

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

KELLY CRISTINA FERREIRA

**O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, OS PODERES DO JUIZ NA INSTRUÇÃO
PROBATÓRIA E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**CURITIBA
2008
KELLY CRISTINA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, OS PODERES DO JUIZ NA INSTRUÇÃO
PROBATÓRIA E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. José Maurício Pinto de Almeida

**CURITIBA
2008
TERMO DE APROVAÇÃO**

KELLY CRISTINA FERREIRA

**O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, OS PODERES DO JUIZ NA INSTRUÇÃO
PROBATÓRIA E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

Dedico este trabalho a Deus que esteve ao meu lado durante todas as dificuldades e alegrias pelas quais passei até hoje; e que sempre me deu lições acerca de força, fé, coragem, amizade e superação...

Agradeço aos meus pais, João e Arleth,
pela compreensão e amor
incondicionais.

Ao Eduardo, por seu amor, pelo
companheirismo, dedicação, amizade e
por sempre acreditar em mim.

Ao meu mestre José Maurício Pinto de
Almeida, exemplo a ser seguido como
magistrado e como pessoa, por todas as
lições que pude com ele aprender...

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem nada, nem mesmo da lei.

Dalmo de Abreu Dallari
(O Poder dos Juízes)

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma abordagem dos poderes instrutórios do juiz, frente ao princípio dispositivo, tradicionalmente adotado no processo civil, e ao princípio da livre investigação das provas que vem se sedimentando na doutrina como sendo o princípio vigente na processualística civil atual, ainda que com parcelas de dispositividade, sempre tendo como objetivo a prestação jurisdicional justa e efetiva. Para tal, estuda-se, inicialmente a diferença existente entre princípio dispositivo e poder dispositivo, a fim de se delinear o objeto de estudo, para então, iniciar o tratamento do princípio dispositivo e do princípio inquisitivo, como vistos na clássica doutrina. Em seguida, fazem-se comentários acerca de questões que envolvem o princípio dispositivo na legislação brasileira. No capítulo posterior, aborda-se a publicização do direito, bem como os escopos da jurisdição. Seguindo-se, trabalha-se a questão da verdade, enfrentando as denominadas verdade formal e verdade real. Faz-se, ainda, menção às questões que impedem o conhecimento da verdade. Na seqüência, analisa-se o princípio da livre investigação das provas e a

busca da verdade real, assim como as implicações da utilização desse princípio na garantia de imparcialidade do magistrado. Em seguida, em capítulo próprio, cuida-se de algumas das situações que devem ser observadas pelo magistrado, quando utiliza os poderes instrutórios a ele conferidos. Ao final, é trazida ao presente trabalho, jurisprudência das várias esferas da jurisdição, acerca do tema tratado.

PALAVRAS-CHAVES

Poderes do juiz .Princípio dispositivo. Princípio da livre investigação das provas. Verdade real. Efetividade da jurisdição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO	19
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DISTINÇÃO ENTRE O PODER DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DISPOSITIVO	19
2.1.2 Do Poder Dispositivo	19
2.2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E SUAS IMPLICAÇÕES	23
2.2.1 Princípio Inquisitivo ou Inquisitório	24
2.2.2 Princípio Dispositivo – Conceito e Principais Características	26
2.2.3 O princípio Dispositivo na Legislação Brasileira	30
2.2.3.1 A questão do ônus da prova – artigo 333 do CPC	31
2.2.3.2 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – artigo 6º, inc. VIII	35
3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO	39
3.1 A PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO	39
3.2 OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO	42
3.3 VERDADE FORMAL E VERDADE REAL	45
3.3.1 As Informações e Fatos do Processo e as Impressões Pessoais	47
3.3.2 Provas Ilícitas	47
3.3.3 A Preclusão e a Iniciativa Probatória	50
3.3.4 A Verdade e a Disponibilidade do Direito Material	51
3.3.5 O Princípio da Livre Investigação das Provas e a Busca da Verdade	54
3.3.5.1 O juiz atuante e o princípio da igualdade	57
3.3.5.1 O princípio da livre investigação das provas e o princípio da imparcialidade	60
4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	63
4.1 O JUIZ E A TÉCNICA PROCESSUAL	63
4.2 O JUIZ ATUANTE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	65
4.3 LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ	68
4.6 O JUIZ ATIVO, SUA CONTRIBUIÇÃO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO	69
4.7 A JURISPRUDÊNCIA E O JUIZ ATIVO NO PROCESSO	73
4.7.1 Supremo Tribunal Federal	75
4.7.2 Superior Tribunal de Justiça	76
4.7.3 Tribunais Estaduais	78
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS	90
DOCUMENTOS CONSULTADOS	94

1 INTRODUÇÃO

A decisão judicial correta e justa apresenta-se assencial à pacificação social e deve ser a finalidade precípua a ser alcançada pela atividade jurisdicional. E, para que a jurisdição prestada seja efetiva, faz-se mister tratar das questões relacionadas às provas que são levadas aos autos, e a quem incumbe essa tarefa.

As provas têm a função de levar aos autos de processo a verdade dos fatos tutelados pelo direito material em litígio. Daí a sua importância para que se chegue a verdade e à almejada pacificação social.

Dessa forma, o presente trabalho tem por finalidade analisar o princípio dispositivo, tradicionalmente aceito pela doutrina brasileira, tendo em vista o aumento dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

Tratar-se-á, inicialmente, da diferença existente entre poder dispositivo e princípio dispositivo, por haver certa "confusão" acerca destes. Merece atenção a distinção proposta, já que, assim, poderá ser limitada e indicada a linha a ser seguida neste trabalho.

Em seguida, será abordado o princípio dispositivo, distinguindo-o do princípio inquisitivo. Bem como, será analisado tratamento ao princípio dispositivo na legislação brasileira e as implicações a ele relativas, especialmente no que concerne às regras do ônus da prova no processo civil.

Relevante ao estudo que se propõe é a discussão acerca da verdade no processo. Para tal, importante é análise da evolução do processo, desde concepções privatistas até a sua publicização, a qual acarretou consequências importantes.

A partir do momento em que o processo passou a ser público passou a ter objetivos estabelecidos pelo Estado. Estes, traduzem-se nos escopos da jurisdição, quais sejam, escopo social, escopo político e escopo jurídico. Destacando-se, neste estudo, o escopo social e o jurídico.

Para a realização de seus escopos, o processo necessita ser dirigido e desenvolvido de modo que, ao final, aproxime-se da verdade e do direito material tutelado pelo Estado.

Contudo, a questão da verdade no processo é delicada, uma vez que dificilmente o conteúdo dos autos de processo, irá reproduzir a realidade fática. Com vistas a isso, questiona-se se é possível conhecer a verdade ou o melhor é contentar-se com o constante nos autos e trazido pelas partes.

Deve o juiz contribuir para que se aproxime da verdade ou ele deve manter-se inerte e vinculado ao movimento dos sujeitos parciais? Esta é a questão central do estudo em comento.

Para respondê-la é preciso ter em conta as dificuldades em efetivamente se conhecer a verdade no processo, bem como dar vazão ao princípio da livre investigação das provas que, modernamente, contrapõe-se ao princípio dispositivo, uma vez que confere poderes ao magistrado.

Faz-se referência também ao princípio da igualdade e ao princípio da imparcialidade, frente ao princípio da livre investigação das provas

Então, a seguir, são trazidas questões que devem ser observadas pelo magistrado ao tomar um posicionamento ativo no processo, assim como, fala-se da contribuição do juiz atuante para a efetividade da prestação jurisdicional.

Será também demonstrado o entendimento jurisprudencial acerca do tema proposto.

Assim, tem-se a relevância do presente estudo para o processo civil contemporâneo, uma vez que não se pode mais permitir que a atividade jurisdicional chegue ao final sem se ter a certeza acerca da solução encontrada. Disso, decorre a importância da atitude do juiz no processo.

