processo); V - impor o quanto decidido; e VI - evitar que a tutela entregue não seja justa (preservação das garantias constitucionais do processo), efetiva (do próprio bem da vida pleiteado, evitando paliativos) e tempestiva (entregue a tempo). Ao final, conclui: "Essas atividades serão refletidas, portanto, na classificação dos poderes-deveres do juiz que será aqui adotada: poder decisório (controle), poder ético (fiscalização) e poder ordinatório (movimentação e direção em geral). Como, porém, não basta o juiz declarar a vontade concreta da lei, decidindo a questão de mérito (poder decisório), fazendosse necessário, ainda, atuar essa declaração, se não cumprida espontaneamente por quem de direito, os poderes executivos devem estar presentes. (...) Por fim, existiria, ainda, um poder geral de cautela ligado à ideia de que o juiz deve possuir poderes suficientes e conceder tutelas de urgência, mediante cognição sumária e que envolveria as tutelas antecipadas e cautelares. Assim, e em conclusão, podem ser divididos e classificados os poderes-deveres jurisdicionais do juiz em: ordinários, instrutórios, decisórios, éticos, executivos e geral de cautela" (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 36-37). Sobre o tema, ver ainda: MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 118-126; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*: a igualdade das partes e a repressão ao abuso do processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 73-89; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 234-247; GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 47-49; e MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 155-159.

agente em que o Estado deposita poderes que o legitimam a realização de seus atos, esses são exercidos como um dever perante as partes, inerente à garantia constitucional do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), uma vez que a realização da justiça não é um favor do Estado, mas uma garantia solene de promessa constitucional (acesso à justiça).<sup>371</sup>

A classificação dos poderes do juiz não é pacífica na doutrina, e seria tarefa que foge das premissas centrais deste estudo tentar pontuar qual a categorização mais adequada, diante de tantas variações que, em verdade, deixam de agregar contribuições práticas no que toca às diferenças destacadas em cada autor. Portanto, apontaremos tão somente alguns estudos relativos à classificação dos poderes do juiz para, no item seguinte, traçar a localização metodológica dos poderes instrutórios.

Na concepção de Odilon de Andrade,<sup>372</sup> os poderes instrutórios estão contemplados entre os *poderes de promoção* e os *poderes de inspeção*. Isso porque, para esse autor, os poderes do juiz classificam-se em *poderes de inspeção* (v.g., o poder de apontar às partes as nulidades e irregularidades sanáveis que encontrar no processo; o poder de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias); *poderes de promoção* (v.g., o poder de determinar de ofício as diligências necessárias à instrução do processo; o poder de determinar

371 É o que leciona José Manoel de Arruda Alvim, ao discorrer acerca do aspecto dúplice dos poderes-deveres. Ou seja, a todo dever corresponde, no plano do direito público, um poder. Logo, poder-dever constituem um binômio que se concretiza através da atividade pública judicante (*Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. 5, p. 20-21). Em entendimento semelhante, Dinamarco acresce que os poderes do juiz, que em si mesmos seriam situações jurídico-processuais *ativas*, têm em contrapartida situação *passiva* representada pelo dever de cumpri-los (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 211-212). Por sua vez, Moacyr Amaral Santos conclui que "dever do juiz é usar dos seus poderes, movimentando a relação processual e, desde que regular, decidir da ação e do mérito" (*Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 331). De forma mais específica, em relação aos poderes-deveres instrutórios, vide o item 4.1.

372 ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 84, p. 3-14, out. 1940.

a reunião de ações conexas); e *poderes de repressão* (v.g., o poder de aplicar pena ao litigante de má-fé; o poder de obstar que as partes se sirvam do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei).

Para Carlos Aurélio Mota de Souza,<sup>373</sup> o juiz exerce *poderes-atividades* fragmentados em *poderes jurisdicionais*, *poderes processuais* e *poderes administrativos*. Dentre os *poderes atividades*, os *poderes jurisdicionais* dizem respeito ao poder do juiz exercido no momento processual em que lhe compete dizer o direito em concreto e em definitivo, ao passo que os *poderes processuais* estão ligados à direção formal e material da causa, consistindo em atividades que o juiz exerce para prolatar a sentença. Já os *poderes administrativos* tratam dos atos do juiz de direção e fiscalização dos serviços judiciários, como órgão corregedor permanente, aí incluídos todos os processos sob a competência do magistrado.

Barbosa Moreira classifica os poderes instrutórios, dentre os chamados *poderes-meio* (que precedem os *poderes-fim* ligados à atividade decisória), de feição instrumental, daí compreendidos também os poderes de direção do processo e os poderes de coerção.<sup>374</sup> Por sua vez, Cintra, Grinover e Dinamarco classificam os poderes do juiz em *poderes administrativos* ou de polícia, destinados a evitar a perturbação do processo e assegurar a ordem e o decoro daqueles que devem envolvê-lo (arts. 445 e 446 do CPC), e *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no processo e dividem-se em *poderes-meio* (daí envolvendo os *ordinatórios*, ligados ao simples andamento do processo e os *instrutórios*, voltados à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fim* (daí compreendidos os decisórios e os de execução).<sup>375</sup>

373 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso do processo*, cit., p. 78-80.

374 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55.

375 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 315. Semelhante é a classificação de Moacyr Amaral Santos, com a ressalva de que os *poderes jurisdicionais*, além de dividirem-se em *ordinatórios* e *instrutórios*,

Por fim, Vicente Miranda<sup>376</sup> atribui aos *poderes instrutórios* uma classificação própria (espécie de poderes do juiz), consistente nos atos do juiz destinados a instrução da causa.

Assim, vê-se que os poderes instrutórios foram alocados nas mais variadas classes pela doutrina; essas divergências não têm relevância prática, mas sim a constatação de que se trata de *poderes-deveres*. A seguir, apontaremos brevemente uma tentativa de classificação dos poderes instrutórios diante das concepções doutrinárias retrocitadas, para em seguida, traçar algumas premissas ligadas à dimensão, ao conceito e aos limites desses poderes.

#### 4.1 Os poderes instrutórios diante das classificações dos poderes do juiz: panorama no Projeto de Código de Processo Civil e no Código de Processo Civil em vigor

Consoante restou exposto no item anterior, a classificação dos poderes do juiz está ligada com a finalidade do ato emanado do magistrado. Desse modo, os poderes instrutórios guardam

---

têm ainda uma terceira divisão, qual seja, os *poderes finais*, os quais englobam os *poderes decisórios*, ligados às decisões proferidas, e os *poderes satisfativos* ou *executórios*, voltados ao processo de execução (*Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1., p. 326 e ss.). Parecida também é a classificação de José Frederico Marques, com a ressalva de que os *poderes administrativos* contemplam os *poderes de polícia processual*, exercidos "em torno do processo". Por sua vez, os *poderes jurisdicionais*, exercidos dentro do processo, se dividem em *instrumentais* ou *ordinários*, destinados a resolver questões incidentes, mas que, ao serem decididas, propiciam a movimentação processual, e *poder decisório* ou *vinculação final*, voltado a declarar e realizar o direito, ou seja, é o poder judicial para proferir a decisão que soluciona a lide e fazê-la cumprir de maneira coercitiva, quando necessário (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 153 e ss.). Por fim, classificação parecida é a de José Manoel de Arruda Alvim, que concebe os poderes do juiz entre *poderes jurisdicionais*, compreendendo todos os atos, desde a formação da relação jurídica processual até a sentença, e *poderes de polícia*, assim entendidos os poderes exercidos pelo juiz como autoridade, a exemplo dos arts. 445 e 446 do Código de Processo Civil (*Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 30).

376 MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, cit., p. 119, 122 e 123.

finalidade específica (tema que será melhor abordado nos itens 4.2 e seguintes), de sorte que sua alocação como espécie do gênero poderes do juiz também se aproxima das muitas classificações doutrinárias apontadas no item anterior. Assim, adotando-se a classificação de Odilon de Andrade, tais diligências estão alocadas dentre os chamados *poderes de promoção* (v.g., poder de determinar de ofício as diligências necessárias à instrução do processo e de indeferir a produção de provas inúteis).

Mediante definição concebida por Cintra, Grinover e Dinamarco, os poderes instrutórios inserem-se na classificação dos *poderes-meio*, notadamente na subdivisão *poderes ordinatórios* (voltados à formação do convencimento do juiz), porquanto para Carlos Aurélio Mota de Souza, os poderes instrutórios estão contemplados nos *poderes processuais*, na medida em que refletem a atividade do juiz voltada a assegurar o correto andamento de cada processo, dirigindo formal e materialmente a causa. Por fim, na concepção retrocitada de Vicente Miranda, a classe própria dos *poderes instrutórios* como espécie de poderes do juiz se aproxima dos atos de admissão ou não das provas requeridas, na direção e fiscalização da produção das provas deferidas, na valoração das provas produzidas e na determinação de ofício da produção probatória.<sup>377</sup>

Através de breve análise das classificações supracitadas, embora com poucas divergências, pode-se extrair que os poderes instrutórios caracterizam-se por diligências determinadas de ofício pelo juiz, cuja finalidade se presta à instrução do processo, com vistas à formação do convencimento do magistrado mediante direção formal e material da causa. Nesse contexto, leciona Pontes de Miranda que a direção formal consiste em atos de o juiz ordenar o processo em sua marcha externa através da fixação de prazos, abertura e encerramento de audiências, oitiva de testemunhas etc. Por sua vez, a direção material trata da atuação do juiz para viabilizar que o material do processo se articule de modo que melhor se colha a verdade, esclareça as argumentações das partes e assim se

---

377 MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, cit., p. 123.

obtenha uma visão conjunta de tais elementos, a exemplo do que determina o art. 125 do Código de Processo Civil.<sup>378</sup>

Tais diligências (poderes instrutórios) se encontram expressamente previstas em muitas passagens do Código de Processo Civil, cujas hipóteses são meramente exemplificativas. Isso porque o art. 130 não faz ressalva alguma quanto ao poder conferido ao juiz para "determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Sendo o juiz mero agente estatal, a ele são conferidos poderes que se alinham a poderes-deveres, porquanto são exercidos com a finalidade de se realizar a função pública da jurisdição. Logo, os poderes do juiz defluem da própria investidura do cargo exercido pelo magistrado como agente estatal e, portanto, correspondem a deveres destinados a atender aos escopos da jurisdição, mediante atuação do Estado-juiz.<sup>379</sup> Significa dizer que a atuação jurisdicional do magistrado ocorre no processo, dentro do espaço delimitado pelas normas e princípios processuais. Sidnei Amendoeira Junior acresce, ainda, que esse *dever* decorre da própria garantia destinada a preservar o equilíbrio do sistema:

"O juiz é titular de situações jurídicas integradas, que não são verdadeiramente dativas ou passivas, aquilo que o juiz pode fazer, também deve fazê-lo; poder no sentido de que ao ato as partes se submetem e dever no sentido de garantir o equilíbrio do sistema e obter os resultados desejados. Enquanto for observado o equilíbrio nessas situações jurídicas integradas, estará o magistrado exercendo, legitimamente, o poder estatal, ou seja,

378 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 367.

379 Nessa linha de raciocínio, José Carlos Baptista Puoli bem assevera que, sem o aumento dos poderes do juiz, não há como atingir-se a instrumentalidade, cuja premissa central é a visão do processo como um instrumento público, de sorte que, a fim de acomodar-se essa visão teleológica, necessária a relativização de alguns princípios do processo: "Esta tendência encontra sua justificação no fato de ser crítico que não adianta exigir do juiz uma postura interessada no atendimento dos escopos do processo se não lhe for dado o instrumental legal e os demais meios necessários para o bom desempenho dessa função" (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, cit., p. 53).

exercendo esses poderes/deveres de forma equilibrada, estará o magistrado preparando legitimamente o ato final do processo."<sup>380</sup>

De igual sorte, Nelson Juliano Schaefer Martins aponta os poderes instrutórios como *poderes-deveres*, porquanto a tendência de buscar a verdade dos fatos, face à publicização do processo, necessita da intensificação das atividades instrutórias do juiz, sem a qual não é possível esclarecer as questões referentes à demanda,<sup>381</sup> entendimento também perfilhado por Carlos Aurélio Mota de Souza, para quem "os poderes que incumbem ao juiz são intrinsecamente deveres, sem os quais não poderia exercer plenamente o comando jurisdicional que o Estado lhe outorgou".<sup>382</sup>

Por sua vez, o art. 130 retro citado determina que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo". A conjugação do verbo "caberá" no futuro do indicativo dá a conotação de um dever, ao passo que a expressão "de ofício"<sup>383</sup> revela um poder conferido ao juiz que, em verdade, "deve" ser exercido pelo julgador e prescinde de requerimento das partes. Vale dizer, por ser uma diligência de ofício, ela deve ser determinada independentemente de pleito das partes, pois a sua realização se impõe como medida de ofício, incondicionada, portanto à discricionariedade do juízo.

De igual modo, cabe ao juiz determinar, sem necessidade de provocação, a realização de perícia (art. 331, § 2º, do CPC),<sup>384</sup> or-

380 AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 21.

381 MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 192-193.

382 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso do processo*, cit., p. 77.

