

## **A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO: a fundamentalidade, a dimensão organizatória e procedimental e os princípios norteadores**

### ***THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE AND THE POWERS OF INSTRUCTION OF THE JUDGE: the fundamentality, the organizational and procedural dimension and guiding principles***

RICHARD PAE KIM<sup>1</sup>  
THIAGO HENRIQUE AMENT<sup>2</sup>

**RESUMO:** As recentes reformas legislativas no moderno processo civil apontam para o fortalecimento dos poderes do Juiz na condução do processo, tendo em vista a finalidade da jurisdição que é a solução dos conflitos com justiça e a pacificação social. A relação jurídica de direito processual sempre possui caráter de direito público e não se confunde com a relação de direito material entre os sujeitos parciais do processo. Em face de sua natureza pública, o resultado do processo não pode mais ser visto como de interesse exclusivo das partes, uma vez que o interesse do Estado na esmerada aplicação da lei prevalece sobre os interesses meramente individuais dos litigantes. As provas determinadas de ofício pelo Juiz objetivam o descobrimento da verdade e não violam os princípios dispositivo, imparcialidade, isonomia ou de distribuição do ônus da prova.

**PALAVRAS CHAVES:** Poder de Instrução do Juiz; Processo Civil Democrático; Natureza Pública do Processo; Princípios do Contraditório; Imparcialidade; Devido Processo Legal e Isonomia; Regras de Distribuição do Ônus da Prova.

---

*Artigo recebido em 21.01.2013. Pareceres emitidos em 13.02.2013 e 03.07.2013.*

*Artigo aceito para publicação em 17.09.2013.*

<sup>1</sup> Juiz de Direito em São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (Largo São Francisco, São Paulo/SP). Pós-doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP/SP (Campinas/SP). Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP/SP (Piracicaba/SP). Professor dos cursos de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura (São Paulo/SP) e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (São Paulo/SP). *rppk@uol.com.br*

<sup>2</sup> Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (São Paulo/SP). *thiagoament@yahoo.com.br*

**ABSTRACT:** The recent reforms in the modern civil process point out to the strengthening of the judge power at the leading of the process, as the jurisdiction aim is the conflict solution with justice and social peace. The juridical relation of procedural law always have character of public law and is distinct of the relation of material law between the partial subjects of the process. Considering its public nature, results of the process cannot be any more seen as interest only of the parts, as the state interest in the law application prevails over the individual interests of the suitor. The judge determined an officious proof aims the discovery of the truth and don't escape the device foundations: impartiality, isonomy or the distribution of the proof onus.

**KEYWORDS:** Judge Instruction Power; Democratic Civil Process; Public Nature of the Process; Contradictory Foundations; Impartiality; Due Process of Law and Isonomy; Rules of Proof Onus Distribution.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Jurisdição e os Objetos do Processo: evolução; 2. Poderes do Juiz em Espécie; 2.1 O Poder Instrutório do Juiz; 3. A Conformação Constitucional do poder-dever Instrutório do Juiz e a Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais; 3.1 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio Dispositivo; 3.2 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio da Isonomia; 3.3 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio da Imparcialidade; 4. Regras de Distribuição do Ônus da Prova; 5. A Prova nos Tribunais; 6. A Revelia e o Poder Instrutório; 7. O Poder Instrutório do Juiz e as Provas Ilícitas; 8. Limites à Iniciativa Probatória do Juiz e Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**SUMMARY:** Introduction; 1. Jurisdiction and Process Objects: evolution; 2. Powers of Judge in Kind; 2.1 The Power Instructive Judge; 3. The Conformation of the Constitutional Power and Duty of the Judge Instructive and Objective Dimension of Fundamental Rights; 3.1 The Instructive Power of the Judge and the Principle Device; 3.2 The Instructive Power of the Judge and the Principle of Equality; 3.3 The Instructive Power of the Judge and the Principle of Impartiality; 4. Distribution Rules of Burden of Proof; 5. The Proof in the Courts; 6. The Default and the Power Instructive; 7. The Instructive Power of the Judge and the Illegal Evidence; 8. Limits on the Initiative of the Evidentiary and Final Judge; References.

## **INTRODUÇÃO**

Doutrina e jurisprudência divergem quanto à extensão dos poderes instrutórios do Juiz na condução do processo, ou seja, sobre a possibilidade do Juiz determinar, de ofício, a produção de provas para o esclarecimento dos fatos da causa. No âmbito do processo civil, a discussão é ainda mais acirrada, notadamente quando em disputa direitos disponíveis, os quais, em princípio, devem ser resolvidos por meio de atos de disposição das partes.

Nada obstante a evolução do direito processual e sua autonomia científica conquistada nos últimos anos, muitos ainda defendem a influência do direito material sobre a relação processual, de modo que os poderes do Juiz na determinação das provas seriam maiores ou menores, conforme a natureza do direito discutido na causa. Com base nesta alegada relação de dependência, é possível identificar a seguinte distinção: no caso de direitos indisponíveis, deve o magistrado determinar as provas necessárias ao descobrimento da verdade real; em se tratando de direitos disponíveis, os poderes do magistrado devem ser limitados em tema de provas.

Algumas correntes doutrinárias são apresentadas a respeito do tema, podendo ser destacados três pontos de vista predominantes defendidos por processualistas de renome:

a) Inicialmente, existe a posição adotada pela maior parte da doutrina clássica, segundo a qual, a iniciativa das provas deve ser deixada exclusivamente nas mãos das partes, tendo em vista o princípio dispositivo e das regras de distribuição do ônus da prova. Para esta vertente, os poderes conferidos ao Juiz pela norma do art. 130 do Código de Processo Civil devem ser interpretados restritivamente, uma vez que se trata de exceção à regra geral de que a prova dos fatos deve ser realizada pelas partes a quem aproveita. As regras de distribuição do encargo probatório e as presunções legais decorrentes das condutas das partes no processo limitariam a atividade probatória do Juiz, por exemplo, quando o réu deixa de impugnar precisamente um fato descrito na petição inicial que versa sobre direitos disponíveis.

MOACYR AMARAL SANTOS, identificando uma perfeita divisão de atribuições entre os sujeitos processuais, manifesta-se contrariamente à iniciativa probatória do Juiz com os seguintes argumentos: “o Juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam” (1983, p. 259/260). O Juiz, portanto, não pode substituir as partes na realização das provas não requeridas, sob pena de quebrar sua necessária imparcialidade e o tratamento isonômico que deve ser aplicado aos litigantes. Em caso de dúvida sobre os fatos da causa, deve o julgador decidir de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova, suportando cada parte o risco objetivo de sua negligência.

b) Existe também posição intermediária que defende a possibilidade de iniciativa probatória do Juiz; porém, apenas como uma atividade complementar ou em caráter subsidiário àquela exercida pelas partes. Diante da sua proximidade com os fatos, as partes possuem melhores condições de demonstrar sua ocorrência, por intermédio de documentos que possuam ou, indicando quem tenha conhecimento sobre estes para depor como testemunha. Somente em havendo dúvidas sobre o conteúdo da prova realizada e para que haja o adequado atendimento ao que foi requerido pela parte é que poderia o magistrado determinar provas complementares para a formação de seu convencimento. VICENTE GRECO FILHO, adepto desta vertente intermediária, defende a complementaridade das provas por decisão do magistrado (2003, p. 227-228). HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também sustenta o caráter subsidiário do poder probatório oficial a ser exercido apenas no caso de dúvida em relação às provas realizadas pelas partes e, ainda assim, com a cautela de não ferir o princípio da imparcialidade. Para ele, “o convencimento de Juiz ordinariamente, para ao bom desempenho da função jurisdicional, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida

pelas partes no processo. E só excepcionalmente lhe tocará fazer uso do poder de iniciativa de produção de provas” (2000, p. 373).

c) Ocorre que, atualmente, o processo civil vem passando por uma publicização que decorre do reconhecimento de que a atividade jurisdicional não trata apenas de interesses particulares das partes mas, também, envolve o interesse do Estado na esmerada aplicação e realização das normas de direito material por ele mesmo editadas. O Poder Judiciário não é mais considerado como simples palco onde duelam particulares e onde o magistrado age como mero espectador do conflito trazido a exame. Acima dos interesses particulares dos sujeitos parciais do processo, paira o interesse público no estabelecimento da paz social e cumprimento da ordem jurídica instituída, como prevista nas normas de direito material.

Com efeito, as grandes transformações do Direito e o aumento dos poderes do magistrado por meio das reformas das leis processuais ordinárias restaram estabelecidos também pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual acabou por elevar à garantia constitucional a duração razoável do processo. Como ressaltado, no seu moderno caráter publicista, o processo não é tratado mais como coisa entre as partes, mas como instrumento de realização da Justiça.

Este tema se mostra de extrema relevância e o enfrentamento dos principais empecilhos colocados pela doutrina tradicional para defender a não ampliação dos poderes instrutórios do Juiz envolve importantes institutos do direito processual civil e constitucional, tais como: jurisdição, devido processo legal, princípios da igualdade, imparcialidade e dispositivo, justiça da decisão, regras sobre distribuição do ônus da prova, ilicitude da prova, dentre outros.

Embora não se pretenda esgotar o tema com este artigo, buscaremos analisar os novos poderes instrutórios do Juiz à luz dos princípios constitucionais e processuais na tutela dos direitos fundamentais e à efetiva pacificação dos conflitos de forma justa.

## **1. JURISDIÇÃO E OS OBJETOS DO PROCESSO: A EVOLUÇÃO**

A instituição de um Estado Democrático de Direito traz como pressuposto para sua existência a vedação da autotutela e a previsão de órgãos imparciais para solução dos conflitos intersubjetivos (SPADONI, 2002, p. 19). A autotutela gera instabilidade e nem sempre apresenta como resultado aquele desejado pelas normas de direito material instituídas pelo Estado, sendo que na maioria das vezes acarreta a prevalência da vontade do mais forte sobre o mais fraco, o que nem sempre corresponde ao melhor direito (SPADONI, 2002, p. 20). Releve-se que a garantia de acesso aos órgãos judiciários não deve ser entendida como uma garantia meramente formal, mas como uma garantia de prestação jurisdicional efetiva e adequada para proteção do direito ameaçado ou violado. Caso contrário, correr-se-ia o risco de descrédito do Poder Judiciário, que não seria capaz de realizar os direitos subjetivos previstos na ordem jurídica instituída, com retorno aos domínios da força e de todas as vicissitudes decorrentes de tal sistema.

A partir da proibição da autotutela houve a necessidade de se conceber órgãos estatais investidos de *poder*, incumbidos da missão de impor o cumprimento da ordem jurídica por todos. Surge, então, a jurisdição, que por meio desta o Estado busca garantir que as normas de direito material efetivamente produzam os resultados almejados pelo legislador, garantindo sua efetividade.

THEODORO JR. define jurisdição como o “poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (2000, p. 30).