2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DISTINÇÃO ENTRE O PODER DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Cabe, inicialmente, a distinção entre o poder dispositivo e o princípio dispositivo.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o primeiro trata da faculdade que têm as partes em dar início à atividade jurisdicional, bem como de promoverem a continuidade do processo da forma que desejarem. Dois outros princípios processuais bem traduzem esse poder dispositivo: o da disponibilidade e o da indisponibilidade.

Já o princípio dispositivo relaciona-se com as alegações das partes e sua iniciativa na determinação das provas que serão levadas aos autos de processo.

2.1.2 Do Poder Dispositivo

Com relação ao poder dispositivo ou princípio da disponibilidade processual, os autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro Teoria Geral do Processo, afirmam:

Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela

(desistir da ação) ou a certas situações processuais. Trata-se do *princípio da disponibilidade processual*¹.

Os citados autores esclarecem que o poder dispositivo é utilizado de maneira ampla no processo civil, tendo em vista a natureza de direito material no qual atua, encontrando limites apenas quando se tratar de direito indisponível. Sendo, contudo, utilizado de forma restrita no processo criminal, onde as normas resguardadas pelo processo são normas de direito público, das quais não se pode dispor.²

Lembre-se, entretanto, como explicam esses autores, que não se pode concluir serem absolutos tais princípios tanto no processo civil quanto no processo penal. Como já dito anteriormente, no processo civil aqueles direitos dos quais as partes não podem dispor atenuam o poder dispositivo. Da mesma forma que no processo penal, por exemplo, há situações em que a vítima do delito possui a faculdade de manifestar sua vontade de ver ou não seu infrator punido, afastando, assim, a regra da obrigatoriedade da persecução criminal.³

Há ainda que se dizer que tais princípios atingem também a continuidade ou não da persecução jurisdicional. No processo civil, em regra, são as partes que devem manifestar interesse na continuidade do processo, sob pena deste ser extinto. No processo penal, ao contrário, as partes não possuem tal faculdade, como informam Cintra, Grinover e Dinamarco:

O art. 17 do Código de Processo Penal proíbe à autoridade policial, uma vez instaurado o inquérito, deixar de continuar suas investigações ou arquivá-lo; e o art. 42 dispõe que Ministério Público não pode desistir da ação penal. Tão importante é o princípio da indisponibilidade da ação penal, que chega a atingir a matéria de recursos, pois não poderá o Ministério Público desistir do recurso interposto (CPP, art. 576). Pode o Ministério Público, porém pedir absolvição do réu: esse “pedido” não vale por desistência da acusação e não passa, na prática de mero parecer, podendo o juiz, apesar dele, proferir sentença condenatória (art. 385). Eis

¹ CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRINOVER ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66.

² *Ibid.*, p. 66-67.

³ *Ibid.*, p. 67-68.

mais uma prova de que a pretensão punitiva, pertencente ao Estado, é indisponível.⁴

Os autores acima tratam do princípio da disponibilidade, o qual se refere de maneira mais ampla aos poderes conferidos às partes na persecução jurisdicional.

Contudo, Guilherme Freire de Barros Teixeira lembra do princípio da demanda ou da ação, que se diferencia do princípio dispositivo de forma menos ampliativa:

(...) confere ao interessado a iniciativa de provocar a atuação do Poder Judiciário sempre que pretenda ou tenha interesse, tendo em vista que uma das características da jurisdição é a sua inércia, somente atuando quando houver solicitação do autor da demanda. Segundo disposto no art. 2º do CPC, nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais. Em consonância, o art. 262 do CPC estabelece que o processo civil começa por iniciativa da parte.

O princípio da demanda não se confunde com o princípio dispositivo, que confere às partes a iniciativa da instrução do processo, como se verá a diante.⁵

Dessa forma, é possível perceber que o poder dispositivo diz respeito à prerrogativa que as partes, em regra, possuem (processo civil) ou não (processo penal) de iniciarem e darem continuidade à atividade jurisdicional, como melhor lhes interessar. Assim, modernamente, é mister estar atento à utilização das expressões “poder dispositivo” e “princípio dispositivo”, porque, muitas vezes, são utilizadas no mesmo sentido.

A respeito, põe a realce Guilherme Freire de Barros Teixeira:

De início, é preciso consignar que há grande diversidade de emprego do termo “princípio dispositivo”, o qual, às vezes é confundido com o princípio da demanda acima examinado. Parte da doutrina sustenta que essa expressão deve ser reservada para os reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo, de modo que, tratando-se de direitos dessa natureza, os litigantes têm ampla liberdade para deles dispor, renunciando, desistindo, reconhecendo a procedência do pedido,

⁴ Ibid., p. 68.

⁵ Id.

não podendo o juiz opor-se à prática de tais atos. Seria, pois, um princípio relativo à relação material, e não, à processual.⁶

Assim, tendo em vista o acima exposto, entende-se que não se confunde o poder dispositivo (aqui considerando o princípio da disponibilidade e o princípio da demanda) com o princípio dispositivo.

O poder dispositivo trata da faculdade que a parte possui de buscar o Judiciário para resolver a lide, bem como de delimitar o que está levando à apreciação do juiz, de acordo com o desejo da parte. Essa faculdade dá prestígio aos princípios da disponibilidade e da demanda.

Com relação ao princípio dispositivo, este diz respeito à questão de iniciativa probatória na instrução processual. O princípio dispositivo fica adstrito à relação material, e não, processual.

Neste sentido, explica José Roberto dos Santos Bedaque:

Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação “princípio dispositivo” seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material e não à processual.⁷

Dessa forma, não se analisarão neste trabalho situações que impliquem na disponibilidade ou não de a parte dar início à atividade jurisdicional e demais questões processuais. Ater-se-á à questão da iniciativa probatória e situações correlatas.

⁶.Ibid., p. 75.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001. p. 90.

Apresentadas as diferenciações entre poder dispositivo e princípio dispositivo, necessárias à análise do assunto deste trabalho, passa-se ao exame do princípio dispositivo.

2.2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E SUAS IMPLICAÇÕES

O princípio dispositivo diz respeito à instrução probatória do processo que *seria* de iniciativa exclusiva das partes, e nunca do juiz. Esse princípio se opõe ao princípio inquisitivo, pelo qual o juiz possui amplos poderes instrutórios, bem como a possibilidade de iniciativa probatória. Nesse sentido, observa Guilherme Freire de Barros Teixeira: “Em contraposição ao princípio dispositivo, existe o princípio *inquisitivo* ou *inquisitório*, que confere ao juiz poderes para a iniciativa de colheita das provas”.⁸

Da mesma forma adverte Portanova:

Como já foi dito, os sistemas dispositivos e inquisitórios são formas de iniciativa e desenvolvimento do processo que historicamente apresentam características radicalmente antagônicas. O princípio dispositivo preocupa-se em conceder mais direitos processuais para as partes, o inquisitorial preocupa-se em conceder poderes mais abrangentes ao juiz.⁹

Assim, requer-se demonstrar algumas das diferenças existentes entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo.

⁸ Ibid., p. 75.

⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 205.