383 Não pretendemos neste trabalho esgotar todas as premissas que circundam as matérias e diligências de ofício, suas hipóteses e limitações, tarefa envolta em terreno pantanoso que não se presta à finalidade central desta dissertação. Utilizaremos da expressão "de ofício" tão somente como referência a diligências que devem ser implementadas pelo magistrado (dever de ofício) e prescindem de requerimento das partes.

384 A redação inicial do art. 331, I, do Código de Processo Civil de 1973 previa: "Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções

denar o comparecimento pessoal das partes, para "interrogá-las sobre os fatos da causa" (art. 342 do CPC), determinar a exibição de documento ou coisa, em poder de terceiro ou do litigante, assim como a exibição de livros comerciais e documentos (arts. 355, 360 e 382 do CPC), requisitar a repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, "certidões necessárias à prova das alegações das partes" ou "procedimentos administrativos nas causas em que for interessado a União, o Estado, o Município ou respectivas entidades da administração indireta" (art. 399 do CPC), proceder à inspeção de pessoas ou coisas (art. 440 do CPC), inquirir como testemunhas as pessoas referidas em depoimentos ou declarações, assim como determinar a "acareação de duas ou mais testemunhas, ou de algumas delas com a parte, quando sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas alegações" (art. 418 do CPC), determinar a produção de nova perícia (art. 437 do CPC), bem como ouvir como declarantes as testemunhas

---

precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - deferirá a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos". Ainda no período de *vacatio legis* do Código Buzaid, a Lei n. 5.925 conferiu nova redação ao art. 331, cuja alteração modesta desobrigou o magistrado de determinar a produção de prova pericial, ao substituir o termo "deferirá" por "decidirá": "Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos". Passados vinte anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a Lei n. 8.952/94 alterou novamente a redação do art. 331, condicionando a produção da prova apenas após exaurida a tentativa de conciliação das partes: "Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário". A despeito das reformas supracitadas modificarem em parte a redação do art. 331, é certo que tais modificações legislativas não retiraram, tampouco reduziram, o poder-dever do juiz em determinar as provas que julgar necessárias, o que remete, inclusive, à redação do próprio art. 130.

impedidas ou suspeitas (art. 405, § 4º, do CPC). Esses são meros exemplos de iniciativas probatórias do magistrado previstos no Código de Processo Civil, cujo rol não é restritivo, mas sim exemplificativo, conforme discorrido nos parágrafos anteriores. Ademais, a literal redação do art. 130 do Código de Processo Civil é clara em prever que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, "determinar as provas necessárias à instrução do processo", o que não limita, por oportuno, a um rol taxativo que restrinja as iniciativas probatórias do juiz. Portanto, são diligências cujo limite é a própria formação do convencimento do magistrado. Todavia, o exercício dos poderes instrutórios encontra balizas que serão comentadas adiante, mormente a observância das garantias constitucionais.

A redação do Projeto do Código de Processo Civil (PLS 166/2010),<sup>385</sup> cuja proposta encampada de poucas alterações em semelhante previsão no substitutivo aprovado e em trâmite na Câmara dos Deputados (PLC 8.046/2010), notadamente os arts. 354 e 355 também permitem a iniciativa probatória do magistrado e livre valoração da prova pelo juiz, respectivamente. De igual modo, os arts. 371<sup>386</sup> (depoimento pessoal), 382<sup>387</sup> (exibição de documentos ou coisas

---

385 "Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 355. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento." Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249)>. Acesso em: 10 ago. 2010. Para efeito deste trabalho, será citada a versão do Projeto já encampada a proposta de alteração apresentada pelo senador Valter Pereira.

386 "Art. 371. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

387 "Art. 382. O juiz pode ordenar que a parte exhiba: I - a coisa móvel em poder de outrem e que o requerente reputa sua ou tenha interesse em conhecer; II - a documento próprio ou comum, em poder de cointeressado, sócio, condômino, credor ou devedor ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; III - a escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei."

pelas partes), 424<sup>388</sup> (requisição de documentos às repartições públicas), 465<sup>389</sup> (determinação de nova perícia) e 468<sup>390</sup> (inspeção judicial) permitem a iniciativa probatória do magistrado em hipóteses exemplificativas, mercê diante da redação do art. 354 retrocitado, que por si só autoriza a iniciativa probatória do juiz indistintamente.

Estabelecida uma tentativa de alocação dos poderes instrutórios que se aproxime das diversas classificações dos poderes do juiz difundidas pela doutrina, seguida de breves apontamentos no Código de Processo Civil e respectivo Projeto de Novo Código de Processo, passemos a definir a dimensão, o conceito e o momento de exercício desses poderes.

#### 4.2 Dimensão, conceito e momento dos poderes instrutórios

Antes da tentativa de conceituar os poderes instrutórios, necessário tecer breve exame acerca da amplitude de tais poderes dentro do processo e das fases do procedimento, ou seja, em que fase do processo, se existente alguma limitação, são permitidos os poderes instrutórios, o que doravante denominaremos *dimensão*.

O vocábulo "instrutório" advém da palavra "instruir", cujo significado pode ser concebido como "transmitir ou adquirir conhecimento", "dar notícia, comunicar, informar", "ensinar a fazer (algo), adestrar, habilitar, iniciar, dar ou obter esclarecimento, informação sobre algo, informar-se, esclarecer-se, orientar-se".<sup>391</sup> Já o

termo "instrução" deriva do latim *instructio* (ordem, disposição, ensino), cuja terminologia forense é empregada para "expressar, a soma de atos e diligências que, na forma das regras legais estabelecidas, devem ou podem ser praticados, no curso do processo, para que se esclareçam as questões ou os fatos, que constituem o objeto da demanda ou do litígio. A instrução, pois, dispondo os elementos na ordem regulamentar, vem ministrar os esclarecimentos ou trazer elucidação aos fatos, que se precisam saber {...}. Tudo, pois, que se faça ou promova no processo, com a intenção de provar, mostrar, esclarecer, documentar, é instrução".<sup>392</sup>

Partindo da premissa mais ampla de que os poderes instrutórios compreendem os atos do juiz destinados a trazer elementos e provas aos autos necessários à realização da cognição para se decidir um pedido (que não implique necessariamente sentença), não se limitando, portanto, à chamada fase instrutória, soa lógica a conclusão de Dinamarco: "Instrução não é sinônimo de prova nem fase instrutória se confunde com fase probatória. Provas e alegações unificam-se no conceito de instrução, porque ambas são teleologicamente unidas pelo objetivo de produzir conhecimento no espírito do juiz".<sup>393</sup>

Assim, a *dimensão* dos poderes instrutórios se estende em amearhar elementos, informações e constatações necessários à construção do campo probatório destinado à formação do

388 "Art. 424. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios."

389 "Art. 465. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida."

390 "Art. 468. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa."

391 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.627, verbete "instruir". Semelhante definição também pode ser encontrada em outros

dicionários: "Ato ou efeito de instruir-se, ensino, conhecimentos adquiridos, cultura, saber, erudição, explicação dada para determinado fim, esclarecimento ou ordem dada a pessoa encarregada de alguma negociação ou empreendimento" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., 13. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 953).

392 DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. Instrução. In: *Vocabulário jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 752-753. E também: "E, assim sendo, instrução mostra-se em sentido equivalente a esclarecimento, elucidação, pois que, mesmo no sentido processual, não é outro o objetivo, que se colima, quando é posta em função" (Ibidem, p. 753).

393 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 34. Em igual sentido: "Instruir não é sinônimo de provar e prova não é sinônimo de instrução" (*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163).

convencimento do magistrado. A dimensão desses *poderes-deveres* não se limita, portanto, à chamada fase instrutória inserta no processo de conhecimento, mas inclui todo ato do juiz que esteja ligado à cognição,<sup>394</sup> seja a cognição sumária ou decisões proferidas em processo de execução.

Portanto, estando a atividade cognitiva ligada aos poderes instrutórios, é certo que a *dimensão* desses poderes não se restringe apenas à fase de conhecimento, tampouco em atos do juiz que precedam a sentença, podendo tais poderes ser exercidos em toda situação que demande a busca de elementos pelo magistrado necessários para decidir e fundamentar uma decisão. Essa é a *dimensão* dos poderes instrutórios que, em verdade, podem ser exercidos pelo juiz sempre que necessários para a formação de seu convencimento e quando compatível a produção da prova com o procedimento.<sup>395</sup> O que se discute e será melhor debatido adiante são as limitações do exercício desses poderes como forma de compatibilizarem com os princípios existentes no sistema.

Estabelecidas premissas ligadas à *classificação* doutrinária e *dimensão* dos poderes instrutórios, seu *conceito* reside nos atos do juiz ligados à própria instrução<sup>396</sup> que, por sua vez, conduz a uma

394 Dinamarco complementa: "A instrução é pois o gênero próximo e a prova, uma de suas espécies. Tanto quanto a cognição, a instrução incide sobre todos os pontos de fato e de direito relevantes para decidir (...). Em uma conceituação ainda mais ampla, instrução é 'preparação' e instruir é 'preparar'" [*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163].

395 Dinamarco assevera ser o mandado de segurança o procedimento mais angustioso, em que praticamente inexistente momento predisposto a provas ou alegações, que em verdade são produzidas pelas partes quando da impetração e das informações, por parte do impetrante e impetrado, respectivamente [*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 35].

396 Para Moacyr Amaral Santos, a prova possui momentos distintos, consistentes na *proposição* (ato da parte e do juiz na especificação dos meios de prova ou determinação dos fatos por provar, respectivamente), *admissão* (momento da avaliação preventiva de sua utilidade, exercido pelo juiz) e *produção ou execução* (reprodução do fato afirmado) [*Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 242, 254-255 e 260]. Para José Roberto dos Santos Bedaque, os poderes do juiz relacionados à produção da prova não

concepção mais ampla, relativa a toda situação no processo em que seja necessário produzir conhecimento no espírito do julgador, mediante direção formal e material da causa, que se aperfeiçoa de ofício.

Os atos ligados à produção da prova defluem da própria iniciativa probatória do juiz ou deferimento das provas requeridas pelas partes. Logo, tais atos somente se materializam quando da produção da prova, ao passo que a admissibilidade ou indeferimento da colheita de tal prova se aperfeiçoa na oportunidade em que é franqueado o exercício da especificação de provas aos litigantes,<sup>397</sup> de sorte a constituir-se um expediente de participação recíproca entre o juiz e os litigantes. Nesse sentido, discorre Moacyr Amaral Santos:

"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 a estimar as provas, porque, então, seria transformarem-se em juizes 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, objeto de ordem pública, assumir o ônus de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam."<sup>398</sup>

Portanto, os atos do juiz ligados ao deferimento/indeferimento de determinada prova ou meio de sua produção relacionam-se com os poderes do juiz voltados à produção da prova, que, por sua vez, compreende os poderes instrutórios.

se restringem apenas à produção de provas *ex officio*, mas também estão ligados ao indeferimento de diligências inúteis ou desnecessárias [*Código de processo civil interpretado*, in MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*, cit., p. 385-386].

397 Conforme leciona Dinamarco, cada meio de prova é uma técnica procedimental específica, composta de atividades disciplinadas em lei ou divididas em fases ou momentos da prova. Estes, por sua vez, se dividem na propositura pela parte, admissão pelo juiz, realização mediante participação de todos os sujeitos processuais e a valoração, atividade exclusiva que compete ao magistrado [*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 88-89].

398 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 238.

Resta verificar em que *momento* o juiz deve assumir postura mais ativa quanto ao exercício dos poderes instrutórios, notadamente as iniciativas probatórias.<sup>399</sup>

A prova tem por *finalidade*,<sup>400</sup> em linhas gerais, trazer elementos de influência necessários à convicção do julgador, de sorte que seu *objeto* reside na investigação dos fatos relevantes ou pertinentes que devem ser examinados pelo juiz como necessários para decidir. Daí o magistrado se valer dos meios de prova para investigar o *objeto*, mediante a produção das provas que, por sua vez, classificam-se quanto ao sujeito, à forma e ao *momento*. No que importa à investigação deste trabalho, em relação ao *momento* do meio de prova, "eles podem ser apresentados dentro ou fora da 'fase instrutória' dos mais diversos procedimentos".<sup>401</sup>

Através das principais contribuições da doutrina já abordadas no item 3.1.2 (sem, contudo, confrontar todos os aspectos ligados à teoria geral da prova e algumas variações difundidas por outros autores), pode-se concluir que a produção da prova tem por finalidade convencer o juiz acerca de uma premissa em aproximação da verdade, dentre as demais alegações controvertidas entre as partes, ou entre aquelas que, apesar de não controvertidas, dependam de comprovação.<sup>402</sup> Por outro lado e conforme já tratamos naquele mesmo item, o juiz é o destinatário da prova, porquanto cabe a ele decidir e, nas situações que demandam a produção de

399 Tem-se que o momento oportuno para as partes postularem a produção de determinada prova deva estar de acordo com o procedimento previsto no sistema. Em contrapartida, preocupação maior gerada pela doutrina diz respeito ao momento para que o juiz exerça suas iniciativas probatórias.

400 Ver item 3.1.2.

401 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. 1, cit., p. 234.