Todavia, advertem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que a afirmação de que por intermédio do exercício da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de se coordenar com a ideia superior de que os objetivos buscados são, precipuamente, os sociais; ou seja, trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaça através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade (2009, p. 149).

Ao mesmo tempo em que a sociedade delega ao Estado o poder para resolver os conflitos sociais, exige-se que a pacificação e estabilidade social sejam encontradas por meio da aplicação de um instrumento com regras previamente definidas e de leis que regulem a relação jurídica entre o Estado-Juiz e aqueles que o procuram para resolver seus conflitos materiais (relação jurídica processual). Para MARINONI, “o procedimento deve, em primeiro lugar, observar as chamadas garantias de justiça contidas nas Constituição, como, por exemplo, o direito à fundamentação das decisões do Juiz. Nesse aspecto, aliás, é de fundamental importância o direito ao contraditório” (2007, p. 55).

Como já observado, a jurisdição envolve o exercício de *poder*, de modo que é indispensável, ao menos num Estado Democrático de Direito, que o cidadão tenha conhecimento sobre como esse instrumento de solução de litígios será desenvolvido e evitar abuso ou arbitrariedade do Estado. O processo, portanto, é o instrumento colocado à disposição do cidadão para solução de seus conflitos de interesses e meio por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, valendo-se de regras previamente conhecidas. Assim, é usual a afirmação de que o processo é instrumento ou meio de atuação da jurisdição. Todavia, ressalta DINAMARCO que:

é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo usual a afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir

então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estarias que o utilizam (2009, p. 177).

Prossegue referido autor destacando que, por se tratar de criação humana, imposta pelo Estado, a legitimidade do processo depende não apenas da sua capacidade de produzir resultados, como também do modo como estes são sentidos pela sociedade. Aliás, interessante, no particular, é a comparação proposta por MARINONI (2007, p. 56) entre as diferentes formas de legitimação dos procedimentos legislativos e jurisdicional na democracia brasileira:

Como o poder, nas democracias, é legitimado pela participação daqueles que são atingidos pelo seu exercício, a participação no procedimento que culmina na criação da lei através da eleição de representantes capazes de criá-la, isto é, através da chamada democracia representativa. Como o Juiz não é eleito, a pergunta que deve surgir é no sentido de como o exercício do poder jurisdicional é legitimado. O exercício do poder jurisdicional somente é legítimo quando participam do procedimento, que terminará na edição da decisão, aqueles que serão por ela atingidos. Em outros termos, somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do Juiz. Se o que importa é o princípio político da participação, no processo jurisdicional essa necessidade de participação é representada pelo instituto do contraditório. O princípio do contraditório é apenas o nome jurídico que se dá à necessidade de, no processo jurisdicional, participarem os interessados. Fala-se, por isso mesmo, em participação em contraditório.

Assim, o processo pode ser conceituado como “meio de solução de conflitos e o instrumento público, previsto em lei, por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, dirimindo conflito de interesses, aplicando o direito ao caso concreto dando cada um o que é seu por direito, e impondo coercitivamente o cumprimento da decisão” (SCHIAVI, 2008, p. 44).

Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2009, p. 48), a história do direito processual desenvolveu-se em três fases metodológicas fundamentais. “Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos” e a “ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material”. Não havia sido reconhecido, ainda, o caráter autônomo da relação jurídica processual em face da relação de direito substancial que envolvia dos litigantes. Trata-se do longo período na história do Direito conhecido como sincretismo, no qual o processo civil não era reconhecido como ramo autônomo do direito.

A partir das especulações dos alemães sobre a natureza jurídica da ação e do próprio processo, tem início a segunda fase metodológica que foi a autonomista ou conceitual. Caracterizada pelas grandes construções científicas do direito processual, com o desenvolvimento das teorias sobre as condições

da ação e pressupostos processuais, o processo adquire autonomia científica. A exaltação dos institutos processuais e seu enfoque absolutamente introspectivo levava o processo a ser considerado um fim em si mesmo. Afastou-se da teoria processual o estudo sobre os resultados na vida das pessoas que o processo acabava por realizar:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 48-49).

A fase instrumentalista, hoje vivida, é eminentemente crítica. Desenvolve-se a partir da constatação de que do ponto de vista técnico a ciência processual já alcançou níveis muito expressivos de desenvolvimento. No entanto, estes progressos ainda não se fizeram sentir na finalidade do processo que é realizar justiça na sociedade. A instrumentalidade propõe uma mudança de foco, para que o processo seja visto por meio de um ângulo externo, ou seja, a partir dos resultados que produz junto aos tomadores desse serviço público (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 49).

Na moderna processualística, o enfoque instrumentalista e teleológico tratam o processo como um sistema aberto e dependente, legitimado pela aptidão, que tenha e positive, de prestar serviços à comunidade. E, nesta linha assevera BEDAQUE (2009, p. 134-135):

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a sociedade.

Resta ultrapassada, portanto, a ideia positivista que estudava o processo apenas a partir dos resultados que produzia sobre o direito, olvidando-se o que realmente é importante, ou seja, os resultados produzidos na sociedade. O processo não deve mais ser visto sob um ângulo meramente individualista e o direito de ação, “muito mais do que a proteção dos interesses privados, visa à atuação de uma função estatal, cujo objetivo é fazer cumprir o direito objetivo material” (BEDAQUE, 2009, p. 34).

No chamado “processo civil de resultados, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão:

a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação dos direitos subjetivos materiais” (DINAMARCO, 2009, p. 180). Com efeito, “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, 2005, p. 67).

Após estas considerações e verificada a evolução da teoria da instrumentalidade do processo, a partir da qual o processo passa a ser visto sob seu ângulo externo, e tendo em conta os resultados que irá produzir na sociedade, parece inegável que também deva ser abandonada a ideia de que o Juiz resume-se a mero espectador da atividade das partes no campo probatório.

## **2. PODERES DO JUIZ EM ESPÉCIE**

De proêmio, tendo em vista os escopos da jurisdição, afigura-se óbvio que as leis do processo (e não apenas do processo) são influenciadas pelas características do regime político vigente por ocasião de sua edição. Todavia, a conclusão simplista de que toda lei processual editada, sob um regime autoritário, teria a mesma natureza antidemocrática parece ser um exagero (MOREIRA, 2005, p. 128).

A atenta observação da história demonstra que não pode prevalecer a ideia de que o aumento dos poderes do Juiz e o caráter inquisitivo do processo corresponderiam apenas a regimes de governo não democráticos. Com efeito, não existe nexos necessário entre amplos poderes instrutórios do Juiz e regime político autoritário, tampouco entre ausência de poder de iniciativa probatória oficial e regimes democráticos. Neste aspecto, a doutrina exemplifica com leis processuais de cunho nitidamente democráticas editadas ou preparadas durante governos militares: a de nº 4.717, de 29.06.1965, que regula a ação popular, e a de nº 7.347, de 24.07.1985, que trata da ação civil pública (MOREIRA, 2005, p. 128).

A concessão de poderes excessivamente extensos aos juízes somente poderia interessar aos regimes autoritários onde o Poder Judiciário estivesse desprovido de qualquer autonomia e subordinado aos interesses do Executivo, o que não é o quadro existente no Brasil. Esta situação extremada não é a tese e tampouco o objetivo este trabalho, posto que são situações excepcionais e infelizmente vividas em tempos remotos e que se mostram superados pela nossa atual Constituição (MOREIRA, 2005, p. 130).

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA faz uma análise entre os poderes do Juiz na condução do processo e o regime democrático instituído pela Carta da República de 1988, chegando à seguinte conclusão:

O caráter ativo do Estado brasileiro faz com que para ele seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução de conflitos, mas um instrumento de

realização dos objetivos do Estado. Isto não significa, frise-se, que não tenha o processo, também, o escopo de pacificar a sociedade. Isto, porém, não pode levar a que se veja no processo, perdoe-se a insistência – um *mero* mecanismo de resolução de conflitos (2007, p. 44).

Os poderes jurisdicionais podem ser classificados em poderes-meio e poderes-fim. Os poderes-meio possuem caráter instrumental e são divididos em ordinatórios, instrutórios e de coerção. Os poderes ordinatórios, também denominados de poderes de direção do processo, são exercidos pelo Juiz como forma de garantir o andamento do processo, por exemplo, proferindo despachos.

Os poderes instrutórios referem-se à formação do convencimento judicial. A possibilidade do Juiz de determinar a produção de provas de ofício está intimamente ligada à evolução do direito processual. Modernamente, exige-se um julgador participante, que dirija o processo na busca de sua efetividade, determinando a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional possa se dar da melhor forma possível.

Além dos poderes-meio, o Juiz possui poderes-fim, que se dividem em decisórios e os executórios. O poder decisório compreende a principal atribuição da jurisdição e é por seu intermédio que são solucionados os conflitos submetidos a exame do Poder Judiciário, tudo conforme delineado nos artigos 126 a 131 do Código de Processo Civil.

Os poderes executórios, como é intuitivo, permitem ao Juiz a atuação prática do comando contido em sua decisão, aspecto que ressalta o princípio da inevitabilidade da jurisdição e a coerção do Estado sobre os jurisdicionados.

Os poderes de coerção dizem respeito principalmente ao descumprimento de obrigações de fazer e não fazer, possuindo como finalidade a prática ou a não realização de determinados atos. Como adverte MOREIRA (2003, p. 90), estes poderes são inerentes aos órgãos públicos e deles não podem se valer os árbitros que, por exemplo, devem socorrer-se do auxílio da Justiça para trazer a sua presença testemunha recalcitrante (cf. Lei nº 9.307, de 23.09.1996, art. 22, § 2º). As medidas coercitivas podem ser de duas naturezas, conforme recaiam sobre a pessoa ou patrimônio do devedor. No direito brasileiro, tradicionalmente, sempre houve preferência pelas medidas patrimoniais, seja em face da humanização da execução, seja devido à proibição constitucional da prisão do devedor, salvo hipóteses excepcionais (Constituição Federal, art. 5º, LXVII).

Recentes reformas no Código de Processo Civil aumentaram o campo de atuação das medidas coercitivas e também os poderes do Juiz na sua utilização (por exemplo, temos as Leis nº 8.952, de 13.12.1994 e nº 10.444, 07.05.2002). Portanto, mostra-se visível o aumento dos poderes do Juiz que, doravante, prescinde de pedido do autor para impor multa ao devedor de obrigação de fazer e não fazer (CPC, art. 461, § 4º), configurando mais um

abrandamento do princípio da congruência entre pedido e sentença. Além disso, o alargamento dos poderes do Juiz veio acompanhado da possibilidade de, também de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, conforme autorização do § 6º, do art. 461 do CPC.

Sob outro enfoque, o Juiz possui alguns deveres. Em verdade, todos os poderes do Juiz são poderes-deveres, tendo em vista a finalidade pública a que se destina o exercício da jurisdição. Vejamos. Quando um particular recebe um poder jurídico, pode exercê-lo ou não, uma vez que possui uma faculdade de agir. O fundamento dessa regra geral reside justamente “na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta reflexos na esfera jurídica do próprio titular” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 40).