2.2.1 Princípio Inquisitivo ou Inquisitório

O princípio inquisitivo é aquele que confere ao juiz amplos poderes probatórios. Por esse princípio, compete ao magistrado a iniciativa probatória e a gestão da prova. O juiz não está adstrito ao material levado pelas partes, e age livremente na investigação probatória, visando ao encontro da verdade real. Nesse sentido, comenta Portanova: “O juiz é livre para determinar as provas necessárias à busca da verdade real”.¹⁰

Hélio Márcio Campo esclarece:

Inversamente do que ocorre no princípio dispositivo, se verifica no inquisitivo, onde, segundo Ovídio Baptista da Silva (op. cit. P. 47), “compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda. Se no princípio dispositivo lhe é vedada a busca do material probatório, no inquisitivo o juiz tem amplos poderes para a organização daquele material, podendo usar outras fontes probatórias que não aquelas indicadas pelas partes.”¹¹

Entretanto, deve-se levar em conta que, mesmo havendo amplos poderes instrutórios dirigidos ao magistrado, não se pode vincular o princípio inquisitivo do presente estudo aos procedimentos aplicados à Santa Inquisição, nos quais as partes estavam à mercê de qualquer possibilidade de defesa, como explica Didier, citando José Carlos Barbosa Moreira:

Nesse contexto, Michelle Taruffo faz severas críticas à terminologia tradicionalmente utilizada. Para o autor italiano o termo “inquisitivo” é equivocado, senão inútil. Invoca o espírito da Santa Inquisição em cujos processos a parte não tinha poder de defesa diante do tribunal onipotente. O termo é inadequado (ambíguo/duvidoso), diz, pois não há e nunca houve nenhum ordenamento cujo processo civil fosse verdadeiramente inquisitivo – isto é, inteiramente conduzido pelo juiz e com partes totalmente destituídas de direitos e garantias.¹²

¹⁰ Ibid., p. 204.

¹¹ CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p.77.

¹² DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008 apud MOREIRA, 2007, p. 26.

Nesse sentido, complementa Portanova:

A origem do sistema é o último período do direito romano, e o nome provém de *quaesitores*, cidadãos encarregados excepcionalmente pelo senado para examinar certos delitos especiais.

Alguns autores apontam como único exemplo de ordenamento jurídico em que prevaleceu o sistema inquisitorial a legislação prussiana do final do século XVIII, iniciada sob o reinado de Frederico, o Grande. (...) Como diz Humberto Theodoro Júnior (1991, p.18), modernamente nem o princípio dispositivo, nem o inquisitivo, são consagrados em sua pureza por nenhuma legislação. Hoje os códigos mesclam preceitos de ordem inquisitiva com outros de ordem dispositiva, dando maior ênfase a um ou outro, conforme a índole do sistema político que preside a organização do sistema constitucional. Leva-se em conta, ainda, a fase e características de cada estágio do desenvolvimento ou do encadeamento dos atos que compõe a relação processual.¹³

Assim, percebe-se que o princípio inquisitivo não deve ser confundido com as técnicas processuais da Santa Inquisição, bem como não se deve concluir que um sistema é puramente inquisitório ou dispositivo. O que ocorre é a mistura dos dois, conforme a ordem jurídico-político adotada.

Isso posto, além-se novamente às características do princípio inquisitivo, o qual tem como linha a ampliação dos poderes do juiz, no que tange à questão probatória, procurando levar o juiz à verdade real, substancial, como acrescenta Campo: “Nesta seara, corresponderia o princípio de investigação judicial com o inquisitivo, já que em ambos é a busca da verdade real dos fatos, tarefa dos juízes, que não necessitam se ater às alegações das partes.”¹⁴

Hélio Márcio Campo complementa a idéia central do princípio inquisitivo quando diz, citando Amaral dos Santos, o seguinte:

Nos sistemas inquisitivos, a busca pelo juiz do material probatório não significa que as partes estejam livres do encargo, muito pelo contrário, pois, de acordo com Amaral Santos (1952, p. 115), “em geral, elas têm melhor convencimento da causa que dá origem ao litígio, nem mesmo seria possível prescindir da sua exposição dos fatos” e das provas que tivessem para produzir. O que pode, isto sim, é o juiz determinar qualquer produção de provas independentemente do resultado a que chegar, seja favorável ao autor, ou ao réu. Entende-se que pode, não querendo isto dizer que está

¹³ PORTANOVA, op. cit., p. 206.

¹⁴ CAMPO, op. cit., p. 79.

obrigado, já que se existirem no processo fonte que por si só já lhe formaram a convicção, não se vê qualquer necessidade de outras coletas.¹⁵

Assim, o que se nota é que o juiz, em um sistema que adota o princípio inquisitivo, tem grande liberdade para fundamentar o seu convencimento, uma vez que possui a prerrogativa de investigar os fatos, determinando a produção das provas que entender necessárias. As partes, contudo, não estão livres da instrução probatória. O que ocorre é que o juiz, com vistas ao princípio inquisitivo, não se limita ao que as partes levam ao processo, para emitir sua decisão.

Estabelecidas, ainda que de maneira breve, as principais características do princípio inquisitivo, passa-se à análise do princípio dispositivo.

2.2.2 Princípio Dispositivo – Conceito e Principais Características

O princípio dispositivo diz respeito à regra de que as provas a serem levadas e observadas no processo são determinadas pelas partes.

Teixeira explica a questão da seguinte forma:

O princípio *dispositivo* atribui às partes a iniciativa da instrução probatória. Assim, o juiz deve julgar com base nos fatos e elementos probatórios trazidos pelos litigantes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), não podendo considerar alegações e provas que não sejam decorrência da atividade dos sujeitos parciais do processo.¹⁶

João Batista Lopes assim se refere ao princípio dispositivo:

Não existe uniformidade na doutrina a respeito do conceito e elastério do princípio dispositivo (ou princípio de disposição) mas, de modo geral, vem ele associado à idéia de iniciativa das partes quanto às alegações, pedidos e provas, conferindo-se ao juiz, nesse campo, papel secundário. Com esse

¹⁵ CAMPO, op. cit., p. 78.

¹⁶ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 75.

perfil, o princípio dispositivo opõe-se ao princípio inquisitório (ou inquisitivo) em que a iniciativa é conferida ao juiz.¹⁷

Assim, por essas definições, tem-se que o juiz, quando responde ao princípio dispositivo, terá sua atividade instrutória limitada pelas partes.

Tais limitações impostas ao juiz pelo princípio dispositivo justificavam-se em tempos passados por se entender o processo civil como processo afeto às causas privadas, numa época de extrema ideologia liberal. Entendia-se que o juiz deveria ser mero espectador das lides de direito privado, adstrito ao que as partes levavam ao processo. Assim comenta João Batista Lopes:

Essa orientação se harmonizava com a ideologia liberal do fim do séc. XIX, que restringia aos poderes do juiz no processo, uma vez que este era considerado “coisa das partes” (*Sache der Parteien*). Assinalando que, sob a égide do princípio dispositivo, as partes são absolutamente livres para dispor de seus direitos e pleiteá-los, ou não, em juízo, Joan Pico I Junoy aponta como notas essenciais desse princípio as seguintes: ‘a) o início da atividade jurisdicional depende de provocação da parte; b) a determinação do objeto do processo compete somente aos litigantes; c) as decisões judiciais devem ater-se às pretensões das partes (*ne eat iudex ultra* (ou extra) *petita partium*); d) a possibilidade de finalização da atividade jurisdicional por vontade das partes’.¹⁸

Portanova traduz a situação da época da seguinte forma: “o princípio dispositivo faz valer o ditado ‘o que não está nos autos não está no mundo’”¹⁹. O juiz, conforme esse pensamento, traria complementaridade às provas, isto é, só poderia ter alguma iniciativa quando a prova que já estivesse nos autos trouxesse dúvida. Como explica Lopes:

É clássica, no direito brasileiro, a posição de Moacyr Amaral dos Santos no sentido de que, na atividade probatória, exerce o juiz função meramente supletiva ou complementar. Assim, só quando a prova dos autos gerasse dúvida ou perplexidade no espírito do julgador é que poderia determinar providências para sua complementação, como, por exemplo, a conversão de julgamento em diligência, a inquirição de testemunhas referidas, a requisição de documentos a órgãos públicos etc.²⁰

¹⁷ LOPES, op. cit., p. 194.