402 É o que aponta Dinamarco, ao tratar das situações em que não se presumem verdadeiros os fatos que deixaram de ser impugnados pelo réu (art. 302 do CPC), bem como nas hipóteses em que os efeitos da revelia deixam de ser aplicados (art. 320 do CPC) (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 62-63).

provas, a decisão se fundamentará no resultado probatório.<sup>403</sup> Destarte, havendo necessidade de dilação probatória, a construção desse campo se impõe para que o juiz identifique elementos necessários para a formação de seu livre convencimento. E, sendo a *dimensão* dos poderes instrutórios estendida a toda situação que exija a busca de elementos para a formação do convencimento do juiz, necessários a decidir e a fundamentar sua decisão, e quando compatível a produção da prova com o procedimento, de igual sorte o *momento* de exercício da iniciativa probatória do magistrado pode ocorrer sempre que preceder uma decisão, quando relevante a produção da prova.<sup>404</sup>

Contudo, cabe verificar se esse *momento* de iniciativa probatória é supletivo à oportunidade dada às partes para requererem as provas que pretendem produzir, ou se o juiz, *ab initio*, já fica autorizado a investigar e determinar de ofício as provas que entender necessárias para o julgamento da lide. Na doutrina, Moacyr Amaral Santos,<sup>405</sup> Cândido Rangel Dinamarco,<sup>406</sup>

403 Embora soe repetitivo a todo momento o emprego da palavra "prova", ela não se confunde com "evidência", conforme leciona Dinamarco: "É uma profanação ao vernáculo e às tradições vocabulares ligadas ao linguajar jurídico romano o emprego do vocábulo 'evidência' em lugar de 'prova'. Esse péssimo uso é obra de maus tradutores que, iludidos por um falso cognato (*pitfall*), não se apercebem de que 'evidence' significa 'prova' e não evidência" (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 42).

404 Na definição de Dinamarco, "procedimento é somente uma série ordenada de atos destinados à realização de algum objetivo" (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 337). A partir daí se extraem os diversos procedimentos adequados à tutela jurisdicional pretendida. Em relação à profundidade da cognição e instrução, na medida em que no procedimento ordinário a fase instrutória é bastante ampla e especializada em lei (arts. 332 e seguintes do CPC), no procedimento sumário, embora inexistam uma fase instrutória propriamente dita (por ter uma vocação a ser concentrado para poder ser mais rápido), há oportunidade plena para alegar e provar em audiência ou mediante perícia (arts. 278, § 2º, e 276 do CPC) (*Ibidem*, p. 35).

405 SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 77.

406 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 55.

João Batista Lopes,<sup>407</sup> Humberto Theodoro Júnior<sup>408</sup> e José Manoel de Arruda Alvim<sup>409</sup> sustentam que as iniciativas probatórias do juiz devem ser utilizadas supletivamente às provas já produzidas nos autos pelas partes, e desde que persista dúvida no convencimento do magistrado sobre como decidir.

Embora a conclusão seja convergente, os fundamentos difundidos por esse segmento da doutrina variam e não são unânimes entre os autores. Dentre as principais assertivas, tem-se que o juiz que determina a produção de provas de ofício substitui o ônus dos litigantes, mormente a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.<sup>410</sup> Por essa razão, as iniciativas probatórias do juiz somente devem se aperfeiçoar após a produção das provas requeridas pelas partes. Superada essa etapa, o juiz deverá ter a iniciativa probatória caso reste dúvida sobre como decidir, ou seja, se ainda carecer de elementos no campo probatório que o impeçam de formação do livre convencimento. Do contrário, estaria subsidiando uma das partes e, em consequência, desequilibrando o contraditório. Logo, o juiz atuaria mais no sentido de complementar a prova do que ter ampla iniciativa, independentemente da manifestação das partes.

407 LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, n. 716, p. 46, jun. 1995. Esse autor, embora reconheça a tendência de fortalecimento das iniciativas probatórias do juiz (*A prova no direito processual civil*, cit., p. 199), conclui que não se afigura adequado "permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, peremando sua omissão e descaso. (Ibidem, p. 199). Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que se insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça" (*A prova no direito processual civil*, cit., p. 76).

408 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 419.

409 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 484.

410 "Art. 333 - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

Por outro lado, parece isolada a posição de José Roberto dos Santos Bedaque,<sup>411</sup> posteriormente acompanhada por Antonio Janyr Dall'Agnol Junior,<sup>412</sup> Sérgio Alves Gomes,<sup>413</sup> Sérgio Luís Wetzel de Mattos<sup>414</sup> e Sidney da Silva Braga,<sup>415</sup> cujas premissas também nos convenceram. Em primeiro lugar, deve-se pontuar que a iniciativa probatória do juiz se destina a resolver o processo e atender ou não ao pedido do autor ou do réu. A produção de determinada prova não se destina, portanto, a beneficiar ou substituir a falha de uma das partes no campo probatório, mas sim tem o condão de trazer subsídios necessários para o juiz decidir, decisão essa voltada a atingir os escopos sociais e jurídico da jurisdição. Portanto, a prova determinada de ofício não revela benefício a uma das partes, até porque não é conhecido de plano o seu resultado.

Ademais, conforme já exposto nos itens 3.2.1 e seguintes, a distribuição do ônus da prova é regra de julgamento. Vale dizer, o art. 333, I e II, do Código de Processo Civil tem aplicação tão somente quando o magistrado profere sentença, e desde que os fatos sobre os quais demandem produção de provas deixarem de restar comprovados, embora já exaurida a instrução probatória.<sup>416</sup> Daí por

411 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 117 e ss.

412 São os comentários ao art. 130 do Código de Processo Civil (DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 102-242. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 132-133}, de sorte que, no processo civil moderno, o que se objetiva, fundamentalmente, é alcançar a verdade, o que justifica não só a iniciativa probatória da parte, mas do próprio juiz.

413 GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, cit., p. 255, 257 e 261.

414 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel, *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*, cit., p. 83.

415 BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, cit., p. 130-131.

416 É o que assevera Bedaque, ao concluir que os princípios estabelecidos no art. 333 do Código de Processo Civil só devem ser aplicados após esgotarem-se todos os meios necessários à obtenção da prova sobre os fatos. Daí por que soa irrelevante refletir quem trouxe a prova sobre determinado

que se mostra irrelevante verificar qual parte produziu determinada prova.<sup>417</sup> O que importa, sob a perspectiva de uma visão instrumentalista, é pacificar conflitos com justiça e, para tanto, cabe ao magistrado angariar elementos (seja por iniciativa das partes, seja por sua própria determinação de ofício) necessários à formação de sua livre convicção, para assim preferir uma decisão justa que se aproxime de um juízo de certeza.<sup>418</sup> É esse resultado do processo que importa ao Estado-juiz. Portanto, as iniciativas probatórias do juiz não se confundem com a regra de ônus da prova, tampouco são violação à imparcialidade ou a princípios constitucionais e do

---

fato, devendo a regra da inversão ser aplicada somente quando insuficiente a prova (*Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 120-121).

417 É o que se verifica no trecho de ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, do qual se pode extrair a conclusão de que, por ser irrelevante a constatação de qual parte produziu determinada prova, de rigor que é ela importe para a formação do convencimento do julgador. Logo, tendo a prova sido produzida de ofício, o que se busca é angariar elementos para tornar palatável a formação do livre convencimento do magistrado, o que não se confunde com imparcialidade: "(...) III - Ao juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquerir a quem competiria o *onus probandi*. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento" (STJ - REsp n. 11.468-0/RS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 01.04.1992, v.u., DJU, de 11.05.1992, p. 6.437). Cintra, Grinover e Dinamarco, embora admitam que "[...] uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição)", não conseguem desvincular o ônus da prova com a iniciativa probatória do juiz: "Os poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, seja no processo penal, como visto acima, seja no processo civil (CPC, art. 130), têm importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. Em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova" (*Teoria geral do processo*, cit., p. 376).

418 Oportuno lembrar os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco de que o juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium*, e não *secundum propriam suam conscientiam*, de onde se extrai o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, do qual trataremos no item 5.2.3. (*Teoria geral do processo*, cit., p. 375).

processo civil, conforme o que será mais bem analisado no capítulo seguinte.

Sem embargo do quanto aqui esposado, é certo que impera o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC). Portanto, se cabe ao magistrado apreciar livremente a prova, de modo a reunir condições que conduzam à formação de seu livre convencimento, de igual modo, ausentes tais elementos probatórios, nada impede que sejam determinadas diligências com vistas a angariar provas que lhe propiciem condições necessárias para decidir.

Portanto, parece-nos que a iniciativa probatória do magistrado não se limita ao momento posterior às provas produzidas pelas partes nos autos, mas pode o juiz exercer essa iniciativa na mesma ocasião em que decide sobre a produção de provas, a exemplo do que ocorre no procedimento ordinário (art. 331, § 2º, do CPC). Isso porque a literal redação do art. 130 do Código de Processo Civil em nenhum momento restringe a iniciativa probatória do juiz a situações apartadas no curso do processo,<sup>419</sup> razão pela qual entendemos

---

419 A chamada conversão do julgamento em diligência, trazida pela Lei n. 11.276/2006, que introduziu a redação do § 4º ao art. 515 do Código de Processo Civil, embora voltadas à correção de "nulidade sanável" ou "preliminar sobre nulidade suprível" (sem prejuízo da redação do art. 560, parágrafo único), faz com que tais dispositivos sejam aplicados de forma mais ampla, no sentido do próprio tribunal determinar a realização de diligências probatórias para depois julgar. É o que se depreende do seguinte julgado: "Investigação de paternidade - Procedência da ação com fulcro na Súmula n. 301 do STJ, diante da ausência de comparecimento do réu para a realização do exame de DNA. Inconformismo no sentido de que o não comparecimento se deu por justo motivo. Requerimento de produção da prova médico-legal. Primazia do princípio da amplitude da defesa. Conversão do julgamento em diligência, nos termos do § 4º do art. 515 do CPC, sem anulação da r. sentença. (...) Nessa ordem de ideias, considerando-se sempre a primazia do princípio da amplitude de defesa, é de se deferir ao apelante mais uma oportunidade para a realização da perícia médica legal, com base direta e analógica no § 4º do art. 515 do Código de Processo Civil" (TJSP - AC c/Revisão n. 616.386-4/1-00, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 19.03.2009). Essa recente decisão revela uma visão instrumentalista do processo, no sentido de relativizar em parte a rigidez do sistema de preclusões em prol da busca da verdade real no processo. Tal medida, embora louvável, deve ser vista com parcimônia e em estrita consonância com as garantias constitucionais processuais que trataremos no capítulo seguinte, sob pena de revestir decisões arbitrárias e teratológicas.

que o poder instrutório pode ser exercido quando cabível e oportuna a produção de provas.<sup>420</sup>

Ainda, dentre as hipóteses que de alguma forma conferem as iniciativas probatórias ao magistrado, para citar alguns exemplos arrolados no Código de Processo Civil (arts. 342, comparecimento pessoal das partes; 355, 360 e 382, exibição de documentos ou coisa; e 437, determinação de nova perícia), em nenhum momento o legislador restringiu a iniciativa probatória do juiz somente após exaurimento da produção das provas pretendidas pelas partes. Do contrário, soa mais lógico que a produção dessas provas ocorra concomitantemente ao meio de prova então produzido (v.g., se restar designada audiência de instrução para colheita da oitiva das testemunhas, por economia processual, poderia o magistrado, caso entenda relevante colher o depoimento pessoal das partes, nesse mesmo ato preparatório à audiência, intimá-las para colheita dos depoimentos pessoais). Ou seja, na medida em que é conferida ao juiz a iniciativa probatória, de rigor que os meios de prova determinados *ex officio* sejam produzidos concomitantemente ao mesmo meio de prova já deferido em relação às partes. Pensar de modo diverso afronta os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, porquanto haverá a realização de um ato que poderia ter se consumado na mesma oportunidade que outro semelhante.

---

420 Aqui vale transcrever dois dispositivos previstos no Código de Processo Civil que talvez transmitam ideias contraditórias. Ao passo que, no procedimento ordinário, o art. 456 determina que, "encerrado o debate ou oferecidos memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias"; o parágrafo único do art. 132 reza que, "em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas". Embora o art. 456 esteja inserido no Livro I, Título VIII, Capítulo VII, Seção III, ao tratar da instrução e julgamento no procedimento ordinário, o art. 132, previsto no Livro I, Título IV, Capítulo IV, Seção I, versa exclusivamente sobre o juiz, notadamente no campo que abrange seus poderes, deveres e responsabilidades (Seção I), o que permite concluir que a atividade exercida pelo Estado-juiz, no que toca à iniciativa probatória, a princípio não encontra restrições temporais, mas deve ser fundamentada e permitir o exercício do contraditório e ampla defesa às partes, sem prejuízo de atender a todas as garantias processuais constitucionais.