Todavia, o mesmo não ocorre no âmbito do direito público, onde os poderes são outorgados aos agentes do Poder Público não a título de vantagem pessoal, mas como forma de se atingir os interesses da coletividade. Por isso mesmo, com absoluta propriedade, sustenta HELY LOPES MEIRELLES: “a lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (2001, p. 82).

Assim, tem-se que todos os poderes conferidos ao Juiz para o exercício da jurisdição constituem também deveres de agir, uma vez que sua inércia acabaria por atingir, em última instância, a coletividade, real destinatária de tais poderes (CARVALHO FILHO, 2008, p. 40).

Recentemente, os poderes do Juiz na condução do processo foram categoricamente ampliados. Por exemplo, a Lei nº 10.444, de 07.05.2002 alterou as disposições sobre a audiência preliminar e no § 3º do art. 331 do Código de Processo Civil ampliou o poder de direção do magistrado sobre o processo ao estabelecer que: “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o Juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”.

A segunda parte do novel parágrafo terceiro claramente deixa nas mãos do magistrado a decisão sobre a realização ou não da audiência preliminar. Ao invés de elencar previamente as hipóteses em que a realização da audiência preliminar seria obrigatória, preferiu o legislador confiar ao magistrado o discernimento para identificar os casos em que ela seria produtiva. Todavia, não se trata de um poder discricionário, de modo que também aqui não existe liberdade plena do magistrado. E como assevera MOREIRA, de duas uma: “ou o material constante dos autos aponta de forma inequívoca no sentido da improbabilidade do acordo, e o órgão judicial não deve realizar a audiência, ou se dá o contrário, e o órgão judicial não pode deixar de realizá-la” (2003, p. 90). O poder-dever do magistrado de exercer as suas atividades jurisdicionais atinge também a função de dirigir a instrução processuais. Aliás, nas palavras de TRÍCIA NAVARRO XAVIER:

Há de se pensar que a atuação instrutória do Juiz constitui um poder-dever-função que visa sempre a perfeita entrega jurisdicional, de modo que a inércia do magistrado diante da instrução do feito traz malefícios tanto às partes da relação processual quanto à sociedade, configurando, inclusive, falta disciplinar grave. (2008, p. 173).

Anote-se que os deveres do Juiz possuem como corolário lógico a instituição de sua responsabilidade. Assim é que, nos termos do art. 133 do CPC, o Juiz é civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou fraude e, ainda, quando recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

### **2.1 O Poder Instrutório do Juiz**

Toda pretensão deduzida em juízo origina-se de fatos. Assim, na petição inicial, cabe ao autor enunciar os fatos em que se funda o seu pedido e, da mesma forma, o réu na contestação deve trazer os fatos pelos quais resiste ao pedido. Porém, não basta apenas a parte alegar, sendo que os fatos devem ser provados e, segundo CHIOVENDA: “Provar significa formar a convicção do Juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (2002, p. 109), não se podendo olvidar que “as provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico” (ANDRADE e NERY JR, 2006, p. 611).

A atividade do Juiz, no processo de conhecimento, envolve a reconstrução dos fatos narrados pelas partes sobre os quais será aplicada a regra jurídica abstratamente prevista no ordenamento positivo. Em regra, o objeto da prova são os fatos, uma vez que o Juiz deve conhecer o direito, ressaltando-se apenas as exceções do art. 337 do Código de Processo Civil. O conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a correta aplicação da norma prevista abstratamente na lei. Além disso, os fatos precisam estar provados nos autos, sendo assente na ciência processual que não pode o Juiz valer-se de conhecimento privado que tenha do fato para fundamentar sua sentença. Nesse sentido, assevera MÁRCIO TÚLIO VIANA:

Se o Juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina. Afinal, como nota Russomano, a prova ‘é o pilar da sentença’. Mas ela também diz respeito a outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos. (2002, p. 340).

Regra geral, a prova é produzida pela parte a quem aproveita. Isto porque, normalmente, por terem se envolvido diretamente nos fatos da causa, são as partes quem possuem os documentos que lhe dizem respeito, sabendo quem possui condição de testemunhar e etc. Nada obstante, segundo informa o

princípio da aquisição processual, uma vez produzida a prova, esta passa a pertencer ao processo, independentemente da vontade da parte que a tenha trazido para o processo.

Ocorre que, em muitos casos, não vem sendo produzidas pelas partes as provas sobre fatos relevantes para o adequado desfecho da causa, hipótese em que para muitos processualistas deveria o Juiz limitar-se a julgar o feito de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova do art. 333 do Código de Processo Civil. Todavia, esta não parece ser a única solução diante da inércia das partes e, tampouco, no nosso entender, a mais acertada.

Com efeito, o julgar de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova nem sempre conduz a resultados satisfatórios e também não satisfaz o Juiz consciente de sua responsabilidade. A doutrina define a expressão poderes instrutórios do Juiz como a possibilidade do magistrado de determinar, de ofício, a produção das provas que entenda serem necessárias ao seu convencimento sobre os fatos da causa. No direito brasileiro, este poder se encontra previsto em dois dispositivos do Código de Processo Civil, a saber:

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

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

Da leitura conjunta dos referidos dispositivos podemos concluir que ao Juiz incumbe o poder-dever de determinar as provas que serão produzidas (indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias) e, posteriormente, valorá-las livremente, justificando na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento (sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado). A doutrina brasileira, todavia, não é pacífica quanto ao alcance deste poder do Juiz na condução da instrução do processo.

SANTOS, por exemplo, manifesta-se contrariamente à iniciativa probatória do Juiz:

Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao Juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o Juiz poderá, de ofício, ordenar as diligências necessárias à instrução da causa (Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. V. II, p. 351 *apud* CÂMARA, 2007, p. 33/46).

Ocorre que referido entendimento restritivo não pode prevalecer frente ao atual estágio evolutivo do direito processual, no qual o processo é reconhecido como o meio pelo qual o Estado resolve os conflitos que lhe são submetidos com fundamento nas normas de direito material objetivo. Com efeito, a finalidade do processo é garantir a atuação do direito material objetivo e não a mera satisfação dos interesses egoísticos das partes. Neste sentido podemos destacar o escólio de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “Superada hoje a corrente que considera como objeto do processo a defesa de direitos subjetivos, pois resulta de uma análise privatista do fenômeno. Sua finalidade é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural” (2009, fl. 67).

Assim, prevalecendo o interesse coletivo da sociedade na escorreita aplicação das normas de direito natural sobre o interesse meramente individual da parte, parece lógico que a iniciativa probatória também caiba ao Juiz e não possa ser deixada exclusivamente ao arbítrio dos litigantes. Neste sentido, observa-se a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado com a finalidade de garantir que o processo consiga efetivamente atingir sua finalidade de atuação do ordenamento jurídico e garantir a paz social. Vejamos.

Por exemplo, a Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que regula os Juizados Especiais estaduais estabelece, de forma categórica, em seu art. 5º que “o Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”. No âmbito do processo do trabalho, a Lei nº 9.957/00 acrescentou o art. 852-D à Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo amplos poderes ao Juiz na condução de processos submetidos ao rito sumaríssimo, sob os seguintes termos:

O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e das especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Nessa mesma linha, destaca BARBOSA MOREIRA:

Ao longo dos últimos anos, reformas processuais em vários países têm tratado de reforçar os poderes do Juiz na direção do feito e na atividade de instrução. A idéia subjacente a essas reforma, ocioso ressaltar, é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando nato tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda,

na medida do possível, à realidade. Esse alguém não pode ser outro senão o órgão judicial; por conseguinte, é mister provê-lo dos meios indispensáveis para que ele possa desincumbir-se cabalmente de sua função (2005, p. 127).

O reconhecimento deste poder-dever implica reconhecer “que o Juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função” (MARINONI, 2007, p. 290). Isto porque, quando o Juiz determina a realização de determinada prova, a ele interessa apenas o descobrimento da verdade e não que um ou outro litigante saia vencedor. Neste sentido já se manifestou COUTURE:

A sentença poderá ser justa ou injusta, porque os homens necessariamente se equivocam. Não se inventou, ainda uma máquina para produzir sentenças. No dia em que for possível decidir os casos judiciais como se decidem as corridas de cavalos, mediante um ‘olho mecânico’ que registra fisicamente o triunfo ou a derrota, a concepção constitutiva do processo perderá seu sentido e a sentença será uma mera declaração, como queria Montesquieu. Mas, enquanto não se puder encontrar essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e medular do direito não pode ser desatendido, nem desobedecido, e as sentenças valerão o que valham os homens que as profiram. (Couture, Eduardo J., Introdução ao Estudo do Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1998 *apud* SCHIAVI, 2008, p. 411).

Inobstante os argumentos até agora colocados, resta combater os principais fundamentos das correntes que defendem a impossibilidade de reconhecimento dos poderes instrutório do Juiz, iniciando a análise a partir dos princípios fundamentais do processo.

### **3. A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER-DEVER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MIGUEL REALE observa que “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (1999, p. 305) e BANDEIRA DE MELO conceitua o princípio como:

...mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (1996, p. 545-546).

A doutrina identifica três funções dos princípios: a) informadora; b) normativa; c) interpretativa. Em primeiro lugar, numa fase mais política do que jurídica, os princípios devem informar e orientar o legislador na criação de novas normas jurídicas (função informadora). Na medida em que toda norma tem por fundamento um princípio, na interpretação daquela deve se dar o máximo de efetividade a este. Além disso, deve o intérprete verificar se a regra se apresenta em conformidade com os princípios constitucionais (função interpretativa).

Os princípios também possuem a função de garantir a integridade do ordenamento jurídico nos casos de lacuna na lei, ou seja, quando não existe lei regulamentando a matéria. E como adverte NELSON NERY JR, era comum até bem pouco tempo, “interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava”, olvidando-se, inclusive, princípios constitucionais pertinentes à matéria (2004, p. 25).

A Constituição Federal de 1988 incluiu entre os direitos e garantias fundamentais, diversos dispositivos de natureza processual, de modo que alguns autores chegam a se referir à “tutela constitucional do processo” (DINAMARCO, 2005, p. 207). Inúmeros princípios de direito processual são expressamente albergados pela Constituição, tais como: o do devido processo legal, da igualdade, inafastabilidade do controle jurisdicional, da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, do Juiz natural, da publicidade, o da motivação das decisões judiciais.

De acordo com a atual teoria geral do direito, os princípios de determinado ramo do direito devem estar alinhados com os princípios constitucionais do processo. Na interpretação de um princípio ou lei infraconstitucional, portanto, o intérprete deve observar o princípio ou a norma infraconstitucional a partir dos princípios constitucionais. Trata-se daquilo que os constitucionalistas denominam de filtragem constitucional.