¹⁸ LOPES, op. cit., p. 72.

¹⁹ PORTANOVA, op. cit., p. 123.

²⁰ LOPES, op. cit., p. 73

No mesmo sentido, adiante, acrescenta João Batista Lopes: “Como vimos, a concepção clássica do princípio dispositivo implica converter o juiz em simples ‘convidado de pedra’, mero espectador da contenda judicial”.²¹

Também sobre o assunto Teixeira expõe:

Essa concepção denota uma forte influência das fases primordiais do direito processual civil, quando se considerava haver somente interesses privados no desenvolvimento do processo, sendo ignorado o interesse público na eliminação dos conflitos de interesse e na pacificação social. O principal fundamento para justificar o princípio dispositivo é a necessidade de garantir imparcialidade do julgador, pois, segundo a orientação que justificou a sua formulação, o juiz que pudesse influir na instrução probatória correria o risco de atuar parcialmente favorecendo algum dos litigantes.²²

Nessa explicação, Teixeira expõe o resguardo da imparcialidade do juiz como uma das justificativas para a adoção do princípio dispositivo (esse ponto será analisado em item próprio).

Com relação às influências privatistas que existem na origem do princípio dispositivo, Bedaque expõe:

Quanto ao *Verhandlungsmaxime*, ou seja, a estrutura interna do processo mantida sob o domínio das partes, especialmente quanto à colheita de provas, que a maioria da doutrina identifica como verdadeira “princípio dispositivo”, tem sido rejeitado pela moderna ciência processual, pois a prevalência dele e da plena disponibilidade das relações jurídico-processuais está ligada a concepções privatistas do direito processual, hoje completamente ultrapassadas.²³

Assim, percebe-se que o princípio dispositivo, como tradicionalmente entendido, confere às partes a iniciativa instrutória, deixando juiz à margem da instrução, podendo agir apenas supletivamente, e não de modo ativo.

Contudo, como ressalta Bedaque, tal posição não é mais aceita, uma vez que o Estado também possui interesse na efetividade da prestação jurisdicional:

²¹ Ibid., p. 195.

²² TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 75.

²³ BEDAQUE, op. cit., p. 92.

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

Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação jurisdicional são privados, o modo como ela é prestada não o é. A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista a sua finalidade, o seu objetivo. A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos.²⁴

No mesmo sentido, explica Lopes:

Posteriormente, porém, em razão da crescente publicização do processo, da defesa de concepções instrumentalistas e dos estudos em torno da efetividade do processo, verificou-se forte reação contra as teorias tradicionais, de que resultou movimento no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz.²⁵

Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, da mesma forma se manifestam quanto à publicização do direito processual e conseqüente aumento dos poderes do juiz:

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desse princípio, elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.²⁶

Assim, com a visão de que o processo é público e de que o Estado visa aos escopos da jurisdição, não sendo apenas interesse das partes o resultado da lide, houve um aumento dos poderes instrutórios do juiz, o que demonstra não ser absoluto no processo civil o princípio dispositivo.

Disso, decorre o fato de que vige, atualmente no processo civil, o princípio da livre investigação das provas (é o princípio inquisitivo com uma leitura

²⁴ Ibid., p. 92-93.

²⁵ LOPES, op. cit., p. 73.

²⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 70.

contemporânea), pelo qual se confere ao juiz possibilidade de iniciativa probatória, podendo determinar provas a serem produzidas, bem como de investigar as provas que já se encontram nos autos, mas que ainda são passíveis de dúvidas.

Tem-se, dessa forma, um prestígio ao princípio da livre investigação das provas, pois com a publicização do processo, o juiz deixou a sua posição inerte e passou a interagir no processo, visando o encontro da verdade e conseqüente realização dos escopos do processo. Nesse sentido, assevera Manoel Antonio Teixeira Filho:

Em suma, a concepção publicista do processo e a exaltação do escopo social do processo autorizam o juiz dos tempos modernos a demover-se daquela espécie de “laissez faire, laissez passer” (deixar fazer, deixar passar), que caracterizava a atitude do juiz antigo. Hoje, o princípio da **livre investigação das provas** expressa essa possibilidade de o magistrado não só promover o impulso processual como ordenar a produção de provas, bem como conhecer certas questões que outrora só podia fazê-lo se houvesse provocação da parte interessada.²⁷

Observa-se, então, que o princípio dispositivo foi mitigado no processo civil, abrindo espaço para o princípio da livre investigação das provas.

Neste momento, resta tratar da adoção do princípio dispositivo na legislação brasileira, o que será feito a seguir.

2.2.3 O princípio Dispositivo na Legislação Brasileira

²⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil - 2**: princípios do processo civil. São Paulo: LTr, 1999. p. 56.

Ao se falar do princípio dispositivo, ignorando aqui a sinonímia adotada por vários autores entre poder dispositivo e princípio dispositivo – e adotando a delimitação antes exposta, a doutrina se refere ao ônus da prova, previsto no artigo 333, do CPC, como sendo manifestação do princípio dispositivo na legislação brasileira.

Contudo, esse enfoque merece melhor exame.

2.2.3.1 A questão do ônus da prova – artigo 333 do CPC

Segundo a doutrina tradicional, no artigo 333 do CPC, a legislação brasileira adotou o princípio dispositivo, como se vê: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.²⁸

O citado artigo diz respeito ao ônus da prova no processo e, ao atribuí-lo às partes, estar-se-ia consagrando princípio dispositivo, pelo qual, então, caberia às partes a iniciativa probatória nos termos do referido texto legal, como diz Lopes: “Com efeito, ao atribuir às partes o ônus da prova das alegações, está o legislador a consagrar a essência do princípio dispositivo, ou seja, a iniciativa conferida àquelas”.²⁹

Contudo, essa interpretação literal do artigo 333, do CPC é equivocada, uma vez que as normas devem ser interpretadas dentro do sistema ao qual pertencem, como destaca Lopes: “Entretanto, as regras sobre o ônus da prova previstas no art.

²⁸ VADE MECUM. Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.424.

²⁹ LOPES, op. cit., p. 196.

333 do CPC não podem ser interpretadas literalmente, mas de acordo com o sistema processual”.³⁰ No caso em tela, o referido artigo deve ser analisado paralelamente ao artigo 130, do mesmo diploma legal, o qual contém a seguinte norma: “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”.³¹

Esse artigo atribui poderes ao juiz com relação à instrução probatória, pois permite que, de ofício, o magistrado determine provas necessárias. No entanto, há que se esclarecer que tal situação não se define como uma interpretação “elástica” da regra do ônus da prova; o que ocorre é que o ônus da prova deve ser verificado, efetivamente, no momento do julgamento, o que não cerca o poder de determinar provas que possui o juiz. Dessa forma, expõe Lopes:

De acordo com escorreita doutrina, as normas sobre ônus da prova são “regras de julgamento” e não “regras de instrução”, isto é, só são aplicáveis por ocasião da sentença e, assim mesmo, só quando não houver prova suficiente. Se, ao julgar a causa, verificar o juiz a existência de provas bastantes para a formação de seu convencimento, não terá razão para preocupar-se em saber quem as produziu, se o autor ou o réu.³²

Também nesse sentido, entende Teixeira:

Por isso, não se pode afirmar que o sistema pátrio adotou o princípio dispositivo, havendo concessão para a “*livre investigação das provas pelo juiz*”, que pode de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130). Esse dispositivo, interpretado em consonância com outras regras do Código (CPC, 125, 131, 342, 382, 418 e 440), consagra os poderes instrutórios do juiz, que devem ser utilizados para que se chegue o mais perto possível da verdade dos fatos. Dessa forma, as regras de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333) somente devem ser consideradas no momento do julgamento, não impedindo que o juiz, antes de proferir a sentença, determine a realização de provas, ainda que *ex officio*, objetivando o correto esclarecimento dos fatos trazido à sua apreciação.³³

³⁰ Id.