Portanto, entendemos que o *momento* para a iniciativa probatória de ofício pode ocorrer sempre que o juiz precisar amearhar elementos para decidir ou instruir o processo,<sup>421</sup> pautado nas regras atinentes a cada procedimento, ou na mesma medida que se der oportunidade às partes de se manifestarem sobre as provas que pretendem produzir. Nesse contexto, desnecessário lembrar que a iniciativa probatória do magistrado deve guardar estrita observância com os princípios constitucionais e processuais, tema que será melhor debatido no Capítulo 5. Antes, e para encerramento deste capítulo, discorreremos acerca dos limites dos poderes instrutórios, bem como faremos breves apontamentos relativos à previsão desses poderes nos sistemas estrangeiros, seguidos de sua evolução legislativa no ordenamento brasileiro.

### 4.3 Limites

O balizamento dos poderes instrutórios encontra esteio nos princípios processuais e constitucionais. Pretendemos neste tópico fazer breve menção às principais limitações, cujo desenvolvimento se dará no capítulo seguinte.

Iniciaremos pelo princípio da demanda, objeto do processo e de conhecimento do juiz (o qual trataremos no item 5.2.1. em sua similitude com o princípio dispositivo), em que as partes limitam a atividade e os poderes, principalmente os decisórios do juiz, mediante a fixação do objeto do processo.<sup>422</sup> Da mesma forma que o juiz está adstrito a julgar nos limites dos pedidos do autor ou em

---

421 Para Flávio Luiz Yarshell, o ato de instruir não se restringe a meio de preparar o julgamento estatal, mas se presta também como "meio de esclarecimento e de convencimento das partes para eventualmente se evitar o processo declaratório e a decisão estatal imperativa" (*Antecipação de prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 147).

422 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 74. Mário Guimarães trata das limitações aos poderes do juiz em três aspectos: a proibição de iniciativa da propositura da ação, *ne procedat iudex de officio*, a vedação de conceder coisa diversa, a menos ou a mais do que houver sido pedido, e a limitação quanto a mudar a *causa pretendi* (*O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 274-275).

resposta do réu, de sorte a guardar correlação entre a parte dispositiva da sentença e o acolhimento da procedência ou não dos pedidos,<sup>423</sup> a instrução probatória deve voltar-se à colheita de elementos necessários para decidir tais pedidos, e nada mais. Sendo o objeto do processo o pedido, as provas a serem produzidas devem guardar ligação com a investigação deste objeto,<sup>424</sup> a fim de se atender ou não a pretensão da parte que o pleiteia.

Logo, o exercício dos poderes instrutórios deverá destinar-se tão somente à busca de provas necessárias à formação do livre convencimento do magistrado, para que ao final se possa decidir o pedido, ou seja, os poderes instrutórios devem guardar ligação com os limites da matéria relacionada ao objeto litigioso. Tal limitação também compreende a causa de pedir,<sup>425</sup> no que toca aos fatos

423 Aqui entenda-se pedido em sua acepção ampla, referindo-se tanto ao pedido do autor quanto ao do réu.

424 Consoante leciona Milton Paulo de Carvalho, a estabilização do processo ocorre após a citação válida do réu, oportunidade em que o autor não poderá mais modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, *ex vi* do que dispõe o art. 264, *caput*, do Código de Processo Civil, cujo parágrafo único veda em definitivo a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo (*Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 121-123). Por sua vez, a estabilização do processo apresenta fundamento dúplice: a primeira, consistente "na realização prática do princípio da lealdade processual, o qual não consiste apenas na fidelidade à verdade, mas compreende a colocação clara e precisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos por ambas as partes, de sorte que quem se defenda conheça integralmente a violação de direito que lhe é atribuída e os meios de prova para confirmar tal violação, e o que acuse conheça os meios articulados pela defesa, bem assim a prova respectiva, de modo a não se surpreender, nem um, nem outro, com alegações novas de fatos ou indicação de provas imprevistas" (Ibidem, p. 122). O segundo fundamento reside no interesse público da boa administração da Justiça, de sorte que o juiz decide sobre o que foi pedido e como foi pedido.

425 A causa de pedir (*causa petendi*) está preconizada no art. 282, III, do Código de Processo Civil e reflete os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Por sua vez, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido são classificados pela doutrina em causa de pedir próxima e causa de pedir remota. Embora seja controversa na doutrina a relação dos fatos constitutivos e fundamentos jurídicos do pedido com causa de pedir próxima ou causa de pedir remota, para a finalidade deste trabalho, adotaremos a definição de causa

trazidos para conhecimento do julgador, devendo a investigação probatória relacionar-se com pontos ligados a tais fatos.<sup>426</sup> Nesse contexto, bem assevera Barbosa Moreira:

"Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido à sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir."<sup>427</sup>

Portanto, a primeira limitação ao exercício dos poderes instrutórios diz respeito à produção de provas pertinentes para se decidir o pedido e consoante os fatos que o constituem (causa

---

*de pedir remota* como os fundamentos jurídicos do pedido, ao passo que a causa de pedir próxima consiste nos fatos constitutivos (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, cit., p. 20). Em nosso sistema processual, adotou-se a teoria da substanciação, ligada aos aforismos da *mihi factum, dabo tibi jus e iura novit curia*, de sorte que a qualificação jurídica dada pela parte é irrelevante para a subsunção pelo juiz dos fatos narrados à norma a ser aplicada para se atender ou não ao pedido. Logo, o magistrado não está limitado a decidir conforme o fundamento jurídico apontado na petição inicial, mas pode atender ao pedido com base em fundamentação diversa da postulada pelo autor.

426 Pode ocorrer que a produção de determinada prova conduza à verificação de outra que repute relevante e necessária ao julgamento do feito. É o que constata Dinamarco, ao aduzir que o juiz tem o mesmo dever de investigação quando o resultado de determinada prova evidenciar ou insinuar a existência de outros meios de prova inexplorados pelas partes, porém relevantes para o julgamento da causa, o que se materializa de forma alinhada ao art. 130 do Código de Processo Civil (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 53-54). Por sua vez, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes nos autos, "ainda que não alegados pelas partes". Logo, é o juiz quem amealha elementos necessários a formar seu livre convencimento e ao final decidir o pedido, de sorte que os fatos alegados pelas partes constituem, num primeiro momento, direcionamento para a instrução probatória poder concluir pela procedência ou não do pedido. Assim, os fatos trazidos pelo resultado de determinada prova podem ser conhecidos pelo juiz e o levarem à produção de outra prova, desde que destinada a colher elementos necessários para se atender ao pedido.

427 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, in *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 47.

de pedir), à luz do princípio dispositivo, princípio da correlação ou adstrição.<sup>428</sup>

Dessa premissa nasce a necessidade do dever de motivação das decisões judiciais erigido ao *status* de princípio constitucional (arts. 93, IX, da CF e 131, 458, II, e 165 do CPC), o que reflete a segunda limitação ao exercício dos poderes instrutórios. Vale dizer, toda decisão judicial, seja admitindo a produção de determinada prova, seja a indeferindo por entendê-la desnecessária ou impertinente ao deslinde do feito, seja, ainda, determinando a produção de dada prova por iniciativa do próprio juiz, deverá revestir-se de ampla fundamentação, delineando não só os motivos que revestem esse comando judicial, mas também a linha de raciocínio empregada pelo magistrado e o motivo que o levou a tal convencimento. E os reflexos dessa providência permitem não só imprimir transparência à atividade desempenhada pelo Estado-juiz no exercício dos poderes instrutórios, mas também se prestam a regular a legitimidade da decisão, porquanto serão conhecidas as razões que

conduziram o magistrado a decidir de tal maneira, permitindo-se, portanto, o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade.<sup>429</sup>

Em verdade, a observância dessa garantia constitucional tem o condão de evitar decisões arbitrárias e desprovidas de fundamentação, o que se aproxima, portanto, de uma condição de legitimidade e validade da decisão frente aos princípios processuais constitucionais e garantia aos litigantes, asseguradas na Constituição Federal. Todavia, uma decisão que desrespeita garantias constitucionais comporta reforma à luz do ordenamento jurídico processual, o que significa dizer que aquela atividade exercida pelo magistrado deixa de ser admitida. Logo, o respeito aos princípios constitucionais de motivação das decisões judiciais, do contraditório e da ampla defesa (o que será tratado no parágrafo seguinte) reputa limitação aos poderes instrutórios, porquanto a decisão judicial deficiente na obediência dessas garantias ofende a própria Constituição Federal e, portanto, é passível de anulação.<sup>430</sup>

Destarte, o exercício dos poderes instrutórios deve manter ampla observância ao princípio do contraditório e ampla defesa

---

428 O princípio calçado nos arts. 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil possui inúmeras designações que variam na concepção doutrinária: princípio da correlação ou adstrição (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 154); princípio da ação (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 66); princípio dispositivo (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, cit., p. 195 e 199); José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 605; BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*, cit., p. 29; e PORTANOVA, Rui. *Os princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 121; Rui Portanova concebe como expressões sinônimas princípio dispositivo, princípio da congruência ou princípio dispositivo em sentido material; e princípio dispositivo em sentido material (CAPPELLI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giufrè, 1962. p. 358). Por mera opção metodológica e conforme será analisado no item 4.2.1, utilizaremos o princípio baseado nos arts. 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil como princípio dispositivo. O que importa e ganha relevância prática, a nosso ver, não é a investigação sobre a melhor rotulação desse princípio, mas sim aprofundar os limites em que o juiz pode decidir diante do que restou pedido pelas partes, mormente diante dos poderes instrutórios.

---

429 Em igual sentido, Sidney da Silva Braga discorre que a fundamentação deve fazer menção ao objeto do processo, à relevância da prova e, principalmente, à sua necessidade. Desse modo: "Obrigando-se o juiz a fundamentar a iniciativa probatória oficial, elimina-se, pela via do controle pelas próprias partes, através dos recursos, e pela sociedade, ante a natureza pública do processo, o risco de ofensa aos princípios basilares da igualdade entre as partes e da imparcialidade do julgador, além de se possibilitar pronta averiguação sobre estar ou não sendo indevidamente ampliado o objeto do processo, tal qual delimitado pelas partes" (*Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, cit., p. 138).

430 "É nulo o acórdão não fundamentado." (STJ, REsp n.12.445/AL, 1ª Turma, rel. Min. Gomes de Barros, DJU, de 25.11.1991, p. 17.043) "O indeferimento imotivado de prova testemunhal importa cerceamento de defesa (RTJ 79/640, RSTJ 13/306) e acarreta nulidade da decisão (RT 620/144). O mesmo ocorre com o indeferimento, sem qualquer justificação, de requisição de certidão necessária à prova de alegação da parte (RTJ 84/547)" (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil interpretado e legislação processual em vigor*, cit., p. 290).

previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Significa dizer que para toda determinação judicial relativa ao deferimento ou indeferimento da produção de dada prova ou sua produção de ofício deve ser assegurada aos litigantes a oportunidade de ciência e reação a tal decisão. Ademais, aos litigantes deve ser garantido o direito de participarem amplamente na produção da prova, bem como de se manifestarem sobre o seu resultado, podendo as partes ainda a complementar. Somente assim será garantida às partes participação plena e efetiva na atividade instrutória, o que elimina qualquer hipótese de gravame, porquanto mediante a oportunidade de ciência, participação e reação, cada litigante poderá contribuir com a produção da prova e seus reflexos na formação do convencimento do juiz, mormente insurgir-se contra a decisão.

Outra limitação diz respeito à vedação de admissibilidade de provas ilícitas ou produzidas por meios ilícitos. Conforme será melhor analisado no item 5.1.7, o princípio constitucional que veda a admissibilidade das provas tidas por ilícitas pelo ordenamento ou cujo meio de produção reputa ilícito comporta certa relativização em situações isoladas e excepcionais, nas quais pode ser aplicado prudentemente o princípio da proporcionalidade. Todavia, conforme se verificará abaixo, essa aplicação do princípio da proporcionalidade se restringe ao poder instrutório do juiz ligado à admissibilidade da prova produzida por meio ilícito e em situações apartadas, deixando de compreender, portanto, qualquer iniciativa do magistrado voltada à produção de prova cujo meio é considerado ilícito e repellido pelo ordenamento.

Há na doutrina ainda quem sustente serem limite dos poderes instrutórios os efeitos da revelia, quando considerados verossímeis e incontroversos os fatos deduzidos pelo autor. Embora o tema relativo à revelia restou analisado no item 3.1.2.2, o que se concluiu, em síntese, é que essa limitação parece fazer sentido se e desde que esteja presente a verossimilhança dos fatos narrados na petição inicial.<sup>431</sup> Vale dizer, para que sejam

aplicados os arts. 319 e 334, III do Código de Processo Civil, necessário que haja nos autos elementos mínimos (seja por conta das alegações do autor, seja em razão da existência de provas) que conduzam à proximidade de verossimilhança necessária à procedência do pedido. Daí por que a decisão que aplica essa regra deve apontar e fundamentar os elementos em que o julgador se pautou para subsumir a verossimilhança, de sorte a guardar logicidade com o provimento do pedido. Por outro lado, ausente a constatação da verossimilhança, inexistente limitação ao exercício do poder instrutório.