DINAMARCO conceitua o direito processual constitucional como o “método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela” (2005, p. 207). A legitimidade do sistema processual frente à ordem político constitucional depende da observância dos direitos e garantias previstos na Constituição. A Constituição, portanto, é a origem e fundamento de validade de todo ordenamento infraconstitucional e com a realização deste, em verdade, garante-se a efetividade daquela. Com propriedade DINAMARCO salienta que:

Quando o Juiz decide em matéria de propriedade, fazendo prevalecer os fins sociais da lei, ele está dando efetividade ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e também, indiretamente, à norma constitucional que dita a função social da propriedade (Const., art. 5º, inc. XXIII); quando condena o ofensor por danos morais, faz cumprir preceitos contidos no Código Civil (arts. 186, 927, 953 etc.) e de igual modo uma expressa disposição constitucional (Const., art. 5º, inc. V) (2005, p. 209).

Os princípios constitucionais processuais devem ser vistos como verdadeiras garantias dos direitos processuais dos litigantes, exatamente por traduzirem os valores básicos informadores de toda a ordem jurídica. Neste sentido, colhem-se as seguintes consequências destacadas por DIDIER JR.:

- a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia;
- b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável, desproporcional à efetivação de todo direito fundamental;
- c) o magistrado deve levar em consideração, “na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais” (2007, p. 26).

Os princípios constitucionais do processo devem se conformar com os demais princípios, em especial aqueles que se constituem em direitos fundamentais do cidadão. Na denominada dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais há substancial relevância nas relações entre o Processo e a Constituição Federal, em especial na sua função específica de resguardar a própria efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais que ali são delineados. No estudo deste tema não podemos olvidar sobre a denominada dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e seus diversos desdobramentos.

Conforme lição de PEREZ LUÑO, os direitos fundamentais passaram a se apresentar, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (1995, p. 20-21). Ou seja, a face objetiva dos direitos fundamentais implica que as normas que preveem direitos subjetivos possui função autônoma que ultrapassa apenas a perspectiva subjetiva do titular do direito, mas exige o reconhecimento de que todos os sistemas, inclusive o normativo e o judicial tutelem esses direitos fundamentais. Neste sentido é a lição de INGO WOLFGANG SARLET, para quem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilita que a partir do conteúdo dessas normas será possível se extrair “consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação a proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitem os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material” (2008, p. 881).

Não há dúvida de que o magistrado possui importante função na defesa dos direitos fundamentais, o que o obriga a interpretar o sistema processual também sobre esta perspectiva garantidora. Neste sentido são as lições de Luiz Guilherme Marinoni ressaltadas por SARLET, para quem a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais “pressupõe também tomar a sério o poder-dever do Juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (o que inclui, à evidência, o dever de zelar pelo referido cunho cooperativo do processo), na esteira do que vem advogando a doutrina processual mais recente e afinada com a atual dogmática dos direitos fundamentais” (2008, p. 887).

Nos itens que seguem, trataremos sobre a relação entre os poderes instrutórios do Juiz e a instrumentalidade do processo à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que informam o direito processual civil. E para não fugir do objeto do presente trabalho, deixaremos de detalhar a correlação com todos os princípios do processo civil, mas apenas com aqueles relacionados aos poderes do Juiz no campo probatório.

### **3.1 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio Dispositivo**

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 estabelece que o Código “consagra o princípio dispositivo” (Capítulo IV, III, item 18). A inércia, sem dúvida, é uma característica predominante da jurisdição. Conforme ressaltam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2009, p. 150) “O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”.

Para alguns processualistas, os poderes instrutórios do Juiz apresentam-se intimamente relacionados e restringidos pelo princípio dispositivo, uma vez que em se tratando de direitos disponíveis, as partes possuiriam total liberdade para fazer ou não a prova e influenciar no resultado do processo, seja confessando ou contestando. Outros, no entanto, sustentam que o Código Buzaid de 1973 teria compatibilizado os sistemas inquisitivos e dispositivo, pois, ao mesmo tempo, ampliou os poderes instrutórios do Juiz (art. 130) e não excluiu as partes do ônus de demonstrar suas alegações.

O fato é que o Código de Processo Civil de 1973 é informado em pontos importantes pelo princípio dispositivo. A instauração do processo, em regra, depende da iniciativa da parte (art. 262), ficando uma das exceções por conta do inventário. Somente à parte cabe fixar o objeto do processo, sendo vedado o julgamento *ultra* ou *extra petita* (cf. artigos 128, 458 e 459). Além disso, é facultado aos litigantes terminar o processo, mediante a autocomposição da lide, seja por ato unilateral – reconhecimento do pedido, renúncia à pretensão – seja por meio de ato bilateral – a transação (cf. artigo 269, incisos II, V e III, respectivamente) (MOREIRA, 2003, p. 86).

Todavia, não há como se sustentar que o Código de Processo Civil tenha sido informado exclusivamente pelo princípio dispositivo, notadamente no que diz respeito à participação do Juiz na produção da prova. Com efeito, o art. 130 é claro ao fixar, de maneira ampla e genérica, a possibilidade de o magistrado determinar, “de ofício ou a requerimento da parte”, a produção das provas que entende necessárias ao seu convencimento sobre os fatos da causa. O referido dispositivo genérico é complementado por outros dispositivos do Código que tratam de hipóteses meramente exemplificativas, como destaca MOREIRA:

O art. 342, que autoriza o órgão judicial a ordenar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; o art. 355, que lhe faculta determinar a exibição de documentos ou de outra coisa, em poder da parte; o art. 399, segundo o qual ele requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ‘as certidões necessárias à prova das alegações das partes’ e os autos de ‘procedimentos administrativos nas casas em que foram interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta’; o art. 440, que permite ao órgão judicial inspecionar pessoas ou coisas; etc (2003, p. 87).

A expressão “princípio dispositivo” não apresenta significado unívoco e constantemente é empregada pela doutrina para significar coisas diferentes, revelando tratar-se de termo equívoco. Os poderes do Juiz podem ser divididos em duas dimensões ou fases: propositura da demanda e estrutura interna do processo. Com muita frequência, no entanto, a doutrina trata de ambas as dimensões como expressões do princípio dispositivo, fazendo-se necessário estabelecer uma diferenciação. Ao que nos parece, a expressão relativa ao princípio dispositivo deve ser, em verdade:

reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim tratando-se de direito material disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o Juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material e não processual (BEDAQUE, 1994 p. 91)

Conforme ainda destaca BEDAQUE, qualquer outra limitação à atividade do Juiz, seja em relação à propositura da demanda, ou mesmo no curso do processo, contudo, não decorre da natureza de direito substancial (2009, p. 92). Por exemplo, com o devido respeito, parte da doutrina incorre em equívoco ao afirmar que a impossibilidade do Juiz de iniciar um processo

judicial decorreria do princípio dispositivo. Não há como se confundir o princípio da inércia com o do dispositivo.

Não bastasse isso, há que se salientar que as exceções que existem ao princípio da inércia da jurisdição dizem respeito a direitos disponíveis, a saber, nos casos de: inventário (CPC, art. 389), exibição de testamento (CPC, art. 1.129), arrecadação de bens de herança jacente (CPC, art. 1.142).

A plena disponibilidade das partes sobre a relação jurídica processual sempre esteve ligada a ideias privatistas do direito processual e não mais prevalece diante do moderno caráter publicista do processo. Ainda que o conflito trazido a exame verse sobre uma relação privada de direito material, o certo é que o Estado possui interesse de que na sua solução seja efetivamente realizado o direito aplicado à espécie, independentemente da natureza jurídica pública ou privada da relação material subjacente ao conflito, em especial, se a parte autora não desistiu da ação e tampouco se não houve composição entre as partes. E como bem destacado por BEDAQUE, “os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo Juiz, não em relação aos meios de prova que eles entendem ser necessários à formação de seu convencimento” (1994, p. 95). Nesse sentido, destaca-se o julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PERÍCIA MÉDICA. DETERMINAÇÃO *EX OFFICIO* PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. Em se tratando de ação para a concessão de benefício acidentário, é possível ao Juiz determinar *ex officio* a realização de perícia médica, tendo em vista a sua importância para a solução da lide, ainda que o segurado, motivado pelo deferimento do benefício no âmbito administrativo, tenha requerido o julgamento conforme o estado do processo, por entender desnecessária a prova técnica. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 285872/PR, 2000/0113170-2, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Decisão em 10.08.1999, DJ 13.09.1999, p. 71)

### **3.2 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio da Isonomia**

O princípio da igualdade trata-se de princípio geral de todo o ordenamento jurídico. O art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Referida garantia constitucional, como não poderia deixar de ser, também possui aplicação no processo judicial, onde o princípio da isonomia corresponde à obrigatoriedade do Juiz de “assegurar às partes igualdade de tratamento” (CPC, art. 125, I). Ocorre que a simples igualdade jurídica, na sua concepção clássica, meramente formal, individualista e negativista, não é capaz de afastar a desigualdade econômica entre as partes no processo.

O individualismo que moldou o processo civil egoísta do século passado não é capaz de garantir um processo justo, que somente será alcançado

quando houver igualdade técnica e econômica. Hoje, portanto, fala-se em igualdade substancial, correspondente ao tratamento igual aos substancialmente iguais, conforme destaca a doutrina: “a aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 60). NERY JR., por sua vez, destaca a relação indissolúvel entre o princípio da igualdade e contraditório como requisitos legitimadores da atuação jurisdicional do Estado:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório (2004, p. 170).