³¹ VADE MECUM, op. cit., p. 410.

³² LOPES, op. cit., p. 196.

³³ TEIXEIRA, op. cit., p. 76.

José Roberto dos Santos Bedaque aborda o assunto da seguinte forma:

Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova.

Verifica-se, portanto, o equívoco cometido por aqueles que afirmam a exclusividade das partes sobre a instrução, visto que a concessão de poderes instrutórios ao juiz implicaria eliminação das regras sobre o ônus da prova. Absolutamente incorreta tal conclusão. Se o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram. Quando, porém, o resultado for negativo, ainda que os integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, tenham esgotado os esforços para provar os fatos, incidirão as regras legais referentes ao ônus da prova. Essa preocupação o juiz terá somente no momento de julgar. Durante a instrução, o problema não se coloca. Nesta fase do procedimento, os sujeitos da relação devem estar voltados apenas para a obtenção da prova.³⁴

A parte, ao não atender a regra do artigo 333, do CP, incidirá em descumprimento de ônus processual, o que pode levar ao julgamento desfavorável. Assim, a norma do referido artigo se verificaria ao final, no momento do julgamento da causa, em razão da dúvida não sanada pela insuficiência de provas. Entretanto, até essa fase as provas podem ser produzidas, pouco importando quem efetivamente as deveria produzir.³⁵

O juiz, por meio dos poderes a ele conferidos, deve buscar a solução da lide com justiça. Ao se utilizar da regra do artigo 333 do CPC, obviamente não se está dando efetividade ao processo, pois se há dúvida, não se tem certeza de justiça. É como entende Bedaque:

De qualquer modo a solução aventada pela doutrina não pode ser aceita. As regras do art. 333 devem ser seguidas pelo juiz quando do julgamento. Antes disso, tanto ele quanto as partes, ou, muito mais ele do que as partes, têm interesse na correta demonstração dos fatos. Para tanto, pode e deve o magistrado determinar a realização das provas que entender necessárias, a fim de alcançar o fim da atividade jurisdicional, isto é, a coincidência entre o provimento e a vontade do legislador. Essa é a

³⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 119-120.

³⁵ Ibid., p. 118-119

solução que mais interessa à sociedade. Dentre todas as frustrações que a jurisdição pode causar às pessoas, a mais grave, sem dúvida, é a emissão de um provimento injusto.³⁶

Dessa forma, a regra do ônus da prova deve ser último recurso utilizado pelo magistrado no provimento jurisdicional, pois deve, antes disso, esgotar os meios a ele conferidos para buscar a verdade dos fatos, como conclui Bedaque:

As regras sobre o ônus da prova constituem a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova.³⁷

Assim, entende-se que a regra do ônus da prova não pode ser avocada para enfrentar a questão dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que se trata de regra de julgamento a ser utilizada após a fase instrutória do processo.

Pode haver situações em que juiz, embora se esforce na instrução probatória, irá encontrar barreiras. Tais situações são exemplificadas por Bedaque:

Haverá situações em que, não obstante entenda o juiz, ser imprescindível a realização da prova, óbices intransponíveis impeçam a produção. Imagine-se, por exemplo, que as partes se recusem a antecipar os honorários do perito judicial (CPC, art. 33), por entender absolutamente desnecessária a prova técnica ou por não ter condições econômicas de arcar com a despesa. E também o réu não concorde com o pagamento. Neste caso, se o conjunto probatório for insuficiente para a formação de seu convencimento, não terá o julgador outra alternativa senão recorrer às regras previstas no art. 333: negado o fato constitutivo do direito do autor, o pedido seria julgado improcedente; não demonstrado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, a demanda ser acolhida.³⁸

O que se deve considerar é que a norma do artigo 333 do CPC dá maior dispositividade às partes, conferindo a elas também o dever de provar suas alegações, mas tal norma, não é conflitante com os poderes probatórios do juiz. Pois as partes e o juiz estão ativamente em busca da solução ideal para a lide, especialmente, com relação poder-dever de prova.

³⁶ Ibid., p. 122.

³⁷ Ibid., p. 123.

³⁸ Ibid., p. 123-124.

Nesse sentido, ensina Bedaque:

Deve-se ressaltar, todavia, que ampliação dos poderes do juiz no campo da prova de maneira alguma importa em retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe a elas a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este para que eu provimento se aproxime o mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de provas são procuradas por quem averigua os fatos; com meios de provas se faz a verificação. À parte compete averiguar e afirmar. Nada impede que a função verificadora seja entregue ao juiz, pois o acerto da decisão dela depende.³⁹

No mesmo sentido, afirma Lopes:

Assim, não há porque tomar posição extremada que subestime o papel de um dos sujeitos da relação processual (o autor, o réu ou o juiz) porque todos devem colaborar para que o processo atinja os fins colimados no sistema.⁴⁰

Abordadas tais questões acerca do ônus da prova, resta fazê-lo com vistas aos processos concernentes às relações de consumo.

2.2.3.2 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – artigo 6º, inc. VIII

O código de defesa do consumidor, lei n.º 8.078/90, disciplina as relações de consumo, bem como promove a proteção do consumidor, conforme determina o artigo 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal.

Dessa forma, a proteção ao consumidor está inserida nos direitos fundamentais, como ensina José Afonso da Silva:

O que é de ressaltar-se é sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art.

³⁹ Ibid., p. 124.

⁴⁰ LOPES, op. cit., p. 198.

170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista.⁴¹

Assim, o que se tem é que a defesa do consumidor merece especial atenção, assim como os demais direitos fundamentais. Por isso, dentre outras normas protetivas, há, para os processos que versem sobre relações de consumo, norma que trata da inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII, do CDC).

Tal norma se traduz na possibilidade de o magistrado, quando presentes os requisitos elencados no inc. VIII, do art. 6º, do CDC, quais sejam, verossimilhança da alegação e hipossuficiência, inverter a regra do ônus da prova. Isto é, por decisão do juiz, o consumidor, autor da demanda, não mais terá o ônus de provar suas alegações expostas na inicial, pois este dever passará a ser do demandado. Nesse sentido assevera Rizzatto Nunes:

Além de tudo o que dissemos acima, consigne-se que em matéria de produção de prova o legislador, ao dispor que é direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, o fez para que, no processo civil, concretamente instaurado, o juiz observasse a regra. E a observância de tal regra ficou destinada à decisão do juiz, segundo seu critério e sempre que se verificasse a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.⁴²

Assim, a inversão do ônus da prova nas demandas que versam sobre relações de consumo, é possível, desde que presentes os requisitos e por decisão fundamentada do magistrado.

Disso decorre a diferença entre os litígios do processo civil que não tratem de relações de consumo, e as demandas que se fundamentam no CDC. No primeiro caso a regra é a de julgamento, enquanto que, na segunda situação, o juiz deve

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 127.

⁴² NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131.

inverter o ônus da prova por decisão, uma vez que a inversão não é automática (excetuando previsão do artigo 38 do CDC) e pode não ser necessária e indicada.⁴³

Uma vez que o magistrado, para a aplicação da inversão do ônus da prova, precisa verificar se as alegações do autor são verossímeis e se ocorre a situação de hipossuficiência do consumidor no caso concreto, há a necessidade que a inversão seja estabelecida pelo juiz previamente para que as partes saibam seus deveres dentro do processo.⁴⁴

O melhor entendimento é que a inversão do ônus da prova seja fixada até o despacho saneador. É como afirma Nunes:

E, já que assim é, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.⁴⁵

Assim, percebe-se que também quando se trata de litígios que versam sobre relações de consumo, o juiz também teve seus poderes ampliados, pois, ao decidir sobre a inversão do ônus da prova, coloca o consumidor/autor, em pé de igualdade com o demandado, superando as dificuldades que possam surgir em demandas dessa natureza. Nesse sentido é o pensamento de Maria Elizabeth de Castro Lopes:

Ao juiz cabe garantir a igualdade de tratamento das partes e a paridade de armas para alcançar a efetividade da jurisdição e o que a doutrina italiana chama de *processo giusto*...