Portanto, tal qual todo e qualquer poder possui regras de contenção destinadas a evitar arbitrariedades e teratologias, de igual sorte o exercício dos poderes instrutórios comporta algumas limitações que, em linhas gerais, compreendem: (i) a investigação probatória restrita a angariar elementos necessários a atender ou rejeitar o pedido das partes, em observância aos princípios da ação, da demanda, da correlação, congruência ou adstrição, dispositivo ou dispositivo em sentido material (todas essas variações conceituais concebidas pela doutrina, embora destinadas, com pequenas oscilações e no que interessa a este trabalho, ao mesmo predicado ligado ao julgamento da causa, nos termos do que foi pedido pelas

---

12ª Câm., j. 04.05.1999: "(...) lícito afirmar ser 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. 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 Código de Processo Civil, por se tratar de fatos verossímeis e incontroversos. O sistema não aceita outra alternativa, senão o acolhimento da pretensão inicial. Eventual ausência de prova não impede essa conclusão, pois as regras legais indicam para a possibilidade da tutela final ser concedida sem cognição exauriente, bastando a versão verossímil da autora. Nem seria legítima a iniciativa probatória oficial (CPC, art. 130), pois o legislador, em casos como o dos autos, optou pelo valor efetividade, em detrimento da segurança jurídica" (*Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 156).

---

431 É o que leciona com propriedade José Roberto dos Santos Bedaque, em referência a julgado de sua lavra (1º TACSP, Ap. n. 771.669/São Paulo,

partes),<sup>432</sup> em decisão que seja (ii) motivada, apontando as razões que o conduziram a tomar a iniciativa de determinar a produção de dada prova, de modo a (iii) assegurar às partes a plena oportunidade ao contraditório e ampla defesa, calcada no trinômio ciência, participação e reação. Ainda (iv) é vedado ao magistrado determinar a produção de provas por meios ilícitos ou vedados pelo ordenamento, conquanto a admissibilidade da prova produzida sob essas circunstâncias venha a ser aceita em alguns casos excepcionais, mediante a aplicação da técnica da proporcionalidade. Destarte, (v) em relação à aplicação dos efeitos da revelia, presente a verossimilhança do direito postulado pelo autor, deverá o magistrado evitar o prosseguimento de qualquer iniciativa probatória.

Essas são, em linhas gerais, as principais limitações ao exercício dos poderes instrutórios, apontadas por mera organização metodológica. Elas não são limitações isoladas e estanques, mas são argumentos de principal relevância. Assim, a atividade do Estado-juiz deve pautar-se, sobretudo, na observância dos princípios constitucionais do processo civil (tema que será tratado no Capítulo 5).

---

432 Conforme será melhor delineado no Capítulo 5, diversas são as variações para a extensão do princípio dispositivo (disponibilidade pelas partes das provas a serem produzidas), que para alguns doutrinadores compreendem também o que outros diferenciam por chamar de princípio da demanda (disponibilidade quanto à delimitação do objeto litigioso). No que toca à limitação a um "pedido" formulado pelas partes, Cassio Scarpinella Bueno bem delinea que na "execução" está compreendida tanto a tutela jurisdicional executiva - o resultado - quanto a atividade jurisdicional executiva - meios para alcançá-lo (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 7). Portanto, o exercício das iniciativas probatórias no processo de execução está ligado a decidir questões ou pontos para propiciar a satisfação da tutela jurisdicional executiva (resultado do bem da vida ali pretendido), bem como municiar o magistrado de elementos para fundamentar a própria atividade jurisdicional executiva (meios para alcançá-los). Nesse contexto que se materializa o exercício dos poderes instrutórios no processo de execução (título executivo extrajudicial) ou na fase de cumprimento de sentença (título executivo judicial), a trazer elementos para a formação do livre convencimento do magistrado para decidir um pedido formulado por uma das partes ou até mesmo quando o sistema lhe permite tomar providências de ofício, a exemplo das chamadas medidas de apoio, tema ao qual voltaremos nos itens 6.5 e seguintes.

#### 4.4 Legislação estrangeira: breves comentários

Os poderes instrutórios guardam peculiares características, se analisados sob a ótica do direito processual vigente na legislação alienígena. Embora haja variações, trata-se de uma tendência a ampliação dos poderes do juiz nos sistemas processuais modernos, conforme pondera Cappelletti.<sup>433</sup> Incrementando-se os poderes do juiz, de igual sorte ampliam-se os poderes instrutórios, notadamente as iniciativas probatórias. E essa tendência de modo algum beira o autoritarismo, porquanto concebidos tais poderes sob a égide de regimes democráticos em que se franqueia ao juiz e às partes a disponibilidade de produção da prova, conforme anota Taruffo:

*"Come si è visto più sopra, i vari ordinamenti processuali hanno usato tecniche normative diverse e si sono spinti più o meno avanti nella direzione dell'estensione dei poteri istruttori del giudice: un dato costante che emerge dall'indagine comparatistica è comunque che nessun ordinamento processuale moderno rinuncia ad orientarsi verso la ricerca della verità dei fatti, e nessun ordinamento processuale moderno fa affidamento esclusivo sull'iniziativa delle parti per conseguire questo obiettivo. Sarà anche utile notare che su nessuno di questi ordinamenti incombe l'obra di Torquemada, e in nessuno di essi affiora il fantasma del giudice come longa manus di Hitler, di Mussolini o di Stalin. Emerge piuttosto la figura, assai più modesta e ragionevole, di un giudice che assiste al "gioco delle parti" ed interviene quando si avvede che questo gioco rischia di portare a decisioni ingiuste perché fondate su un accertamento inadeguato dei fatti, in quanto le parti non hanno prodotto in giudizio tutte le prove disponibili."*<sup>434</sup>

---

433 *"Pero lo que importa aquí de manera predominante es señalar que excepciones igualmente amplias, a menudo también mayores, se hayan ido manifestando, especialmente en el curso de los últimos años o decenios, también en muchos otros países, hasta el punto de que puede hablarse hoy en día de una bien clara y definida tendencia evolutiva de todos los ordenamientos procesales modernos"* [CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas em el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEÁ, 1972, p. 119]. Mais adiante, apontaremos os reflexos dessa tendência nos principais ordenamentos da Europa.

434 TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., p. 262. Tradução livre: "Como foi visto acima, inúmeros ordenamentos processuais usaram técnicas normativas diversas e estão posicionados mais ou menos à frente, na direção de extensão dos poderes instrutórios do juiz: um dado constante que emerge da pesquisa comparada aponta que nenhum ordenamento processual moderno renuncia a orientação

Vale dizer, não há relação alguma entre o aumento dos poderes do juiz, concessão de poderes instrutórios e eventual influência do regime político vigente. Regimes autoritários não necessariamente correspondem a sistemas que outorgam amplos poderes ao juiz, ao passo que há regimes democráticos cuja limitação de iniciativa probatória do juiz é mais evidente, a exemplo do sistema norte-americano.<sup>435</sup>

Como proposta metodológica, faremos breves comentários sobre os poderes instrutórios em três grupos de ordenamento: os que vedam ou proíbem poderes instrutórios, os que permitem a iniciativa probatória em situações específicas e, por fim, os sistemas que conferem ampla investigação probatória do juiz.<sup>436</sup>

---

sobre a pesquisa da verdade dos fatos, e nenhum ordenamento processual moderno confia exclusivamente na iniciativa das partes para atingir este objetivo. É útil notar também que nenhum daqueles ordenamentos acompanha a obra de Torquemada, e nenhum desses aflora o fantasma do juiz como *longa manus* de Hitler, de Mussolini ou de Stalin. Emerge ao contrário a figura intensamente mais modesta e razoável de um juiz que assiste ao jogo das partes e intervém quando percebe que este jogo corre o risco de levar a decisões injustas, porque fundamentadas em uma comprovação inadequada dos fatos, enquanto as partes não produziram em juízo todas as provas disponíveis".

435 CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, 153, p. 35, nov. 2007.

436 Maria Elizabeth de Castro Lopes enuncia a evolução dos poderes do juiz no sistema romano, mediante sua participação no processo em três fases: na primeira, conhecida por *período das legis actiones* (754 a.C. até 149 a.C.), ao juiz cabia *receber a ação* e, caso aceita, fixava o objeto litigioso, transferindo a um particular (o *iudex* ou *arbiter*) a incumbência de ouvir as partes, colher provas, receber os debates e até mesmo sentenciar. A segunda fase, conhecida como *per formulas*, é marcada pela figura do pretor peregrino (149 a.C até 209 d.C.). Essa etapa dividia-se em *in iure* (apresentação da pretensão ao magistrado e verificação da presença dos requisitos de admissibilidade do processo) e *in iudicio* ou *apud iudicem* (em que o magistrado indicava um particular - *iudex* - para prosseguir na ação até proferir sentença através da *litiscontestatio*). Ao final, ao pretor cabia a tarefa de fazer cumprir o julgado. Por fim, na *cognitio extraordinaria* (209 até o fim do Império Romano), houve a unificação em uma única etapa da *in iure* e da *in iudicio*, de sorte que a função do magistrado iniciava-se com o *recebimento da pretensão do autor*, prosseguindo esse mesmo juiz

O que delimita e diferencia esses três grupos é a dimensão e influência do princípio dispositivo (que trataremos mais adiante), cujo reflexo define um sistema com maior ou menor iniciativa probatória do magistrado.<sup>437</sup>

Nesse contexto, o sistema que mais restringe os poderes instrutórios do juiz é o espanhol, de forte influência de um princípio dispositivo mais rígido, cuja direção do processo em sua maior parte é conferida à vontade dos litigantes, restando ao magistrado a postura passiva de mero espectador, diante da formação do campo probatório.<sup>438</sup> É o que se verifica da análise conjunta dos arts.

---

com a direção do processo e proferimento de sentença, seguindo-se até a execução (*O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83). Por sua vez, Sidnei Amendoeira Junior discorre que, após as invasões bárbaras e a queda de Roma, teve início o processo germânico, exercendo o juiz função extremamente formal, restando às partes a produção probatória, sendo a sentença proferida por uma assembleia cuja decisão cabia ao juiz apenas declarar e, ao final, a execução de sentença era realizada pelas partes. No processo canônico, a decisão dos que detinham poder jurisdicional (bispos, arcebispos, metropolitanos, patriarcas e pontífices) estava condicionada ao resultado das ordálias (ou juízos de Deus) e, somente a partir do século XI, com a divisão do processo em fases (postulatória e probatória, separadas pela *litiscontestatio*), o juiz passou a exercer certos poderes (conciliação), além de deter mais autonomia quanto à apreciação e valoração da prova (princípio da prova racional), restando contudo ao alvedrio das partes a incumbência de produzir provas. O juiz tinha poderes decisórios plenos para julgar, segundo seu convencimento, podendo inclusive recusar-se a proferir decisão por insuficiência de provas. Através da *Clementina Saepe*, expedida pelo Papa Clemente V, em 1306, instituiu-se o procedimento sumário, em que o magistrado passou a ter o poder de encerrar a instrução do processo quando entendesse adequado, dispensando provas que reputasse desnecessárias, além da concentração, em uma só audiência, de todas as manifestações das partes, o que fortaleceu os poderes do magistrado em relação à direção do processo (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 40 e ss.).

437 Essas são as conclusões de Sidnei Amendoeira Junior, para quem: "... nos ordenamentos de tipo dispositivo puro, a verdade processual se aproxima minimamente à real, nos ordenamentos de tipo inquisitório, essa aproximação é máxima" (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 52).

438 MARTIN OSTOS, José dos Santos. *Las diligencias para mejor proveer em el proceso civil*. Madrid: Montecarvo S. A., 1981. p. 20. Leciona Eduardo J. Couture que "son diligencias para mejor proveer, aquellas medidas probatorias que el Juez puede disponer por propia iniciativa, destinadas a mejorar las

434, 435 e 436 da Lei de Enjuiciamiento Civil, de 7 de janeiro de 2000, com vigência a partir de 8 de janeiro de 2001,<sup>439</sup> os quais deixam claro que as chamadas *providencias para mejor prover* (com vistas a esclarecer dúvidas antes do julgamento) só podem ser realizadas após a fase normal de instrução probatória, por iniciativa exclusiva das partes, sendo vedada a produção de provas que poderiam ter sido por elas propostas no tempo normal, o que atribui determinada eficácia preclusiva, salvo a existência de fatos supervenientes ou provas que não poderiam ter sido produzidas pelos litigantes na ocasião oportuna. A única exceção ao que se

---

*condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forman parte" (Teoría de las diligencias para mejor proveer. Montevideo: Casa A. Barreiro Ramos, 1932. p. 63).*

439 "Art. 434. Sentencia. 1. La sentencia se dictará dentro de los veinte días siguientes a la terminación del juicio. 2. Si, dentro del plazo para dictar sentencia y conforme a lo prevenido en los artículos siguientes, se acordasen diligencias finales, quedará en suspenso el plazo para dictar aquélla. Art. 435. Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1º - No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del art. 429. 2º - Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3º - También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286. 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos. Art. 436. Plazo para la práctica de las diligencias finales. Sentencia posterior. 1. Las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado. 2. El plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito a que se refiere el apartado anterior."

aproximaria de uma iniciativa probatória do juiz diz respeito à renovação da prova sobre fatos relevantes, e desde que as provas produzidas não tenham atingido o resultado esperado, por circunstâncias alheias à vontade das partes; e ainda se exige que haja fundadas razões para crer que nessa segunda oportunidade tais provas tragam resultado diverso e destinado a esclarecer a verdade sobre os fatos. É o que se verifica em parte no art. 429, que trata da admissibilidade da prova.<sup>440</sup> Portanto, o sistema espanhol apresenta feições rígidas e limitadoras da iniciativa de ofício do magistrado de produção de provas, restritas tão somente à renovação de provas já propostas, e por iniciativa das partes.