O processo, como instrumento indispensável à democracia, deve cuidar de garantir a igualdade entre as partes, uma vez que de nada valeriam os direitos do indivíduo caso não pudessem ser vindicados ou defendidos em juízo. Neste aspecto, ressalta MARINONI o caráter essencialmente democrático do princípio do contraditório como verdadeiro legitimador do procedimento:

Essa participação em contraditório, devendo estar de acordo com os valores da Constituição Federal e especialmente a igualdade substancial e não com a igualdade meramente formal-, deve traduzir-se na possibilidade de uma participação concreta no processo. Melhor explicando: se a participação, na democracia, deve ser concreta, não basta possibilitar-se a mera participação formal, mas é fundamental que sejam conferidas iguais oportunidades de participação aos interessados. (...) Além disso, como o processo jurisdicional é instrumento para a concretização dos fins do Estado traduzidos na lei a ser efetivamente aplicada, não é legítimo o procedimento que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do “Estado Democrático de Direito” (2007, p. 56)

Tanto as partes como o Juiz possuem interesse na solução do litígio. Todavia, como é intuitivo, dos sujeitos processuais apenas o Juiz possui interesse na solução justa do conflito, “visto que as partes visam a um resultado favorável a seus interesses, não importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida.” (BEDAQUE, 1994, p. 135). Muitas vezes, a deficiência da parte na instrução do feito decorre de uma situação não apenas de desequilíbrio material, como também de fatores econômicos e culturais. E, conquanto a referência seja feita ao desequilíbrio entre as partes, o certo é que na maioria dos ordenamentos processuais contemporâneos, as partes são representadas em juízo por meio de advogados, e muitas vezes a parte sequer fica sabendo do ato realizado ou que deixou de ser realizado e,

mesmo que tivesse conhecimento, não estaria em condições de valorá-lo adequadamente. Erros profissionais podem influir com grande intensidade sobre a decisão da lide ou a sorte da parte, que muitas vezes não participou diretamente do episódio. Daí porque vemos a afirmativa de que “o litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça” (MOREIRA, 2005, p. 137). Por isto, se ressalta que:

No processo civil moderno, que exalta a necessidade de obter resultados, incrementam-se os poderes do Juiz no sentido de suprir deficiência das partes e seus procuradores (especialmente em matéria probatória) e de empenhar-se na imposição do cumprimento das obrigações, especialmente das de fazer ou de não-fazer, inclusive mediante atos de pressão psicológica sobre o obrigado (CPC, art. 461). Da garantia do contraditório extrai-se o dever judicial de participar intensamente do processo, com poderes que antes não se reconheciam nem os juízes exerciam. (DINAMARCO, 2005, p. 352)

De outro lado, ao estabelecer a vedação da autotutela, deve o Estado propiciar às partes meios idôneos para satisfação de seus interesses, pois como já ressaltado, em caso contrário, o Poder Judiciário cairia em descrédito e correr-se-ia o risco de retorno à justiça privada. Nestas situações, sem dúvida, o poder de instrução do Juiz serve como instrumento da garantia da igualdade das partes. E dentre os meios que o legislador criou para garantir a igualdade real das partes insere-se o aumento dos poderes instrutórios do Juiz, por exemplo, nas Leis n<sup>os</sup> 9.099/1995 e 9.957/00.

Releve-se que a iniciativa do Juiz no campo probatório não afasta, de maneira alguma, a liberdade das partes ou a disponibilidade sobre seus direitos. Continuam as partes com amplos poderes sobre a relação de direito material, podendo renunciar, transigir ou desistir. Tal como adverte MARINONI, “a prova de ofício jamais poderá eliminar a importância da participação das partes para o convencimento judicial, pois são elas que têm as melhores condições de saber quais são as provas que podem e devem ser produzidas” (2007, p. 464).

### **3.3 O Poder Instrutório do Juiz e o Princípio da Imparcialidade**

Segundo Nery Jr. “a imparcialidade do Juiz é atributo necessário para que possa julgar, sendo manifestação do princípio constitucional do estado democrático de direito (CF 1<sup>o</sup> *caput*) e um dos elementos integradores do princípio constitucional do Juiz natural (CF 5<sup>o</sup> XXXVII e LIII)” (2006, p. 345). Devido a sua importância para a legitimidade da jurisdição, o princípio da imparcialidade também é muito invocado por aqueles que são contrários à iniciativa probatória do Juiz, principalmente sob o argumento de que o julgador estaria fugindo à sua necessária imparcialidade ao determinar a produção de alguma prova. Argumentam, ainda, que a investigação judicial

poderia condicionar a consciência do Juiz a acreditar apenas no objeto de sua própria investigação.

Em estudo sobre o tema, DUARTE (1999, p. 67) lembra o escólio de Antônio Cláudio da Costa Machado, para quem o poder instrutório conferido ao Juiz pelo art. 130 do Código de Processo Civil, exatamente por configurar uma exceção ao princípio dispositivo, representaria um perigo ao “comprometimento da imparcialidade do Juiz, uma vez que é lugar comum em doutrina a afirmação de que para manter a sua posição de equidistância não deve o julgador correr atrás das provas”. E embora autorizado a determinar provas de ofício, seria no seu entender de todo recomendável a prudência e o comedimento no exercício do poder instrutório por parte do Juiz.

Ocorre que a doutrina tradicional aceita a produção de ofício de provas pelo Juiz quando a causa ver-se sobre direitos indisponíveis. Fica no ar, portanto, o questionamento de BEDAQUE (1994, p. 109) “se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do Juiz parcial”. A distinção entre disponibilidade e indisponibilidade da relação jurídica de direito material não serve, no nosso entender, para o fim de balizar os limites do poder instrutório daquele que irá decidir o conflito. Isto porque, como já salientado, ao determinar a realização de alguma prova, não está o Juiz favorecendo qualquer uma das partes, uma vez que não tem condições de saber, antecipadamente, qual será seu resultado. Pouco importa ao Juiz qual será o resultado da prova ou a qual parte irá favorecer, uma vez que seu único comprometimento é que as controvérsias sejam solucionadas na forma preconizada pelas normas de direito material. Desta forma já asseverou DINAMARCO (2005, p. 220):

Com essa ressalva é de ser entendida a aguda observação, feita em doutrina, de que a imparcialidade deve ser para o Juiz mesmo que a indiferença inicial e para o pesquisador científico (Liebman). Exige-se a indiferença quanto ao caso concreto e às partes nele envolvidas, mas não se quer a indiferença em relação aos valores e escolha de caminhos para fazer justiça.

Ao contrário, o Juiz que se omite em determinar a produção de uma prova pertinente e relevante para o processo é que estará sendo parcial ou cumprindo em parte os seus deveres constitucionais, uma vez que assim procedendo, distancia-se da sua função que é de julgar o mais próximo possível da realidade (MARINONI, 2007, p. 290). Na mesma esteira, BARBOSA MOEREIRA sustentou que, em matéria de provas, inexistem neutralidade possível do Juiz, uma vez que representa os interesses do Estado e possui compromisso com a realização da justiça, a qual somente será alcançada com a entrega do bem da vida aquele que tem razão (MOREIRA *apud* BEDAQUE, 2009, p. 110). A moderna visão publicista do processo exige uma postura ativa do Juiz comprometido com a realização dos escopos da jurisdição. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não há incompatibilidade

entre os poderes de instrução do Juiz e a dialética processual, devendo a harmonia ser buscada pela aplicação do princípio do contraditório. Neste sentido destacou BEDAQUE:

(...) o Juiz ativo pode evitar que parte sem razão consiga, mediante o discurso dialético, alcançar seu objetivo, ainda que a situação em que se encontre não esteja amparada no plano material. Tanto autor quanto réu não estão preocupados com a justiça da decisão, mas com a proteção de seus interesses. Essa é a característica da dialética, definida por SCHOPENHAUER como a arte de ficar com a razão, independentemente da verdade objetiva, que é estudada pela lógica. (2009, p. 77)

Por isso mesmo, salienta o Juiz do Trabalho JÚLIO CESAR BEBBER,

a imparcialidade que se exige do Juiz é objetiva (CPC, arts. 134 e 135; CLT, art. 801), e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e Juiz imparcial não é sinônimo de Juiz insensível e inerte, mas sim, de Juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É Juiz comprometido com os ideais de justiça; de Juiz que procede movido pela consciência de sua responsabilidade; de Juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso desfecho que corresponde ao justo. O Juiz resguardará sua imparcialidade, se ao determinar de ofício a produção de alguma prova, submeter a mesma ao contraditório, permitindo às partes que sobre elas se manifestem (1997, p. 445).

#### **4. REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

A palavra ônus possui origem no vocábulo latino *onus*, significando fardo, carga, peso ou gravame. As regras de distribuição do ônus de prova colocam a parte inerte em situação desvantajosa perante o julgador, uma vez que na ausência de prova a causa será decidida em desfavor da parte que tinha o ônus de provar o fato. Não se trata de um dever jurídico, uma vez que não existe obrigação ou sanção decorrente de seu não atendimento. Representa tão-somente um encargo, na medida em que a necessidade de provar satisfaz interesse do próprio onerado em ver acolhida sua versão fática da causa. Nas palavras de CARNELUTTI:

A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus. (CARNELUTTI *apud* MACHADO, 2001, p. 123).

Pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o Juiz fica proibido de pronunciar o *non liquet* alegando lacuna ou obscuridade na lei, conforme estabelece inclusive o art. 126 do Código de Processo Civil. Da mesma forma, não pode o Juiz deixar de decidir sob a alegação de que os fatos controvertidos não se encontram demonstrados nos autos, sob pena da solução dos conflitos retornarem ao âmbito da justiça privada. Portanto, as regras sobre ônus da prova auxiliam o julgador nos casos de ausência de prova e impedem a ocorrência do *non liquet*.

No processo civil brasileiro, as regras gerais sobre distribuição do ônus da prova encontram-se fixadas no art. 333 do CPC, incumbindo “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I) e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (inciso II). O parágrafo único do mesmo artigo autoriza convenção das partes quanto ao ônus da prova, desde que a relação jurídica não verse sobre direito indisponível (inciso I) e que não torne excessivamente oneroso o exercício do direito por uma das partes (inciso II).

Alguns doutrinadores argumentam que as regras de distribuição do ônus da prova de cada litigante trazem consigo uma limitação aos poderes de iniciativa probatória do Juiz. Asseveram que o art. 130 não se encontra isolado no Código e que o dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 333 (interpretação sistemática), ambos do CPC, de modo a garantir a observância das regras de ônus da prova e o tratamento igualitário das partes. Confira-se, neste sentido, manifestação do processualista Giuseppe Chiovenda:

A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita às partes a verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova (Direito Processual Civil, volume III, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1980, p. 192 *apud* DUARTE, 1999, p. 66)

Nada obstante os relevantes argumentos colocados e a incontestável admiração pela vasta obra processual de referido jurista, com sua posição não podemos concordar, pelo menos nos tempos atuais. Isto porque, a iniciativa instrutória do Juiz não substitui ou mesmo interfere na atividade probatória das partes, mormente considerando-se o escopo da jurisdição de realização do direito substancial e a paz social. Durante a instrução probatória, não se encontra preocupado o magistrado com o encargo probatório de cada litigante, uma vez que se bem instruído o processo e suficientemente provados os fatos, sequer será necessário o recurso às regras de distribuição do ônus da prova. A determinação de provas pelo Juiz no curso da instrução apenas revela seu comprometimento com uma decisão que retrate a efetiva realidade fática vivida pelas partes e a escorreita aplicação do direito material. Em face do princípio

da aquisição processual, para o estabelecimento da verdade dos fatos, não interessa qual dos atores processuais produziu a prova: o Juiz, autor ou réu.

Há casos em que a lei autoriza a inversão do ônus da prova, como ocorre nas hipóteses do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa de Consumidor). Na espécie, verifica-se que a inversão do ônus da prova nas relações do consumo pode ser reconhecida pelo magistrado e, portanto, pode ser levada a efeito até mesmo de ofício na fase de julgamento. E, embora a lei reconheça a existência de dois requisitos alternativos, quais sejam, a hipossuficiência da parte – que não é necessariamente econômica e pode ser representada pela excessiva dificuldade na produção da prova – ou ainda, a verossimilhança da alegação, conforme as regras da experiência do que ordinariamente acontece, cuida-se de atividade judicial reconhecer ou não a inversão. De qualquer forma, o Código de Defesa do Consumidor objetivou com esta regra a facilitação do acesso de um dos litigantes a uma ordem jurídica justa. Veja-se que o favorecimento de uma situação processual a uma das partes, pelo legislador, restou conferido em função de uma condição inferior no plano material e até mesmo processual.