Para tornar viável esse objetivo, impõe-se o fortalecimento dos poderes do juiz, o que significa o abrandamento do princípio dispositivo nas relações de consumo.

Pode-se afirmar que o direito brasileiro possui amplo elenco de disposições de direito material e processual que permitem efetiva proteção aos direitos do consumidor, entre as quais os arts. 6º do CDC e os arts. 130, 331, 342 do CPC, a que nos referimos várias vezes neste texto.

⁴³ Ibid., p. 134-135.

⁴⁴ Ibid., p. 135-136.

⁴⁵ Ibid., p. 135.

Todos esses dispositivos, interpretados á luz do princípio do contraditório e da ampla defesa, mostram a necessidade de atuação dinâmica do juiz nas relações de consumo.⁴⁶

Nota-se, desse modo, que também em relação aos direitos do consumidor, o juiz, para que alcance a justiça em suas decisões, não pode renunciar a uma posição ativa no processo.

Pois, especialmente nos litígios dessa natureza, o juiz, dando vazão ao princípio da livre investigação das provas e, por conseguinte, utilizando-se dos poderes a ele outorgados, será o responsável por proporcionar igualdade às partes no processo, uma vez que a regra do inc. VIII do art. 6º do CDC, visa o equilíbrio entre os litigantes, como explica Maria Elizabeth: “Ao estabelecer em favor do consumidor esse benefício, o legislador está, na verdade, procurando o equilíbrio processual entre o fornecedor, geralmente mais forte, e o consumidor, normalmente mais fraco”.⁴⁷

Havendo igualdade entre as partes, é possível, então, construir uma decisão justa.
Tendo em vista as questões acima expostas, as quais falam da justiça das decisões, imprescindível se apresenta a abordagem da verdade real e da verdade formal, bem como das demais questões afetas, a fim de se poder tratar dos poderes probatórios do juiz, os quais visam, em última análise, a efetividade na prestação jurisdicional.

⁴⁶ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006. p. 145-146.

⁴⁷ Ibid., p. 42.

3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO

Falar da busca da verdade no processo envolve inúmeras questões. Assim, não se desejando esgotar o tema, neste capítulo serão abordadas as que se relacionam com o presente trabalho.

3.1 A PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO

Antes de tudo, como ensina Bedaque, é necessário destacar que o direito processual autônomo e é ramo de direito público, assim, regido por princípios publicistas. Disso, decorre o fato de que o direito processual possui fins próprios e distintos do direito substancial objeto do processo.⁴⁸

Contudo, nem sempre foi assim. Até o século XIX, vivia-se a fase do sincretismo, na qual direito material e processual se confundiam, sendo que “processo” era meramente um “apêndice” do direito civil privado, como esclarece Dinamarco.⁴⁹

Nessa época, não se admitia um direito processual civil autônomo, com princípios e regras próprias. Somente a partir do século XIX, é que se distinguiu o direito material do processual, levando à publicização do direito processual. É o que esclarece Dinamarco:

(...) assim chegou até o século XIX, quando a segura afirmação de uma relação jurídica processual, distinta da de direito privado, abalou os

⁴⁸ BEDAQUE, op. cit., p. 11.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49-50.

alicerces do sincretismo até então incontrastado. O campo abriu-se, com isso, para o progresso da idéia publicista no direito processual, uma vez que a nova relação jurídica descoberta incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, daí derivando a idéia da relação de subordinação que no processo se dá.⁵⁰

Havendo essa divisão, passou-se, então, a perceber o direito de ação como sendo diferente direito subjetivo material.⁵¹

Ocorre que a evolução do pensamento humano e, conseqüentemente, dos estudos jurídicos ocorreu paulatinamente e de maneira diversa entre os estudiosos. Como assevera Dinamarco, os germânicos desviaram-se para o direito processual, deixando as preocupações com a ação em segundo plano. Já os latinos, especialmente os italianos, debruçaram-se sobre o estudo do direito de ação.⁵²

Nesse último grupo, é onde enquadram os doutrinadores brasileiros, já que foi nessa linha que seguiu a “Escola processual de São Paulo”. Dinamarco, assim, conclui:

Em uma palavra, a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a ação como pórtico de todo o sistema, traindo com isso a superação da idéia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados ao escopo de tutelar direitos subjetivos. A preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, supostamente posto a serviço do autor e dos direitos, como se toda pretensão deduzida em juízo fosse procedente e fosse uma verdade a invariável presença da *lesão*, como requisito para o interesse de agir (a idéia da *lesão*, que ainda se vê na Constituição brasileira e no próprio Código de Processo Civil, é inerente à teoria civilista da ação e incompatível com as posturas metodológicas contemporâneas).⁵³

Dessa tendência aos estudos da ação, existente entre os doutrinadores brasileiros, decorre a existência de influência do privatismo no pensamento destes, ainda que de forma velada, como aponta Dinamarco:

Presencia-se, pois, a uma ciência processual construída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobrevividos ao sincretismo privatista já superado.

⁵⁰ Ibid., p. 50.

⁵¹ Ibid., p. 51.

⁵² Ibid., p. 52.

⁵³ Id., p. 52.

Seguramente, concorreu para essa predisposição psicológica a origem do direito processual civil, que hoje unanimemente se reconhece ser ramo do direito público, nos compartimentos do direito privado.⁵⁴

Inúmeros fatores influenciaram na publicização do direito processual até o patamar em que se encontra atualmente. Entretanto, o que vale ressaltar, neste trabalho, são os estudos constitucionais sobre o processo que conferiram a este objetivos a serem perseguidos, como destaca Dinamarco:

A descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e econômicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual em um plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele. A força do pensamento doutrinário que se expande por todos os continentes, como uma verdadeira *multinacional do processo*, tende a eliminar as diferenças regionais e as resistências ao pleno reconhecimento teórico e prático de que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob estímulo de interesses individuais, sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.⁵⁵

Assim, o processo se tornou um instrumento e, como tal, requer objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego, e essas finalidades estão no campo social, no político e no jurídico⁵⁶, como acentua o autor.

Esses fins do processo podem ser confundidos com as finalidades do “Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções com que ele procura cumprir seu papel, qual seja o de assegurar o bem-estar da sociedade”.⁵⁷

Os objetivos a que se refere Dinamarco são os chamados escopos da jurisdição, os quais serão abordados em item seguinte.

⁵⁴ Ibid., p. 53.

⁵⁵ Ibid., p. 59.

⁵⁶ Ibid., p. 63.

⁵⁷ Id.

3.2 OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

Ao longo da história, o Estado foi se fortalecendo, e, por meio de seu poder, foi assumindo, aos poucos, a função jurisdicional. A justiça passou de privada à pública. A função jurisdicional ou a jurisdição se define como “atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”.⁵⁸ Assim, o Estado passou a ter “poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas”.⁵⁹

Dessa forma, consoante Cintra, Dinamarco e Grinover, pela jurisdição os juízes substituem as partes, às quais é vedada a autodefesa, restando, então, provocar o Estado para que este aja em seu lugar com relação aos conflitos⁶⁰, conferindo-lhes, como destaca Dinamarco, a “solução justa ou favorável inicialmente, depois direito à decisão de mérito (...)”.⁶¹

A jurisdição, por sua vez, é exercida mediante um processo, o qual, de acordo com Cintra e outros, pode ser assim conceituado:

(...) instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução.⁶²

Diante disso, percebe-se que, no exercício da jurisdição, o Estado possui a finalidade precípua de pacificação, que diferencia a função jurisdicional das demais funções exercidas pelo Estado.⁶³

⁵⁸ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 29.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id.