Semelhante passividade se verifica no *adversary system*, típico dos países de *common law*, no qual o juiz não tem iniciativa probatória, conforme leciona Michele Taruffo.<sup>441</sup> Sidnei Amendoeira Jr. também deixa claro que nesse sistema o juiz inglês fala e age pouco, sendo-lhe vedado afrontar o princípio da soberania do júri e substituir uma atividade exclusiva das partes, como o é a produção de provas, cabendo-lhe o mister de dirigir a audiência e garantir a lealdade processual durante o *trial*,<sup>442</sup> com o que Barbosa Moreira

---

440 "Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal."

441 "(...) non abbia poteri istruttori autonomi da esercitare al fine di integrare le attività di pare 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 nella più assoluta parità formale delle parti." (TARUFFO, Michele. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979. p. 20-21)

442 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 54-55. Sobre o papel do juiz na instrução do processo no *adversary*

conclui que o *adversarial system* se contrapõe ao sistema *inquisitorial*.<sup>443</sup> Embora o sistema inglês esteja pautado nessas premissas, há uma tendência de ampliar os poderes instrutórios do juiz, pois os juízes têm tido cada vez mais acesso a certos documentos arrazoados e preparados pelas partes (contendo as questões fáticas e de direito e um resumo das provas colhidas na *discovery*) antes mesmo do *trial*.<sup>444</sup> Ademais, o Rules of Civil Procedure, promulgado em 26 de abril de 1999,<sup>445</sup> contém diversos dispositivos destinados a conceder poderes instrutórios ao juiz inglês, tais como o dever de fixar as questões que carecem de demonstração, a natureza da prova a ser produzida em relação a esses pontos fixados, podendo excluir

---

*system*, John Anthony Jolowicz deixa claro a postura passiva do juiz e justificativas empregadas naquele sistema para vedar a iniciativa probatória de ofício pelo magistrado: "Decerto o juiz preside o *trial* e, uma vez ouvidos os advogados das partes, dá ao júri as instruções necessárias quanto às regras de direito aplicáveis à espécie. Mas não toma parte alguma nas deliberações do júri. Mais: a ingerência do juiz antes do *trial*, seja a propósito da redação dos *pleadings*, e por conseguinte da determinação das questões que o júri terá de resolver, seja no tocante à instrução do feito, equivaleria a restringir a soberania do júri. Inevitável, assim que o papel do juiz deve ser passivo e toda atividade processual, inclusive a instrução do processo, seja deixada exclusivamente às partes. Toca-lhes determinar não só o objeto do litígio, mas igualmente as próprias questões discutidas. Também sendo necessariamente passivo o papel do júri, juiz de fato, o processo não pode deixar de reconhecer que predomina o papel das partes. Segundo a opinião tradicional, considera-se até bom, e não apenas inevitável, que o júri - ou o juiz singular - entre na sala de audiência sem prévio conhecimento do litígio que lhe será submetido" (A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversary system*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira [baseado no mesmo artigo publicado na Common Law d'um siècle à l'autre, ed. Por Legrand, Ed. Blais, Cowansville, Quebec Canadá]. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 75, p. 66, fev. 1994).

443 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 92, p. 90, out./dez. 1998.

444 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 56.

445 Esse diploma tomou feição de um código de processo civil inglês, ao passo em que antes a disciplina anterior era regulada pelo Civil Procedure Act, datado de 1997, e de legislação esparsa.

certas provas e seu modo de apresentá-las na *trial*. Ainda compete ao juiz valer-se da *witness summonses*, a fim de instar terceiros a testemunhar em juízo ou a apresentar documentos, sob pena de que uma ordem seja emitida em caso de descumprimento, podendo ainda o magistrado impor multa a terceiro, visando à consecução da ordem.<sup>446</sup> Vê-se, portanto, uma crescente tendência do direito inglês no fortalecimento dos poderes instrutórios, embora mantida a estrutura contida do *adversary system*. Em contrapartida, no processo civil norte-americano (regulado pela Federal Rules of Civil Procedure), a tendência a um aumento dos poderes instrutórios do juiz, por ora, se restringe às muitas manifestações doutrinárias nesse sentido, que se afeiçoam mais ao campo ideológico,<sup>447</sup> permanecendo, por ora, as regras contidas do *adversary system*.

Por sua vez, o ordenamento italiano confere às partes a iniciativa probatória,<sup>448</sup> de sorte a atribuir caráter excepcional aos poderes instrutórios de ofício do magistrado, conforme se depreende da redação do art. 281-ter, acrescentado ao Códice di Procedura Civile de 1988: "*Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli quando le parti nella esposizione dei fatti si*

---

446 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. ob. cit., p. 58.

447 Nesse sentido, discorre Vittorio Denti: "*Finalmente, la tendencia a racionalizar el procedimiento probatorio va acompañada por la ya señalada de atenuar el tradicional adversary system y de acentuar los poderes de control y dirección del juez sobre la marcha del trial*" (*Estudios de derecho probatorio*. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 132). Em semelhante sentido: DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidade del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 288-290; e AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 60-61.

448 É o que se verifica no art. 115 do Codice di Procedura Civile: "*Art. 115. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*". Tradução livre: "Art. 115. Salvo nos casos previstos em lei, o juiz deve indicar no fundamento da decisão as provas propostas pelas partes ou pelo Ministério Público. Pode todavia, sem necessidade de prova, fundamentar a decisão em constatações de fato de experiência comum".

sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità".<sup>449</sup> Outras iniciativas probatórias também se verificam nos arts. 61 (consulta técnica), 118 (inspeção de pessoas e coisas), 213 (requisição, de ofício, de informações e documentos da Administração pública) e 257 (oitiva, também de ofício, de pessoas referidas na oitiva de testemunhas).<sup>450</sup> Conforme discorre Bedaque, embora a

449 Tradução livre: "O juiz pode determinar de ofício a produção de prova testemunhal, formulando a investigação quando as partes na exposição dos fatos referirem a pessoas relacionadas a conhecer a verdade".

450 "Art. 61. Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o piu consulenti di particolare competenza tecnica. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente codice." Tradução livre: "Art. 61. Quando for necessario, o juiz poderá ser assistido, para o cumprimento de atos isolados ou para todo o processo, por um ou mais assistentes técnicos particulares. A escolha dos assistentes técnicos deve ser normalmente feita entre as pessoas inscritas nos registros especiais, em conformidade com as disposições implementadas no presente código". "Art. 118. Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 del codice di procedura penale. Se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice può da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell' articolo 116, secondo comma. Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria non superiore a lire ottomila." Tradução livre: "Art. 118. O juiz pode ordenar às partes e aos terceiros que possibilitem às pessoas ou coisas na sua posse as inspeções que se justifiquem para conhecer os fatos da causa, desde que isso possa se realizar sem prejuízos graves para a parte ou para o terceiro, e sem forçá-los a violar o previsto nos artigos 351 e 352 do Código de Processo Penal. Se a parte se recusar a executar esta ordem, sem justa causa, o juiz pode deduzir, a partir desta recusa, sobre os assuntos em referência, de acordo com o artigo 116, parágrafo segundo. Se o terceiro se recusar, o juiz pode condená-lo à multa não superior a oito mil liras". "Art. 213. Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo". Tradução livre: "Art. 213. Além dos casos previstos nos artigos 210 e 211, o juiz poderá ordenar de ofício à administração pública informações escritas relativas aos atos e documentos dos seus próprios atos, necessários para instruir o processo". "Art. 257. Se alcuno dei testimoni si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice istruttore può disporre d'ufficio che esse siano

maioria da doutrina italiana afirme a existência dos poderes instrutórios restrita a dispositivos esparsos, como os citados acima, cuja interpretação traduz não só a iniciativa probatória das partes, mas também na presença do impulso oficial no campo probatório, há vozes em sentido contrário, que defendem a presença do princípio dispositivo e iniciativa exclusiva das partes, restringindo, portanto, a ação oficial a situações específicas previstas em lei. Em contrapartida, no processo trabalhista italiano, o poder de iniciativa do juiz de produção de provas é amplo.<sup>451</sup>

Vê-se, portanto, que os poderes instrutórios do juiz na Itália são tema de intenso debate doutrinário. Optamos pela moderna

*chiamate a deporre. Il giudice può anche disporre che siano sentiti i testimoni dei quali há ritenuto l'audizione superflua a norma dell'articolo 245 o dei quali há consentito la rinuncia; e del pari può disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avvertatesi nel precedente esame.*" Tradução livre: "Art. 257. Se alguma das testemunhas se referir, por conhecimento dos fatos, a outras pessoas, o juiz pode ordenar de ofício que estas pessoas sejam intimadas a depor. O juiz pode também ordenar o testemunho daqueles que são considerados dispensáveis para a audiência, em conformidade com o artigo 245 ou que permitiu a renúncia, e também pode interrogar novamente as testemunhas já ouvidas, a fim de esclarecer suas disposições ou para corrigir irregularidades ocorridas no exame precedente".

451 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 154, p. 81-83. Bedaque aponta na doutrina italiana aqueles que restringem os poderes instrutórios às hipóteses previstas em lei (VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*: parte generale. Napoli: Jovene, 1978. p. 84-85; MADRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappacchelli, 1978. v. 1, p. 85-86; e ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 1, p. 367-371) e os processualistas que sustentam a exclusividade das partes quanto à iniciativa probatória, entendendo que a iniciativa do juiz no campo da prova deve ser limitada ao máximo (LA CHINA, Sérgio. *Lesibizione delle prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 75; TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 114; e CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1970. v. 4, p. 222-223. Esse último, embora admita um aumento dos poderes instrutórios através das últimas reformas, mantém seu entendimento de que o princípio dispositivo, por conferir a disposição do direito material colocado em litígio, consequentemente se projeta para a disponibilidade no campo do processo, mediante vontade das partes.

corrente difundida por Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Taruffo, que sustentam a existência do poder do juiz na direção material do processo, consistente em postura mais inquisitória, com vistas a realizar o direito material no caso concreto, o que se materializa mediante o órgão jurisdicional valer-se de todos os meios de prova destinados a esse mister, independentemente de requisição das partes, no campo probatório.<sup>452</sup> Semelhante entendimento é

452 "Meritano un discorso a parte, beninteso, data la loro penetrante incisività, i poteri di direzione materiale che caratterizzano il ruolo 'forte' (e addirittura la posizione dominante) del giudice nei processi di stampo inquisitorio, ove l'iniziativa d'ufficio nell'acertamento di fatti e nell'istruzione probatoria non è più l'eccezione, ma diventa la regola, consentendo all'organo giudicante di disporre sua sponte, senza riguardo alle istanze di parte, qualsiasi mezzo di prova ritenuto utile ai fini del giudizio" (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul proceso civile*, cit., p. 210). Tradução livre: "Merecem uma discussão à parte, é claro, dada sua contundência, os poderes de direção material que caracterizam o papel 'forte' (e inclusive dominante) do juiz nos processos em que exerce papel inquisitório, nos quais a iniciativa de ofício na investigação dos fatos e na instrução probatória não é mais exceção, mas se torna a regra, consentindo o órgão judicante em dispor a sua vontade, sem requerimento ao interesse das partes, qualquer meio de prova considerado útil ao interesse do juízo". Em obra mais recente, COMOGLIO (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. terza edizione. Torino: Utet Giuridica, 2010, p. 149) sustenta algumas ressalvas que devem ser observadas quando da iniciativa probatória, com vistas a evitar um juízo arbitrário a uma das partes: "Proprio per quanto si diceva poc'anzi, è fuori dubbio che anche il potere conferito al giudice monocratico dall'art. 281-ter, non debba trasformarsi - com aperta violazione della garanzia costituzionale di <imparzialità> del giudice, nell'ambito di un processo <giusto> - in un arbitrario strumento di elusione o di aggiramento di determinate preclusioni, già maturate a danno di taluna delle parti onerate, ma debba costantemente ispirarsi all'esigenza oggettiva di un accertamento <imparziale> della verità dei fatti controversi, senza mai ingiustificatamente favorire la parte colpevole in pregiudizio delle controparti incolpevoli". Tradução livre: "Assim como dissemos anteriormente, não há dúvidas de que também o poder conferido ao juiz monocrático do art. 281-ter, não deva transformar-se - em acintosa violação da garantia constitucional de (imparcialidade) do juiz, no plano de um processo (justo) - em arbitrário instrumento de sonegação ou evasão de certas preclusões, já maturadas em prejuízo do ônus que recai a uma das partes, mas deve constantemente inspirar-se na exigência objetiva de um descobrimento (imparcial) da verdade dos fatos controvertidos, jamais favorecer injustificadamente a parte culpada em prejuízo da parte contrária que não tem culpa".

asseverado por Mauro Cappelletti, para quem o juiz, além de diretor formal, também exerce papel de diretor material do processo, na medida em que assume poderes referentes ao objeto deduzido em juízo, permanecendo as partes com o poder de disposição e de exceção e ao juiz um poder de "auxílio" às partes (em sentido de colaboração), destinado ao fortalecimento do campo probatório necessário para o julgamento do pedido.<sup>453</sup> Portanto, o que se verifica no direito italiano é a busca de um equilíbrio, de um lado tendendo ao processo inquisitório lastreado em poderes instrutórios de ofício do magistrado, e, de outro, evitando exageros, cabendo ao juiz o papel de regular o ideal, diante de cada caso concreto.<sup>454</sup>

Por sua vez, a legislação alemã confere iniciativas probatórias amplas ao magistrado, restringindo, em contrapartida, a produção de prova testemunhal mediante requerimento das partes.<sup>455</sup> Semelhante definição é constatada na legislação colombiana (Código de

453 "No se llega todavía a la conclusión extrema de desvincular al juez del poder dispositivo y exclusivo de las partes en materia de acción y de excepción (y de determinación de los elementos constitutivos de la acción y de la excepción, entre ellos el elemento causal); pero se atribuye, sin embargo, al juez un poder de intervención, de solicitud, de estímulo; él puede hacer presente a la parte la irregularidad no solamente formal de la acción propuesta, lo incompleto o lo impreciso de las alegaciones o de las peticiones, la posibilidad de cambiar, de ampliar, de corregir la propia posición. (...) en suma, un proceso en el cual el juez tiene el poder, no ya de sustituir a la de las partes su propia voluntad en la determinación de la res judicanda, sino de aconsejar y de asistir a las partes en su también siempre libre y soberana determinación de aquella res." (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, cit., p. 125)

454 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 52.