Para finalizar este capítulo e afastar a ideia de que o processo seria apenas um jogo entre particulares, com regras previamente definidas, cite-se a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

Claro está que semelhante risco só impressionará quem atribua algum valor às noções de verdade e de justiça como ingredientes necessários da composição judicial dos litígios. Para aqueles a quem seja indiferente que se colha ou não a porção de verdade acessível ao espírito humano, e porquanto se faça ou não a justiça possível no plano terreno, tudo quanto ficou dito soará qual mero *flatus vocis*. Mas, se assim for, que necessidade haverá de movimentar com o inevitável dispêndio de tempo, energias e recursos financeiros – máquina judiciária? Será preferível confiar a sorte do pleito a algo mais simples, barato e rápido, como uma rinha de galos (2005, p. 138).

## 5. A PROVA NOS TRIBUNAIS

A ampliação da iniciativa probatória oficial também é verificada em relação aos poderes de condução do processo dos relatores dos Tribunais. Algumas reformas processuais cuidaram de aumentar os poderes instrutórios dos magistrados Relatores na fase recursal. *Verbi gratia*, na tradição do direito brasileiro, a análise dos requisitos para o processamento do recurso incumbia ao Relator; porém, o seu julgamento era realizado pelo colegiado. Apenas excepcionalmente, em relação ao agravo de instrumento, poderia o Relator indeferi-lo quando “manifestamente improcedente”, conforme redação original do art. 557 do Código de Processo Civil (MOREIRA, 2003, p. 91).

Ocorre que a Lei nº 9.756/98 acrescentou o § 1º-A ao art. 557 do CPC e conferiu poderes ao Relator para, em decisão monocrática, dar provimento ao recurso (e não apenas ao agravo) “se a decisão recorrida estiver em manifesto

confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Não há como se negar que referida alteração legislativa aumentou sobremaneira os poderes do relator que agora pode decidir não apenas sobre a admissibilidade do recurso, como também sobre o próprio mérito. Alguns doutrinadores sustentam a inconstitucionalidade deste dispositivo sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece de forma objetiva que os recursos constitucionais (extraordinário e especial) devem ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Argumentam que a lei ordinária não poderia retirar de um colegiado a competência para julgar referidos recursos. No entanto, tal como adverte MARINONI:

O argumento, contudo, não há de proceder. É que, como tem observado a doutrina, conquanto estabeleça a Lei Maior a competência desses tribunais para o julgamento de tais recursos, não há determinação alguma no sentido de que esse julgamento de tais recursos deva ser levado a cabo por tal órgão do tribunal. Em vista disso, nenhuma restrição existe a que se confira ao relator – dede que este também é um dos órgãos do tribunal – poderes para julgar, monocraticamente, qualquer espécie de recurso. Inexiste qualquer lesão ao princípio do Juiz natural nessa prática, sendo absolutamente incensurável do ponto de vista constitucional (2007, p. 595)

Com efeito, não existe qualquer inconstitucionalidade na norma, uma vez que se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e também pelo fato do § 1º do referido artigo possibilitar o recurso da decisão monocrática para o órgão colegiado. Neste sentido é também o posicionamento de NERY JR.:

Nada obstante, não cabe aqui a objeção de inconstitucionalidade que tem sido feita àquele dispositivo. Enquanto a CF disciplina a atividade dos tribunais superiores, notadamente o STF e o STJ, cabe ao CPC regular os poderes do relator nos tribunais federais e estaduais, de sorte que as atribuições conferida ao relator pela norma comentada encontram-se em harmonia com os sistemas constitucional e processual brasileiro. A constitucionalidade da norma é de ser reconhecida, inclusive porque o CPC 557, § 1º torna a decisão monocrática do relator recorrível par ao órgão colegiado (RTJ 169/445). A L 9.756/98 ampliou os poderes do relator, que agora pode inclusive dar provimento ao recurso, desde que a decisão recorrida esteja em desacordo manifesto com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal ou de tribunal superior (2004, p. 815).

Por sua vez, a Lei nº 11.276/06 acrescentou o § 4º ao art. 515 do Código de Processo Civil para, no caso de verificada nulidade sanável, autorizar o Tribunal a “determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”. Evidentemente, a nulidade pode se referir a alguma prova que

não tenha sido realizada em primeiro grau de jurisdição (por exemplo, a juntada de determinado documento), o que revela a ampliação de poderes e a atuação de ofício do Relator, ou do próprio Tribunal, em questão probatória. Nesse sentido, é o posicionamento de SCHIAVI:

Trata-se de uma extensão legal do efeito devolutivo do recurso no aspecto vertical, pois há autorização legal para o Tribunal, mesmo sem qualquer provocação no recurso pelo recorrente, determinar, de ofício, a renovação de atos processuais que contêm algum vício. (2008, p. 634)

Sobre a possibilidade de determinação de provas em grau de recurso, segue a ementa de decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROVA. DISPENSA PELAS PARTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA PELA 2ª INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. Em matéria de cunho probatório, não há preclusão para o Juiz. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 262.978 - MG (2000/0058446-0) - RELATOR: MINISTRO BARROS MONTEIRO).

## 6. A REVELIA E O PODER INSTRUTÓRIO

A necessidade do comparecimento do réu no processo variou na história conforme a evolução da natureza jurídica do processo. “Antigamente, quando se entendida que o processo tinha natureza jurídica privada, o comparecimento do réu era fundamental” (SCHIAVI, 2006, p. 17). Calmon de Passos trouxe interessante resgate histórico quanto ao entendimento dos operadores do direito acerca do instituto da revelia:

O comparecimento e a atuação do réu, em juízo, sempre foram objeto de preocupação no campo do direito. Nos primeiros tempos de Roma, não se conheceu o processo à revelia. Resultado de uma convenção, a *litiscontestatio* exigia a presença das partes litigantes, pelo que se conferia ao autor o poder de obrigar o réu a vir a juízo, mediante o emprego da força (*manus ejectio*), salvo se apresentasse um garante, o *vindex*, que, segundo parece, se obrigava a assegurá-la. Ao emprego da força, entretanto, devia proceder o simples convite para comparecimento em juízo. Só no caso de desatendimento autorizava-se a violência, recomendando a lei a presença de testemunhas para a hipótese de pretender o demandado reagir ou escapar. Não bastava, contudo, o simples comparecimento. Exigia-se por igual a atuação do réu; se acaso, mesmo presente em juízo, permanecia *indefesus*, o magistrado autorizava o autor, se tanto pedisse, à imissão na posse da coisa litigiosa ou na herança. Já nos fins do período republicano, a falta de comparecimento produzia a vitória do autor presente, ou a absolvição do réu, se a ausência fosse do autor (PASSOS *apud* SCHIAVI, 2006, p. 18-19).

Doutrina e jurisprudência sempre divergiram quanto à possibilidade de produção de provas nos casos em que há revelia. Alguns chegaram a defender a impossibilidade absoluta de se autorizar a produção de provas sob pena de esvaziamento completo do instituto da revelia, argumentando que o Código de Processo Civil de 1973 incorporou o princípio da impugnação específica, cabendo ao réu manifestar-se ponto a ponto sobre os fatos articulados na petição inicial, sob pena de serem considerados verdadeiros (art. 302). Para esta vertente interpretativa, a conduta contumaz da parte influenciaria decisivamente sobre a questão de fato e impediria o prosseguimento do Juiz na busca da verdade real. Neste sentido, afirmou THEDORO JÚNIOR:

Assim acontece quando o réu deixa de contestar a ação e esta não versa sobre direitos indisponíveis, ou quando, na contestação, deixa de impugnar precisamente os fatos ou algum fato narrado na inicial. Nesses casos, ocorre presunção legal de veracidade dos fatos que se tornaram incontroversos (arts. 319 e 302) e ao Juiz não será dado produzir prova de sua iniciativa para contraria a presunção (2000, p. 372).

Outros chegam a sustentar a possibilidade probatória oficial em algumas hipóteses, por exemplo, em relação a matérias de ordem pública, que possam ser alegadas em qualquer grau de jurisdição ou, ainda, em questões de ordem técnica e quando os efeitos da revelia não ocorrem (CPC, art. 320). Nas causas envolvendo direitos indisponíveis o Juiz poderia prosseguir no exame de fatos, uma vez que não incidem os efeitos da revelia a teor da regra do inciso II, do art. 320 do Código de Processo Civil.

No âmbito dos processos trabalhistas, as questões técnicas não se confundiriam com os fatos, sendo certo que a revelia produz efeitos exclusivamente em relação a estes últimos. Por isso mesmo, ainda que revel a empresa, o Juiz do trabalho que determina a realização de perícia para apuração de adicionais de insalubridade e periculosidade não incorre em *error in procedendo*, uma vez que a revelia não produz efeito sobre estes pedidos que demandem a realização de prova pericial, inclusive para se verificar o grau de exposição do trabalhador ao agente maléfico (cf. CLT, art. 195, § 2º). Neste sentido, cite-se o entendimento de TEIXEIRA FILHO, que inclusive defende a tese de que a atividade probatória oficial em caso de revelia somente seria possível quando a natureza do direito litigioso determinasse a não incidência de seus efeitos:

É conveniente insistir: em princípio, o revel, desde que verificado o efeito da revelia, não pode produzir provas a respeito dos fatos da causa, mesmo que a sentença de mérito não tenha sido, ainda, proferida. (2001, p. 27)

Há também há os que defendem uma compatibilização maior entre a revelia e a produção de provas por parte do autor e do réu, ou em atendimento à determinação do Juiz, posição que se adotada neste trabalho.

O fato é que embora o tema nos traga importantes questionamentos teóricos, as respostas possíveis nos conduzirão a importantes reflexos práticos, uma vez que muitas vezes “o Juiz enfrenta a angústia de ter que julgar processo à revelia e, muitas vezes, se depara com pretensões fora da razoabilidade ou não resta convencido quanto à verossimilhança das alegações” (SCHIAVI, 2008, p. 394).

Conforme estabelece o art. 319 do Código de Processo Civil, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Não há que se olvidar que a revelia corresponde ao não oferecimento tempestivo da contestação. A revelia não é pena ou sanção, mas sim um fato processual que produz alguns efeitos, dentre eles: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, que é a principal consequência da revelia; b) a desnecessidade de intimação do revel quanto aos demais atos processuais, exceto no caso de possuir advogado constituído nos autos (*caput* do art. 322 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.280/06); c) a preclusão para o réu alegar algumas matérias de defesa (exceto aquelas de ordem pública, por exemplo, previstas no § 4º do art. 301 do CPC); d) e a possibilidade de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inciso II).