⁶¹ DINAMARCO, op. cit., p. 51.

⁶² CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 29.

⁶³ Ibid., p. 30.

A jurisdição possui, na realidade, três escopos, quais sejam: o social, o político e o jurídico. O mais importante dos três é o escopo social, que se traduz na pacificação, segundo explicam Cintra, Dinamarco e Grinover:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.⁶⁴

O processo, então, é o meio pelo qual a jurisdição encontra seus escopos, e, em razão disso, o Estado criou um sistema processual com regras próprias, instituiu órgãos encarregados de desempenhar a jurisdição, e, assim, exerceu seu poder.⁶⁵

Atualmente, prevalecem os ideais do Estado Social e não mais do Estado Liberal, assim o que se busca é que o Estado promova a realização dos “valores humanos”, como destacam Cintra, Dinamarco e Grinover:

E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro modo, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.⁶⁶

Por tais afirmativas, pode-se concluir que o processo, hoje, deve buscar oferecer soluções conforme os objetivos desejados pela “sociedade política”. Tais objetivos se configuram, especialmente, no escopo da justiça, uma vez que esta se resume em liberdade e igualdade, e sua realização propicia o desenvolvimento do bem comum, que é a finalidade do Estado. É nesse sentido que expõe Dinamarco:

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Ibid., p. 31.

O que de lá para cá mudou na mentalidade do processualista foi sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política. Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a *justiça*, que é afinal a expressão do próprio *bem-comum*, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão e clima de liberdade e igualdade. Sendo variáveis a dimensão e o conceito que em situações políticas diferentes se ligam a esses atributos, dizer isso quase significa nada esclarecer e talvez essa colocação servisse, em alguma medida, a uma boa variedade de regimes políticos distintos entre si.⁶⁷

Assim, para se definirem os fins do Estado e da jurisdição, devem ser observados os anseios do povo, o que coloca o elemento cultural a determinar os conceitos dessas finalidades. Não havendo mais, assim, um processo com finalidades exclusivamente jurídicas. Os objetivos extrapolam os interesses meramente jurídicos⁶⁸. É assim que conclui Dinamarco:

(...) tudo quanto se refira ao sistema processual e possa projetar reflexos no modo como ele atua na vida em sociedade há de ser coordenado com vista aos objetivos conhecidos e conscientemente delineados. A técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais.⁶⁹

Desse modo, clara fica a noção de que o processo deve ter como objetivo a realização dos escopos a ele instituídos. E disso decorre a idéia de que o juiz não pode, na instrução do processo, ser alheio a tais escopos; ao contrário, deve procurar atingi-los em sua direção.

Dentre os escopos da jurisdição, quais sejam, o social, o político e o jurídico, neste trabalho volta-se a atenção especialmente ao social e ao jurídico (embora já se tenha dito que a finalidade jurídica abarca a social e a política), uma vez que, com a ampliação e fortalecimento dos poderes do juiz, o que se busca é a justiça nas decisões e, conseqüentemente, a pacificação social. Desta forma se manifesta Bedaque com relação ao tema:

⁶⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 185-186.

⁶⁸ Ibid., p. 185-187.

⁶⁹ Ibid., p. 179.

Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados.

Trata-se de função social do processo, que depende, sem dúvida, da efetividade deste. Já que o Estado, além de criar a ordem jurídica, assumiu também a sua manutenção, tem ele interesse em tornar realidade a disciplina das reações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.⁷⁰

Contudo, há que se levar em conta que o juiz não pode somente desejar a verdade no processo, decidindo apenas quando a encontrar, pois o que se quer é a “aplicação do direito ao caso concreto, com conseqüente eliminação das controvérsias e a pacificação social”,⁷¹ conforme alerta Bedaque.

No tocante à busca da verdade no processo, adiante se tratará do assunto.

3.3 VERDADE FORMAL E VERDADE REAL

A verdade é o que se busca como ideal no processo. Entretanto, dificilmente se conseguirá chegar à verdade absoluta com a prestação jurisdicional. Porém, ainda assim, deve-se perseguir a maior probabilidade de verdade que for possível alcançar. Dessa forma, entende Bedaque:

Além do mais, verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que se diligencie, a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível. Quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. Ou seja, deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial.⁷²

⁷⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 12.

⁷¹ Ibid., p. 14-15.

⁷² Ibid., p. 15-16.

Portanto, objetivando que o magistrado chegue à verdade “possível”, não há mais que se falar em verdade formal vinculada ao processo civil e verdade real ao processo penal. É como se posiciona Teixeira:

Ademais, não parece exata a distinção entre verdade formal e real, porque a verdade processual é sempre relativa. O interessado na apuração da verdade é o juiz. As partes trazem uma visão pessoal dos fatos, estando interessadas não exatamente na apuração da verdade, mas na vitória na demanda. Logo, não é importante a discussão envolvendo os conceitos de verdade formal e verdade material, parecendo mais exato falar-se “verdade apurada” ou “verdade possível”, que exprimem também o caráter relativo da verdade processual.⁷³

A fim de melhor situar os posicionamentos acima expostos, faz-se a distinção entre verdade formal e verdade real. A primeira diz respeito à verdade, de acordo com a visão tradicional (e já superada), aceita no processo civil, em razão da natureza disponível dos direitos por ele tutelados. Essa é a verdade que as partes permitem que seja conhecida, pois, nesse caso, o juiz se limita ao que elas levam aos autos, para julgar (princípio dispositivo propriamente dito). O juiz conhece “parcialmente” a verdade, conhece a verdade em um sentido formal, se é que é possível uma verdade que não seja absoluta.⁷⁴

A verdade real, por sua vez, é aquela que se busca por ideal, ainda que difícil processualmente chegar a ela. É a verdade dos fatos, de como eles se apresentam ou apresentaram na realidade, no caso concreto. Pela doutrina clássica, vinculava-se essa forma de busca da verdade ao processo penal, onde se tutelam os direitos indisponíveis, precipuamente.⁷⁵

⁷³ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 77

⁷⁴ CAMPO, op. cit., p. 92-93; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 251.

⁷⁵ Id., p. 92-93; Ibid., p. 252-253.

Em que pese a finalidade de se buscar a verdade real no processo, como comentado anteriormente, tal condição, hoje, é algo utópico, como observam Marinoni e Arenhart:

E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). Uma afirmação “polêmica”, como essa, exige certamente maiores esclarecimentos. Em essência, o que se pretende dizer, na realidade, é que, seja no processo, seja em outros campos científicos, *jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade*. Realmente, a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição desta).⁷⁶

Assim, expostas as linhas gerais sobre a busca verdade, a maneira como ela era tratada pela doutrina tradicional, e como vem se repercutindo no direito contemporâneo, passa-se às questões pontuais sobre as razões que impedem que o juiz conheça a verdade, no exercício da prestação jurisdicional.

3.3.1 As Informações e Fatos do Processo e as Impressões Pessoais

Conforme Marinoni e Arenhart, um dos motivos para se chegar a essa conclusão é que os fatos sempre são passados ao processo ou ao juiz, como “impressões” que cada indivíduo tira da realidade, de acordo com suas experiências. Da mesma forma, o magistrado, ao apreciar uma prova, o fará, em que pese a imparcialidade exigida, também consoante suas motivações pessoais.⁷⁷

3.3.2 Provas Ilícitas

⁷⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 251.