455 Conforme dispositivos do ZPO - Zivilprozessordnung: "§§ 142 e 272 (prova documental); 144 (inspeção e consulta técnica); 448 (interrogatório); 282, 'b', apartado II, n. 2 (pedido de informações à administração pública)" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 80). Fritz Baur comenta acerca do sistema alemão que "de acordo com a regulamentação atualmente em vigor, o juiz se acha nessa hipótese em uma posição mais livre: ele pode servir-se de ofício de todos os meios de prova (por conseguinte, sem pedido das partes), com exceção da prova testemunhal" (O papel ativo do juiz, cit., p. 192).

Procedimiento Civil), cuyos arts. 179 e 180<sup>456</sup> preveem os poderes instrutórios, de sorte que o art. 37, n. 4, reza que tais poderes devem ser utilizados sempre que conveniente para verificar os direitos alegados pelas partes, e com vistas a evitar nulidades.<sup>457</sup> Na legislação argentina, o art. 36 do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación (Ley 17.454, publicada no Boletín Oficial de 07.11.1967, com modificações introduzidas pela Ley 25.488, publicada em Boletín Oficial de 22.11.2001) prevê inúmeros *deveres e facultades* assegurados à *parte, ao juiz e ao tribunal*, dentre elas as que apresentam contornos de poderes instrutórios.<sup>458</sup> O ordenamento por-

456 "Art. 179. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Art. 180. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso."

457 "Art. 37. Son deberes del juez: (...) 4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias."

458 "Art. 36. Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: 1) Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias. 2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación. 3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento. 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán: a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito; b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario; c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los

tuguês, embora atento ao princípio dispositivo, confere poderes amplos de direção e instrução voltados a fatos lícitos de conhecer, conforme se verifica nos arts. 264 e 265, n. 3, do Código de Processo Civil lusitano,<sup>459</sup> sem prejuízo de inúmeras situações apartadas que conferem o poder de instrução oficial, tais como a convocação, a qualquer momento, para depoimento pessoal das partes (art. 552, 1), bem como a sua convocação, seus representantes ou mandatários, para prestarem esclarecimentos sobre matéria de fato ou de direito pertinente à causa (art. 266, 2), além do poder de determinar de

*términos de los artículos 387 a 389. 5) Impulsar de oficio el trámite, cuando existan fondos inactivos de menores o incapaces, a fin de que los representantes legales de éstos o, en su caso, el Asesor de Menores, efectúen las propuestas que estimen más convenientes en interés del menor o incapaz, sin perjuicio de los deberes propios de dicho funcionario con igual objeto. 6) Corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 166, inc. 1) y 2), errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión."*

459 "Art. 264º (Princípio dispositivo) 1. Às partes cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções. 2. O juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, sem prejuízo do disposto nos arts. 514º e 665º e da consideração, mesmo oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa. 3. Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório. Art. 265º (Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório) 1. Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório. 2. O juiz providenciará mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los. 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."

ofício a inspeção de coisas ou pessoas (art. 612), a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes, ainda que não referida em outro depoimento (art. 645) e a produção de prova pericial (art. 579).

A investigação oficial do magistrado é a mais ampla possível no direito francês,<sup>460</sup> conforme Sidnei da Silva Braga<sup>461</sup> bem assevera, em relação aos arts. 10, 143 e 144 do *Nouveau Code de Procedure Civile*,<sup>462</sup> assim como na legislação austríaca, datada de 1895, em que é admitida amplamente a investigação oficial, revelando um caráter altamente publicista,<sup>463</sup> na chilena, com referência ao

460 Na França, vigoram dois códigos processuais: o *Ancien Code de Procédure Civile*, de 1806, e o *Nouveau Code de Procédure Civile*, de 1976.

461 BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, cit., p. 74-75.

462 "Art. 10. *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles.* Art. 143. *Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible.* Art. 144. *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer."*

463 PROTO PISANI, Anrea. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982, p. 26, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 85. Semelhante constatação é feita por Mauro Cappelletti, ao definir o sistema austríaco como "social", sendo o exercício dos poderes instrutórios meramente auxiliar à dispositividade das partes em relação às provas: "El principio dispositivo y de la demanda rige hasta en lo que tal vez aún hoy puede considerarse el más acentuadamente 'social' entre los procesos civiles de la Europa occidental: me refiero al proceso civil austríaco, regulado por la *Zivilprozessordnung* de 1895, que ha sido el primer código de procedimiento civil declarada y abiertamente inspirado - como lo dijo muchas veces su insigne redactor, Franz Klein - en una concepción 'social'. Este código ha aumentado profundamente los poderes del juez respecto de la asunción y de la valoración de las pruebas; ha abolido prácticamente las pruebas legales; ha impuesto a las partes deberes de clarificación, de completud y de veridicidad (verdad) que están netamente en función de una 'moralización' y socialización de la conducta de las partes en el proceso; ha atribuido al juez todos los poderes y deberes estimados necesarios para hacer así que la igualdad de las partes en el proceso se no solo formal y aparente sino efectiva; y valga por ende no menos para el pobre, para el ignorante, para el que está mal defendido, que para el rico o para el docto. [...] **La intervención del juez tiene, en resumidas cuentas, en el proceso austríaco con en el suizo, en el alemán (occidental) como en el sueco y los de otros países, carácter meramente auxiliar; nunca carácter sustitutivo de las partes y de su**

art. 15 da Lei 18.101, que dispõe sobre a locação de prédios urbanos,<sup>464</sup> na uruguaia, calcada no art. 24, 4, do Código General del Proceso (aprovado pela Ley 15.982, de 18.10.1988),<sup>465</sup> na peruana (art. 194 do Código Procesal Civil, de 1993<sup>466</sup>) e na venezuelana (art. 401 do Código de Procedimiento Civil, de 1985).<sup>467</sup>

*voluntad en la determinación de los merita causae y en la determinación, por ende, del thema decidendum"* (*Proceso, ideologías, sociedad*, cit., p. 17-19 - grifos nossos).

464 PAILLAS, Enrique. El principio oficial y el principio dispositivo en el proceso civil moderno. *Revista de Derecho Procesal*, Santiago do Chile, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n. 17, p. 111, 1992, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 81.

465 "Art. 24. *Facultades del Tribunal - El Tribunal está facultado: 1) Para rechazar in limine la demanda cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y este haya vencido; 2) Para relevar de oficio las excepciones que este Código le faculta. 3) Para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado; 4) Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5) Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito; 6) Para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes."* Assim como no sistema brasileiro, há também previsão de situações específicas que avultam os poderes instrutórios no direito uruguaio, a exemplo do que se verifica nos arts. 177.2 (renovação da prova pericial), 186 (inspeção judicial de pessoas, lugares ou coisas) e 149.1 (determinação de interrogatório das partes), todos do Código General del Proceso.

466 "Art. 194. *Pruebas de oficio - Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial."*

467 "Art. 401 - *Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: 1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u obscuro. 2º Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario. 3º La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de*

Não por outra razão que, diante de os sistemas latino-americanos preverem, em sua maioria, a iniciativa probatória de ofício pelo magistrado, se cristalizou, no art. 33, 4º, do Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, de 1988, o poder irrestrito do juiz de "ordenar las diligencias necesarias para esclarezcer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes", ao passo que o art. 12, § 3º, do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América determina que "o juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório",<sup>468</sup> ou seja, a preocupação maior do legislador quanto a essas culturas jurídicas foi preservar o princípio do contraditório na produção da prova, o que, assim o fazendo, não impede o exercício de ofício dos poderes instrutórios.

Por fim, nos países de regime socialista, os poderes instrutórios eram irrestritos, de sorte a importar a proteção da ordem socialista comum, e não o interesse dos litigantes. Vale dizer, o que releva os poderes instrutórios amplos do magistrado em países desse regime é a defesa do Estado, o que desvia por completo a finalidade

---

*cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. 4º Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 5º Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes."*

468 A última versão do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América foi elaborada e aprovada pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em Caracas (Venezuela). Como o próprio nome diz, o código modelo se presta a servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar reformas em países de cultura jurídica comum, a ser adaptado às peculiaridades locais, levadas em consideração na atividade legislativa de cada país, de sorte a revestir um modelo plenamente operativo.

da jurisdição de pacificar conflitos com justiça.<sup>469</sup> Conforme leciona Bedaque, "amplísimos são 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, § 1º]"<sup>470</sup> Com a queda dos regimes socialistas em 1989, todavia, a iniciativa probatória do magistrado nesses países passou a sofrer restrições, o que, como alerta Luigi Paolo Comoglio, destina a reformas desses sistemas o mister de eliminar os excessos dos poderes instrutórios antes vigorantes e, ao mesmo tempo, preservar o que for aproveitável e útil para os ordenamentos.<sup>471</sup>

Portanto, diante de breve análise de diversos sistemas processuais, é indubitável a existência de poderes instrutórios nos mais variados graus, sendo a iniciativa probatória ampla dominante na maioria dos ordenamentos, mormente nos sistemas romano-germânicos do *civil law*,<sup>472</sup> com a tendência de conferir poderes instrutórios irrestritos ao magistrado, uma vez preservado o princípio do contraditório. A seguir, serão apontados os principais diplomas no ordenamento brasileiro que conduziram à evolução da iniciativa probatória do juiz, até o advento do Código de Processo Civil de 1973 e a legislação nacional em vigor.

#### 4.5 Histórico do sistema brasileiro

Antes de atingir a atual concepção dos poderes instrutórios de forma ampla e traçada no Código de Processo Civil de 1939, a

---

469 BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*, cit., p. 81-82.

470 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 85.

471 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Stato di diritto e crisi dei modelli processuali nei sistemi di democrazia socialista*. *Revista de Derecho Procesal*, Padova, Cedam, 1992, p. 272-273, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 86.

472 São essas as conclusões de José dos Santos Martin Ostos, ao aduzir que o Brasil é apontado pela doutrina estrangeira, juntamente com o México, Itália, Alemanha, Áustria, Rússia e Argentina, como um país em que a tendência moderna dos poderes instrutórios do juiz encontra-se consagrada (*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, cit., p. 94).



(arts. 66, § 4º, 102 e 237, § 3º), inexistindo, regra geral, previsão acerca da produção de provas de ofício.

As únicas exceções estão limitadas à vistoria (arts. 209<sup>480</sup> e 214), ao arbitramento (art. 191)<sup>481</sup> e à hipótese de, antes da sentença, determinar a realização de *diligências* que julgasse necessária (art. 230).<sup>482</sup> No que toca a essa última providência, embora se mostrasse uma iniciativa tímida, por condicionar o ativismo judicial no campo probatório somente após as alegações finais (porém inovadora, na medida em que traçava novos contornos de iniciativa do juiz na produção de provas mediante a realização de diligências), é certo que o art. 230 do Regulamento 737 serviu de lenitivo para um novo pensar acerca da produção de provas *ex officio*. O que restava, portanto, era uma mudança na quebra de paradigma de um juiz passivo diante da disponibilidade da prova pelas partes, porquanto o próprio ordenamento já conferia ao magistrado a iniciativa probatória, ainda que ao final do processo.

Por sua vez, o Decreto n. 763, de 11 de setembro de 1890, determinou que, salvo algumas exceções, fosse aplicado o Regulamento 737 ao processo civil,<sup>483</sup> situação que permaneceu até a promulgação da primeira Constituição republicana do Brasil em 24

480 "Art. 209. A vistoria tem lugar ou sendo requerida pelas partes, como no arbitramento (art. 190), ou *ex officio*, ou nos casos prescriptos no Código. Art. 214. O Juiz, além das testemunhas do acto, chamará ou *ex officio* ou a requerimento da parte as testemunhas do facto, ou informadoras."