Contudo, o art. 320 do Código de Processo Civil, afasta os efeitos da revelia em determinadas situações: “I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III- se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considera indispensável à prova do ato.”

Essas exceções fixadas pelo legislador deixam claro que a revelia não se confunde com seus efeitos, dentre eles, a presunção de veracidade dos fatos articulados na exordial (ou na reconvenção). Noutras palavras, pode ocorrer revelia sem que incidam plenamente seus efeitos.

O simples fato de não vir a juízo se defender não torna o revel um fora da lei e tampouco deve o mesmo ser tratado como tal. Os efeitos previstos na lei para aquele que não apresenta contestação já são bastante drásticos, não se justificando a imposição de outras sanções, que no fundo não serão apenas processuais, mais também jurídicos – pois o réu poderá eventualmente ser condenado a ter de pagar por dívida já quitada.

O parágrafo único do art. 322 estabelece que “o revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra”. Assim, fica garantido ao revel praticar todos os atos processuais que não tenham sido atingidos pela preclusão, inclusive o de produzir provas. Neste sentido, temos a Súmula nº 231 do Supremo Tribunal Federal: “O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em momento oportuno”.

Processualistas de renome chegam a sustentar que o entendimento de referida Súmula não mais prevalece, uma vez que fora editada sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, no qual a omissão do réu em contestar

ação não lhe acarretava as severas consequências dos arts. 319 e 330 do CPC/73. Isto porque, no sistema processual revogado a revelia não dispensava o autor de demonstrar a veracidade de suas alegações e tampouco afastava a realização da audiência de instrução. Neste sentido, destacaram ANDRADE E NERY JÚNIOR:

Contra o réu revel há presunção de veracidade dos fatos não contestados. Trata-se de presunção relativa. Os fatos atingidos pelos efeitos da revelia não necessitam de prova (CPC 334 III). Mesmo não podendo o réu fazer prova de fato sobre o qual pesa a presunção de veracidade, como esta é relativa, pelo conjunto probatório pode resultar a comprovação da prova em contrário àquele fato, derrubando a presunção que favorecia ao autor (2006, p. 518).

Não obstante os relevantes argumentos em sentido contrário, no nosso sentir, a Súmula nº 231 do Supremo Tribunal Federal prevalece ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Em primeiro lugar, porque inexistente proibição expressa do CPC para a parte revel produzir provas – imagine, por exemplo, a hipótese de existir um fato incontroverso no processo que contrarie um fato notório (CPC, art. 334, I). Em segundo lugar, porque o art. 322 do CPC assegura ao revel sua intervenção no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra e isto implica na possibilidade de intervir no processo produzindo as provas que entender serem pertinentes, muito embora com certas limitações (SCHIAVI, 2006, p. 108). Nesse sentido, destaque-se o seguinte julgado:

REVELIA – CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA – REQUERIMENTOS DE PROVAS PELO REU REVEL – POSSIBILIDADE – LIMITES – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL – CPC, ARTS. 322, 319, 320 e 330 – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – RECURSO DESACOLHIDO – I – A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o Juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito, ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia. II- A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual ‘a questão de fato se decide pelas provas. Por essas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado’ (Prova Judiciária no Cível e Comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. I, nº 5, p. 15). III- Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a

julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia. IV- A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial. V- Sem o cotejo analítico entre o acorda impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª T, Recurso especial nº 211851, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.09.1999, p. 71).

É evidente que a produção de provas pelo revel ficará submetida a dois importantes limites: a) temporal, relativo ao prazo para requerer a realização da prova; b) e outro, relativo ao conteúdo da prova, que somente poder recair sobre os fatos alegados pelo autor. Fora destas exceções, desde que compareça em momento oportuno, poderá o revel, exemplificativamente: a) produzir provas contrárias aos fatos alegados pelo autor, seja através da juntada de documentos ou depoimento pessoal do autor; b) indicar assistentes técnicos e formular quesitos; c) contraditar testemunhas; d) apresentar razões finais e outras (cf. SCHIAVI, 2008, p. 480). Em sua obra, BEDAQUE destaca importante julgamento sobre o tema:

Embora revel, pode o réu intervir no processo a qualquer tempo (art. 322 do CPC). No caso concreto, a contestação apresentada pelo apelante foi desentranhada, em razão da revelia. Mas permaneceram nos autos todos os documentos mediante os quais ele pretendia demonstrar a ocorrência do pagamento. Não obstante a revelia implique incontrovérsia quanto aos fatos, que presumem verdadeiros e independem de prova (CPC, arts. 319 e 334, III), a prova documental trazida pelo apelante compromete a verossimilhança das alegações deduzidas na inicial, impedindo a aplicação pura e simples de regras relativas à técnica processual. O excessivo rigor com que foi tratado o revel deve ser atenuado, principalmente em situações como a dos autos, em que o conjunto probatório contraria a presunção legal (cfr. Ada Pellegrini Grinover, Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, São Paulo, José Bushhatsky, 1975, p. 98 e ss.; Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. 3, p. 341 e ss.; José Carlos Barbosa Moreira, 'Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo', RBDP, vol. 56, p. 19-20). Em primeiro lugar, não esclarece o apelado como chegou ao valor de R\$ 26.000,00. Além disso, reconhece que o imóvel foi vendido a terceiros e não explica a quitação de fls. 90. Diante desse quadro, não há como aceitar passivamente os fatos constitutivos de seu suposto direito. O conjunto probatório não autoriza tal conclusão. A completa omissão sobre a prova documental produzida pelo apelante importa verdadeiro cerceamento de defesa. Nessa medida, deve a sentença ser anulada, a fim de que o apelado possa demonstrar a veracidade desses fatos, concedendo-se ao apelante a oportunidade de provar o contrário (2009, p. 155-156).

Portanto, podemos inferir que a revelia não tem o condão de tornar verdadeiro o absurdo. Trata-se de uma presunção relativa de veracidade dos

fatos alegados na petição inicial decorrente da contumácia do réu. Há muito tempo o sistema de prévia tarificação de provas foi substituído pelo sistema do livre convencimento motivado do Juiz. Neste sentido, estabelece o art. 20, da Lei nº 9.099/95: “Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz” (grifos nossos).

Observe-se que a confissão *ficta* não se confunde com a real. Assim, o art. 400, inciso I do Código de Processo Civil, refere-se à confissão real, uma vez que a *ficta confessio* acarreta mera presunção. “Além disso, no nosso sentir, é direito da parte pretender derrubar os efeitos decorrentes da confissão *ficta* com a produção de provas, tanto oral como a documental” (MAURO, 2006, p. 105). O Juiz deve apreciar livremente os efeitos da revelia de acordo com o princípio do livre convencimento motivado (CPC, art. 131), e no caso de entender que a pretensão do autor não é verossímil ou razoável, poderá determinar a produção de provas (CPC, art. 324), desde que o faça fundamentadamente (Constituição Federal, art. 93, IX). No mesmo sentido é a lição de DINAMARCO:

Como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre apreciação da prova, segundo os autos, o Juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existente nos autos e levando em cota a reacional probabilidade de que os fatos hajam ocorrido como disse o autor (2005, p. 534).

## **7. O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E AS PROVAS ILÍCITAS**

A garantia constitucional de vedação no processo de provas obtidas por meios ilícitos existe não apenas para assegurar outros direitos fundamentais do cidadão (por exemplo, intimidade, privacidade e sigilo das comunicações), mas também para garantia do devido processo legal e da dignidade do processo como meio ético para solução de conflitos. Neste sentido é o escólio de MARINONI:

O art. 5º, LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados. Com efeito, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela do direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo. Diante disso, é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade. A questão, porém,

é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo Juiz – entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado (2007, p. 394).

Há que se distinguir entre prova ilegítima e prova ilícita. A prova ilegítima ocorre quando na colheita da prova são violadas regras de direito processual, por exemplo, a proibição de depoimentos sobre os quais incide o sigilo profissional. A prova ilícita é obtida mediante a violação de regra de direito material, sobretudo de direito constitucional, principalmente no âmbito das liberdades públicas, por exemplo, com violação da intimidade, liberdade ou dignidade humana da outra parte.

Introduzido o tema, há que se analisar a seguinte indagação: o poder de instrução defendido ao longo deste trabalho autorizaria o Juiz a admitir uma prova ilícita? A resposta, evidentemente não é simples. Hodiernamente podem ser identificadas três correntes sobre a proibição da prova ilícita no processo, a saber:

a) Teoria da vedação absoluta da prova ilícita. Segundo esta vertente, nenhuma prova obtida por meio ilícito pode ser admitida no processo. Em face da unidade do ordenamento jurídico, uma conduta considerada ilícita pelo direito material não pode receber tratamento diverso pelo direito processual.

b) Teoria permissiva. Para esta corrente, a busca da verdade real e o convencimento motivado do Juiz autorizariam a utilização desta espécie de prova, **desde que o conteúdo da prova seja lícito**. Ou seja, os fins relativos à busca da verdade justificariam a utilização da prova, ainda que esta tivesse sido obtida por meio ilícito.

c) Teoria da proporcionalidade ou regra de ponderação. Para esta corrente, parte-se do princípio de que nenhuma regra processual é absoluta, o que afastaria o extremismo defendido pelas duas correntes anteriores e propõe que diante do caso concreto sejam analisadas as circunstâncias em que a prova ilícita foi obtida. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, sobre o qual discorre NERY JÚNIOR:

Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de 'lei da ponderação', na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito sacrificado. Atua com bastante ênfase e eficácia no direito alemão, notadamente no direito constitucional e no direito processual penal. (...) O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade encontra conteúdo no Estado de Direito, havendo, ainda, quem entenda situar-se no princípio do devido processo legal (2004, p. 197-198).

Muitas são as hipóteses em que as partes pretendem se valer de provas obtidas através de meios ilícitos, por exemplo: gravações telefônicas realizadas sem o conhecimento do outro interlocutor, monitoração não autorizada de e-mails, furto de documentos e outras. A teoria da proporcionalidade, apesar das reservas apresentadas por parte da doutrina, vem sendo aceita em casos realmente extremos e em situações tão extraordinárias nas quais a sua rejeição possa acarretar resultados desproporcionais e extremamente injustos. Por exemplo, na ponderação entre os direitos fundamentais de sigilo de correspondência e de liberdade pessoal, certamente deve prevalecer este último, que possui maior peso e densidade, sendo certo que a vontade constitucional na hipótese seria melhor realizada com a libertação de um inocente do que com a preservação do sigilo de correspondência.

Assim, nos chamados casos difíceis (*hard cases*), onde exista um estado conflitivo entre princípios, a técnica da ponderação deve ser utilizada, desde que esteja em risco outro direito constitucionalmente garantido. Quando houver aparente colisão entre normas constitucionais (por exemplo, direito de liberdade *versus* proibição de escuta telefônica sem autorização judicial), o intérprete, lançando mão da teoria da proporcionalidade, poderá compatibilizá-los, dando prevalência ao primeiro. Todavia, quando o outro bem da vida for garantido apenas infraconstitucionalmente, deverá ser proibida a prova ilícita.

Inicialmente admitida no direito processual penal brasileiro apenas para beneficiar o réu, e como forma de provar sua inocência, os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça parecem caminhar, inclusive, para se admitir a aplicação da teoria da proporcionalidade, conforme se verifica nos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROVA. ILICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Habeas Corpus nº 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25.09.1998, p. 11).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO. 1. "As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiras

pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)” (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 12.266/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2003, p. 298).

Como visto, a Constituição proíbe expressamente a prova obtida por meio ilícito e também eleva à garantia fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio e da correspondência (art. 5º, incisos X, XI e XII, respectivamente). Assim, o Juiz deve ter cautela ao analisar a pertinência da prova obtida por meio ilícito, “pois ao admitir essa prova por uma das partes, pode estar violando um direito fundamental da parte contrária e até causar danos de ordem moral a esta última” (SCHIAVI, 2008, p. 480).

## **8. LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face do princípio da demanda, as partes podem estabelecer limites aos fatos a serem examinados pelo Juiz, mas não em relação aos meios de prova que sejam necessários para melhor esclarecimento da verdade. Os limites da demanda não podem ser ampliados de ofício diante das regras dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. A atividade instrutória do Juiz encontra limites e deve ser desenvolvida a partir dos fatos narrados pelas partes. Assim como toda e qualquer decisão judicial, a iniciativa probatória pelo Juiz deve ser fundamentada, sob pena de incorrer em nulidade (Constituição Federal, art. 93, IX).

A garantia constitucional do contraditório deve ser observada na produção oficial de provas, possibilitando-se às partes que se insurjam contra a prova realizada nos autos. Aliás, conforme preceito constitucional, toda e qualquer prova somente é válida caso tenha passado pelo crivo do contraditório (art. 5º, LV). Sem dúvida, o principal princípio em tema de provas é o contraditório, cuja observância é obrigatória para validação da prova, ainda que determinada pelo Juiz. Como adverte MARINONI,

ainda, que a prova de ofício, além de ter que ser adequadamente justificada pelo Juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado. Portanto, a prova de ofício não retira das partes a possibilidade de participar da sua formação (produção) e interpretação (consideração de seus resultados) (2007, p. 464).

Outro importante limite, como tratado no capítulo anterior, diz respeito à garantia constitucional da vedação das provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI do art. 5º), que impõe a magistrado uma grande dose de cautela na análise de referido meio probatório.

Nos casos de revelia, os fatos afirmados pelo autor tornam-se incontroversos (CPC, art. 334, III) e, em princípio, independem de prova (CPC, art. 319). Assim, somente em decisão fundamentada e em casos em que a narrativa da petição inicial não se apresente verossímil, poderá o Juiz determinar a realização de prova para formar seu convencimento.

Sob outro enfoque, a circunstância da parte perder o momento oportuno para requerer a realização da prova não impede que a mesma seja determinada de ofício, caso seja necessária ao esclarecimento dos fatos. Nenhuma regra processual impõe referida preclusão ao exercício do poder instrutório do Juiz. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ERRO E FALSIDADE DO REGISTRO. EXAME DO DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE. – Segundo o disposto no art. 463, I, do CPC, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. – Em matéria de cunho probatório, não há preclusão para o Juiz. Precedentes. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª T, Recurso especial nº 287.530 - SP (2000/0118444-0), Rel. Min. BARROS MONTEIRO, consulta realizada em 21.06.2010).

Finalmente, a iniciativa probatória do Juiz não pode ser exercida de modo a acarretar demora excessiva no desfecho da lide, sob pena de ofensa a outras garantias constitucionais, como a que estabelece a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

A ampliação dos poderes de condução do processo e de instrução do Juiz, à luz das mais recentes alterações legislativas em verificadas em diversos países, trata-se de fato incontestável. A efetiva utilização de tais poderes pelo magistrado apresenta-se como elemento importante para garantia de que a jurisdição atenda seus escopos constitucionais de solução dos conflitos com justiça. Os entraves dispostos por parte da doutrina e que defendem uma interpretação restritiva dos poderes instrutórios conferidos ao Juiz com fundamento simplificado no art. 130 do Código de Processo Civil não podem mais prevalecer.

A atenta análise histórica afasta a ideia errônea de que o aumento dos poderes de instrução do Juiz corresponderia a um sistema autoritário. Ao contrário, a efetiva utilização desses poderes pelos magistrados é que garante a democracia do nosso país. A relação jurídica de direito processual possui sempre natureza de direito público e não pode ser confundida com a relação de direito material. O princípio dispositivo incide apenas sobre a

relação de direito material e não sobre a processual. As partes podem praticar atos processuais para disposição de seus direitos subjetivos (por exemplo, renúncia, desistência), todavia, não tem poder de disposição sobre os poderes de instrução do Juiz da causa. Muitas vezes, a deficiência da parte na instrução do feito decorre de uma situação não apenas de desequilíbrio material, como também de fatores econômicos e culturais. A participação ativa do julgador na realização da prova apenas contribui para assegurar a observância de um contraditório real, na realização do que a moderna doutrina constitucional chama de devido processo legal substancial.

A imparcialidade que se exige do julgador é objetiva e corresponde à necessária equidistância das partes da causa. Ao determinar a realização de alguma prova não está o Juiz favorecendo qualquer uma das partes, uma vez que não tem condições de saber, antecipadamente, qual será seu resultado. Pouco importa ao Juiz qual será o resultado da prova ou a qual parte irá favorecer, uma vez que seu único comprometimento é que as controvérsias sejam solucionadas na forma preconizada pelas normas de direito material, de acordo com a justiça.

Não se pretende negar que a maior iniciativa probatória é conferida às partes. Todavia, isso ocorre por razões de ordem prática e não pela natureza do direito, nada impedindo que o Juiz também participe na produção das provas. A iniciativa probatória oficial não substitui ou afasta a atividade probatória das partes. Vimos que a iniciativa probatória do magistrado também não viola a norma de distribuição do ônus da prova do art. 333 do Código de Processo Civil, uma vez que esta trata de regra de julgamento e somente será utilizada no caso de insuficiência de provas. Aquelas determinadas de ofício apenas revelam o comprometimento do Juiz com uma decisão que retrate a efetiva realidade fática vivida pelas partes e a escorreita aplicação do direito material.

A solução entre os valores justiça da decisão e celeridade certamente passa pela busca de um equilíbrio, de modo a evitar que a exacerbação de um acaba por anular o outro. A celeridade do processo coloca-se como importante limite a atividade instrutória do Juiz que deverá à luz do caso concreto encontrar a solução que corresponda ao efetivo processo legal constitucional.

Essas conclusões se tornam ainda mais claras e restam reforçadas quando se trata da obrigação do Estado em garantir os direitos fundamentais. Isto porque, a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de se exigir do Estado, não só do julgador, mas também do legislador, de assegurar um devido processo, justo, “além de uma tutela jurisdicional efetiva no sentido de ser compatível com as exigências vinculadas aos diversos bens fundamentais” (SARLET, 2008, p. 889).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de Almeida. "Os Poderes Introdutórios do Juiz no Processo Civil e a Instrumentalidade do Processo". In, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, nº 150, p. 15-25, abr./jun. 2001.
- ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, nº 74, 1994.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. "O Princípio da Aptidão para a Prova e a Inversão do Ônus da Prova Requerimento do Ministério Público do Trabalho". In, *Revista LTr*, São Paulo, fev. 2009, ano 7, p. 185-190.
- BRAGA, Sidnei da Silva. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUZAIDE, Alfredo. Do Ônus da Prova In: *Estudos de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1971.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. "Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático". In, *Revista de Processo*, ano 32, nº 153, Revista dos Tribunais, p. 33-46, nov. 2007.
- CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Processo Civil*. Vol. III, Campinas: Bookseller, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo I, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, Salvador: JusPodivm, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2005.
- DUARTE, Bento Herculano. *Poderes do Juiz do Trabalho - Direção e Protecionismo Processual*. São Paulo: LTr, 1999.
- GARCIA, André Almeida. *Prova Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- GOUVÊA, Lucio Grassi. *Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed., Salvador: JusPodvm, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006.
- KINIJINIK, Danilo. *Prova Judiciária: estudos sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. O Ônus da Prova no Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. ano III, nº 11-12. São Paulo: RT, jul./dez. 1978.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. *O Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. "Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto". In, SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 293-306.
- \_\_\_\_\_. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. "O Momento para a Inversão do Ônus da Prova com Fundamento no Código de Defesa do Consumidor". In, *Revista de Processo*, v. 114, 67-91, mar./abr. 2004.
- MORAES, José Diniz de. *Confissão e Revelia de Ente Público*. São Paulo: LTr, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juiz e a Prova. In, *Revista de Processo*, nº 35, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 178-184.
- \_\_\_\_\_. "O Neoprivatismo no Processo Civil". In, *Revista do Ministério Público*, nº 22, jul./dez. 2005, Rio de Janeiro, p. 83-95.
- \_\_\_\_\_. "Reformas Processuais e Poderes do Juiz". In, *Revista do Ministério Público*, nº 18, jul./dez. 2003, Rio de Janeiro, p. 83-95.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual extravagante em Vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- \_\_\_\_\_. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.
- PEYRANO, Jorge W. Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas. *In Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- RABONEZE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 91-98. RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas Probatorias Dinámicas: un giro epistemológico. *In Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIBEIRO, Luiz J. J. *A Prova Ilícita no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1983.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais e sua Dimensão Organizatória e Procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional”. *In, O Processo na Constituição*. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 867-893.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A Revelia no Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A Prova Ilícita no Cível. *In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 2. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória - a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. *Coleção Estudos de Direito de Processo ENRICO TULLIO LIEBMAN – vol. 49*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. “O Ônus da Prova e sua Inversão no Processo do Trabalho”. *In, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 25, 162-180, jul./dez. 2004.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo do Trabalho Perguntas e Respostas sobre Assuntos Polêmicos em Opúsculos Específicos*. São Paulo: LTr, 2001.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. "Aspectos Gerais da Prova o Processo do Trabalho". In, *Compêndio de Direito Processual do Trabalho. Estudos em Homenagem a Celso Agrícola Barbi*. Coord. Alice Monteiro de Barros. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 335-348.

VIGORITTI, Vincenzo. Prove Illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 64-70.

WALTER, G. Il Diritto alla prova in Svizzera. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, p. 1187-1201.

XAVIER, Trícia Navarro. "O ativismo" do Juiz em tema de prova". In, *Revista de Processo*, ano 33, nº 159, Revista dos Tribunais, maio 2008, p. 172-197.