481 "Art. 191. Proceder-se-ha ao arbitramento na dilação probatoria, sendo anteriormente requerido pelas partes, ou nos casos em que o Código o exige: terá porém lugar afinal quando for decretado pelo Juiz ou *ex officio*, ou a requerimento das partes."

482 "Art. 230. Si examinados os autos o Juiz entender necessaria para julgar afinal alguma diligencia, ainda que lhe não tenha sido requerida nas allegações finaes, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente."

483 "Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas civeis em geral as disposições do Regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte. Paragrapho unico. Continuam em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento."

de fevereiro de 1891, ocasião em que se instaurou a dualidade de competências para legislar sobre processo civil, cabendo à União editar normas processuais de competência da Justiça Federal<sup>484</sup> e a cada Estado editar seu próprio código relativo aos processos de competência da Justiça Estadual.<sup>485</sup> Assim, teve início a edição dos códigos estaduais que, em sua maioria, se pautaram em semelhante redação do Regulamento 737, senão idêntica, conforme assevera Moacyr Lobo da Costa:

"Nos Códigos estaduais foi mantida, em suas linhas mestras, a contextura do velho Regulamento, que lhes serviu não só de modelo, como de fonte de seus dispositivos (...) o Regulamento foi a espinha dorsal de todos os organismos processuais dos Estados, eixo de cristalização para a pouca matéria nova que eles trouxeram, sendo, por isso mesmo, parecidos uns com os outros como gotas-d'água da mesma fonte. Na elaboração desses Códigos, os legisladores estaduais acharam mais fácil copiar do que inovar."<sup>486</sup>

É o que se verifica, no que interessa a este trabalho, nos arts. 182 do Código de Processo Civil do Distrito Federal (Dec. n. 16.752, de 31.12.1924)<sup>487</sup> e semelhante redação em outros códigos de processo estaduais (art. 245 - Pernambuco; art. 262 - São Paulo; art. 1.226 - Rio de Janeiro; art. 686 - Santa Catarina; art. 126 - Bahia), todos voltados a conferir exclusivamente às partes a disponibilidade da prova. No que toca à produção de provas por parte do magistrado, algumas ressalvas merecem ser feitas, tais como os arts. 238 do Código de Processo Civil do Distrito Federal e 310 do Código de Processo Civil e Comercial Paulista (Lei n. 2.421, de 14.01.1930), os quais permitiam a produção de prova pericial de ofício pelo juiz. Em relação ao art. 310, Antônio Luiz da Câmara

484 A Justiça Federal restou instituída e organizada através do Decreto n. 848, de 11.11.1890, adotando-se o mesmo modelo do Regulamento 737 para as regras do processo relativas às causas de competência daquela Justiça.

485 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 114.

486 COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, cit., p. 63.

487 "Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer."

Leal complementa que esse dispositivo tratava de prova pericial *ex officio*, não se tratando de produção de prova judicial subsidiária.<sup>488</sup> De concluir-se, portanto, que nesses diplomas as iniciativas probatórias do juiz estavam limitadas a provas específicas, notadamente a prova pericial.

Diferente foi a redação do Código de Processo Civil do Estado da Bahia (Lei n. 1.121, de 21.08.1915), cujo art. 127 estabelecia que "o juiz pode ordenar *ex officio* as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes". Sem dúvida referido dispositivo tem semelhante redação ao art. 230 do Regulamento 737 retrocomentado, com a inovação de que o dispositivo baiano prescindia o exaurimento das alegações finais para que o juiz atuasse de ofício, o que levou Eduardo Espinola a tecer fortes elogios ao Projeto do Código baiano, considerado um avanço alinhado aos ordenamentos mais modernos, à época, no que toca aos poderes instrutórios do juiz.<sup>489</sup>

A fase dos códigos estaduais restou superada com a promulgação da Constituição Federal de 1934, que extinguiu a dualidade

---

488 LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*: arts. 262 a 449. São Paulo: Saraiva, 1930. v. 2, p. 172-174.

489 "Este artigo, como outros do Projecto, procura pôr o processo no foro bahiano na mesma altura a que chegaram os códigos mais perfeitos da Europa. É de notar que a doutrina, naquelles proprios países que não conseguiram uma reforma processual que banisse de todo o gasto e anacrônico principio da inércia do juiz, não cessa de louvar os códigos que se inspiram no princípio oposto. (...) O art. 183 do Código de Processo austríaco é a mais solemne consagração do novo principio, igualmente admittido em toda a sua amplitude pelo Codigo de Processo civil húngaro, art. 288. É verdade que o Codigo de Processo civil allemão só em poucos casos admitiu a iniciativa do juiz quanto á produção das provas; mas a doutrina, criticando a parcimonia da lei, não cessa de reclamar uma reforma radical. Assim é que o grande jurisconsulto Köhler, em artigo, a que já me referi, não cessa de apregoar a superioridade da lei austríaca e especialmente da húngara que elle considera 'a mais significativa criação de processualística civil dos tempos modernos'" (ESPINOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia: Constituição da Bahia: Lei de Reorganização Judiciária e Código do Processo Civil e Commercial (processo ordinário)*. Salvador: Typ. Bahiana, 1916. v. 1, p. 499 e 501).

de competência legislativa ligada a matéria processual, concentrando-se na União a competência para editar normas sobre processo, o que desaguou na edição do Código de Processo Civil de 1939 (Dec.-Lei n. 1.608, de 18.09.1939), a partir do projeto apresentado por Pedro Batista Martins, revisado por Francisco Campos, Guilherme Estelitta e Abgar Renault.<sup>490</sup> O Código de 1939, inspirado em paradigmas calcados nos Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal, trouxe inédita inovação legislativa no que toca aos poderes instrutórios, mediante a novel redação do art. 117, ao determinar que: "A requerimento, ou *ex officio*, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios".

Portanto, o Código de Processo Civil de 1939 eliminou qualquer barreira que nos diplomas anteriores limitavam o exercício dos poderes instrutórios somente a determinadas provas ou condicionavam a iniciativa do magistrado só após a produção dos elementos de formação do campo probatório requeridos pelas partes. Pelo contrário, esse diploma de abrangência nacional deu amplo e irrestrito poder ao magistrado para determinar a realização de toda e qualquer prova que julgasse necessária para a instrução da causa, o que restou corroborado pelo próprio ministro Francisco Campos, ao redigir a Exposição de Motivos do Código de 1939:

"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 a atuação da vontade da lei num caso determinado".

Vê-se, portanto, que a intenção do legislador foi a de realmente permitir maior participação do magistrado na formação do

---

490 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 115.

campo probatório, o que viabilizou a materialização de um processo civil mais justo, porquanto voltado à realização da vontade concreta da lei, e não ao exclusivo interesse das partes e entrega da tutela jurisdicional mediante a manipulação por elas da formação do campo probatório.<sup>491</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73), embora editado por necessidade de novas adaptações a aspectos práticos decorrentes de sua aplicação que atendessem aos novos anseios da sociedade, preservou redação semelhante à do Código de 1939, no que toca aos poderes instrutórios, conforme se verifica no art. 130 do Código de Processo em vigor: "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". Logo, restou mantida a ideologia que evoluiu por séculos, destinada a imprimir postura mais ativa ao magistrado na formação do campo probatório. Conforme já comentado, o art. 130 já outorga poder instrutório amplo ao juiz, sendo as situações previstas nos arts. 342 (depoimento pessoal), 355 (exibição de documentos ou coisas pelas partes), 399 (requisição de documentos às repartições públicas), 437 (determinação de nova perícia) e 440 (inspeção judicial), dentre outras, hipóteses meramente exemplificativas.

Por sua vez, a Lei n. 9.099/95 dispôs de forma mais acentuada e esclarecida as iniciativas probatórias do juiz. É o que se verifica na redação dos arts. 5º, 33 e 35,<sup>492</sup> que conferem ao magistrado de forma

491 É o que se depreende na continuação da Exposição de Motivos retrocitada: "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".

492 "Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às

expressa, no âmbito dos Juizados Especiais,<sup>493</sup> o poder de dirigir o processo "com liberdade para determinar as provas a serem produzidas". Segundo Dinamarco, o procedimento probatório nos juizados é *deformalizado*, porquanto é autorizada a produção, em audiência, mesmo de provas que não hajam sido previamente requeridas.<sup>494</sup>

Por fim, não pode passar despercebido o Projeto de Lei n. 5.139/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados, que se presta a dar novos contornos ao que o legislador intitula de "nova Lei da Ação Civil Pública".<sup>495</sup> A ideia desse projeto é centralizar num

---

partes a apresentação de parecer técnico. Parágrafo único - No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado."

493 A Lei n. 10.259, de 16.07.2001, dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, de sorte que os juizados federais e seus processos são subsidiariamente regidos e, na medida do que for compatível com a lei especial, pela Lei n. 9.099/95.

494 Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 805. É cediço que a ideia embrionária de criação dos juizados especiais, além de maximizar a garantia do acesso à justiça ao público de baixa renda, também está pautada na rápida resolução de litígios de menor complexidade, de sorte a permitir regras menos rígidas através de um procedimento menos formal, calcado na simplicidade dos atos, na tentativa mais enérgica de conciliação através da presença de conciliadores e diálogos com os litigantes, de sorte a proporcionar um procedimento muito mais célere e acessível a um número maior de cidadãos. Ou seja, o que se buscou foi a implantação de um procedimento com ênfase mais acentuada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sem prejuízo da busca incessante da conciliação ou transação.

495 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Os trabalhos de redação do projeto encerraram-se no final de março de 2009; seguiu-se o envio do texto para a Casa Civil que, após alterações, restou remetido ao Congresso Nacional em 27 de março, recebendo o número 5.139/2009, sob a relatoria do deputado federal Antonio Carlos Biscaia; posteriormente referido projeto restou arquivado em abril de 2004, sobrevindo recurso por parte do deputado federal Antonio Carlos Biscaia. Os comentários iniciais acerca das principais inovações desse projeto podem ser encontrados em: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. *Revista de Processo*: São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 176, p. 174-194, out. 2009.

único diploma mecanismos de tutela dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, revogando, portanto, os dispositivos de tutela desses direitos espalhados pela legislação específica.<sup>496</sup> Sem prejuízo das inovações tratadas nesse projeto, no que toca ao objetivo desta dissertação, os incs. IV a VIII do art. 20 dispõem sobre procedimento semelhante ao da carga dinâmica da prova tratada no item 3.2.3.

Por sua vez, o *caput* do art. 20 e incs. III e VIII são claros ao prever que, após exaurida a tentativa de conciliação, o juiz "determinará as provas a serem produzidas" e ainda "poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório".<sup>497</sup> Vale dizer, a seguir a evolução que reclama um ativismo judicial, é cada vez mais assente a perspectiva de um processo arraigado de contornos publicistas, de sorte que os poderes instrutórios reputam uma realidade cuja tendência é manter-se no âmbito das futuras legislações.

É por meio da observância das garantias constitucionais e dos princípios previstos no sistema que se atinge o balizamento ideal dos poderes instrutórios do juiz. Ou seja, é a conduta do magistrado alinhada aos princípios que norteiam a sua participação em dado caso concreto, de modo a tornar o sistema harmônico e assim evitar arbitrariedades. Passemos agora à análise mais aprofundada do confronto das iniciativas probatórias do magistrado com os princípios processuais e constitucionais.

496 O projeto de lei em tela pretende revogar, dentre outros dispositivos, a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), os arts. 3º a 7º da Lei n. 7.853/89 (Lei da Pessoa Portadora de Deficiência), o art. 3º da Lei n. 7.913/89 (Lei dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários), os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 88 da Lei n. 8.884/94 (Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste).

497 "Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: (...) III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas; (...) VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório."

## 5.

### CONFRONTO DAS INICIATIVAS PROBATÓRIAS DO JUIZ COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Os princípios são diretrizes valorativas ou deveres de otimização.<sup>498</sup> Como define Humberto Ávila, "princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção".<sup>499</sup> Ou seja, os princípios se prestam à finalidade de fixar preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais, a fixar um aspecto de ordenação, coerência e logicidade. Situam-se, portanto e conforme o conteúdo do princípio, entre a epistemologia (ciência do direito positivo, à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa) e a deontologia

498 Para Robert Alexy, os princípios são "normas de otimização", posto que seu caráter de abstração e generalidade intrínsecos permitem aplicação indistinta. De igual sorte, as normas são o gênero e os princípios e regras espécies (*Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86).

499 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 71. De igual sorte, Humberto Ávila diferencia os princípios de regras, ao defini-las como "normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos" (Ibidem, p. 72). Para Luciana Amicucci Campanelli os princípios diferem das regras, na medida em que os primeiros são abstratos e genéricos, de sorte que na colisão de princípios, eles se harmonizam e convivem por intermédio de concessões recíprocas, ao passo que as regras contêm comando direto e objetivo, além de sua incompatibilidade resultar na invalidade de uma delas (*Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*, cit., p. 18).