⁷⁷ Ibid., p. 252

Outra questão que também pode impedir o juiz de conhecer a verdade diz respeito aos meios de provas que, conforme se apresentarem, não são admitidos no ordenamento jurídico, como explicam Marinoni e Arenhart, citando Giovanni Verde:

Some-se a tudo isso o fato de que a relação da verdade com o processo (juiz e provas) vem permeada de certas particularidades, as quais muitas vezes excluem a possibilidade de que o magistrado efetivamente a encontre. É o que observa Giovanni Verde, ao ponderar que, no processo, as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissível certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso do instrumento público). Diante dessa proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou, ainda, da submissão do mecanismo de “revelação da verdade” a outros requisitos, *parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser.*⁷⁸

Em parágrafo seguinte, os referido autores comentam sobre a contrariedade de se desejar uma decisão que se aproxime do ideal de verdade e a imposição de restrições legais ao encontro desta. Para tal, citam Sergio Cotta:

Há, realmente, uma contradição nesse aspecto, como bem demonstra Sergio Cotta. Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência verdadeira do fato ocorrido no passado, mas se reconhece que a falibilidade humana e o condicionamento dessa descoberta às formas legais não lhe permitem atingir esse ideal.⁷⁹

Com relação às provas ilícitas, Bedaque diz ser possível admiti-las em prol das finalidades do Estado e dos escopos da jurisdição. Explica que não se pode rejeitar de plano a consideração de uma prova ilícita no processo. Como diz:

Não se pode, todavia, concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência das provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção?⁸⁰

⁷⁸ MARINONI; ARENHART, 2007 apud VERDE, p. 590.

⁷⁹ MARINONI; ARENHART, 2007 apud COTTA, 1995, p. 219-228.

⁸⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 141.

Assim, o autor defende que as provas ilícitas podem ser admitidas no processo civil, mas desde que o seja feito com parcimônia.

A corrente predominante na doutrina é a que rejeita as provas ilícitas; contudo, entende o autor que, embora haja a vedação na Constituição Federal, como quaisquer outros princípios, este também não é absoluto, devendo, assim, com vistas ao princípio da proporcionalidade, o magistrado ponderar acerca do caso concreto e dos valores em discussão, para, então, poder admitir a produção da prova ilícita. Acrescenta, ainda, que somente ele, juiz, tem a iniciativa probatória em se tratando de provas ilícitas.⁸¹

Nesse sentido, continua e complementa sua idéia:

Nenhum princípio é absoluto, ainda que previsto em sede constitucional. Não se pode esquecer que, ao lado do direito à privacidade, também existe a garantia do acesso à justiça que compreende todos os meios necessários a que o processo seja efetivo. Isto é, constitui instrumento apto à solução adequada das controvérsias. Fala-se hoje, aliás, em devido processo constitucional, que nada mais é do que o modelo constitucional de processo, com todas as garantias consideradas necessárias à eficácia desse instrumento. Entre elas encontra-se, sem dúvida, o direito à prova.⁸²

Dessa forma, conclui o autor que a prova ilícita deve ser utilizada de maneira excepcional, isto é, apenas quando não houver outros meios possíveis e a produção de tal prova for imprescindível ao julgamento da lide com o atendimento do escopo do processo.⁸³

Consoante a esse entendimento, está o posicionamento de Maria Elizabeth de Castro Lopes:

Já vimos que colisão de princípios deve ser resolvida de forma diferente da colisão de regras. Pelo seu caráter genérico e abstrato e por se tratar de norma fundante, o princípio constitui o que a doutrina denomina “mandado de otimização”, de modo que a hipótese de conflito não pode levar à eliminação ou desprezo de um deles. Já em relação às regras, o conflito deve ser resolvido com a exclusão de uma delas.

⁸¹ Ibid., p. 142-144.

⁸² Ibid., p. 143.

⁸³ Ibid., p. 146.

Como todo princípio possui um peso, cabe ao juiz, em caso de conflito, escolher aquele de maior peso.

Tratando-se de prova ilícita, o juiz ficará diante de dois princípios conflitantes: o da proteção à vida provada e o da efetividade da jurisdição.

Somente o caso concreto, em que o juiz avalia os interesses em jogo, indicará a solução que deverá ser adotada.⁸⁴

Com relação à utilização das provas ilícitas no processo, entende-se ser possível, desde que o magistrado o faça quando não houver outros meios possíveis para se provar tal fato, e os interesses do caso concreto prevalecerem sobre o direito material violado.

3.3.3 A Preclusão e a Iniciativa Probatória

Como também um empecilho para se chegar à proximidade da verdade, está o instituo da preclusão, que consiste na perda de uma faculdade processual que possui a parte, por sua não utilização no momento devido. Nesse caso, questiona-se a situação em que a parte tem seu direito precluso e a possibilidade de o juiz suprir tal falta, por entender necessária tal atitude a fim de atingir a justiça na decisão.⁸⁵

Bedaque se posiciona no seguinte sentido:

Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar a sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado. Em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.⁸⁶

⁸⁴ LOPES. op. cit., p. 47-48.

⁸⁵ Ibid., p. 16.

⁸⁶ Ibid., p. 17.

Com isso, o autor destaca a pacificação social e a decisão justa, em detrimento de uma norma processual, quando não houver opção, senão suprir a omissão da parte. Concluindo, assim:

Não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão está ligada tão-somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível conflito entre as regras relativas à preclusão e o disposto no art. 130 deve ser solucionado segundo o escopo maior do processo (...). Daí não poder a iniciativa probatória oficial subordinar-se às regras sobre preclusão, ao contrário do que se verifica em relação à revelia e à incontrovérsia fática (CPC, arts. 319 e 334).⁸⁷

Assim, é possível com vistas à finalidade do processo e à aproximação da verdade, que as regras de preclusão não influenciem ou impeçam a iniciativa probatória do juiz, conferidas a ele no art. 130 do CPC.

3.3.4 A Verdade e a Disponibilidade do Direito Material

Tradicionalmente, fala-se que, na relação processual, ao se tratar de direitos disponíveis, os poderes do juiz serão menores, ao passo que, quando se cuida de direitos indisponíveis, abre-se a possibilidade de um juiz mais atuante no processo.

Diz-se que quando o direito substancial é disponível o juiz deve buscar a verdade formal e, quando o direito material é indisponível, o magistrado se preocupará em encontrar a verdade real.

⁸⁷ Ibid., p. 17.

Contudo, como já tratado em item anterior, a distinção entre verdade real e verdade formal no processo já está superada, uma vez que o juiz deve se preocupar em encontrar a verdade possível.

Aqui resta dizer que, independentemente da natureza da demanda, há “um interesse público no reconhecimento dos direitos subjetivos, na obtenção da justa definição da controvérsia, acarretando a atribuição de poderes instrutórios ao juiz”,⁸⁸ como assevera Bedaque.

Deve-se lembrar que, embora o direito processual exista em função do direito material, aquele possui autonomia e princípios próprios, sendo uma relação de direito público. Assim, o processo é sempre público, não importando o direito substancial que está em discussão.⁸⁹ Bem como também se deve ter em conta que se fala hoje em direito processual, o qual abrange os processos civil, penal e trabalhista, tendo assim o direito processual elementos comuns a todos os processos, como explica Bedaque.⁹⁰

Diferencia-se, nesse ponto, então, a relação de direito material com a relação de direito processual, sendo que a primeira diz respeito ao que já foi analisado anteriormente, o poder dispositivo da parte. Já a segunda trata da busca de um interesse público, imposto pelo Estado, ou seja, a realização do direito material e a conseqüente prestação jurisdicional justa.⁹¹ No mesmo sentido, explicam Cintra, Dinamarco e Grinover:

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside

⁸⁸ Ibid., p. 126.

⁸⁹ BEDAQUE., 2001 apud JARDIM, p. 167.

⁹⁰ BEDAQUE., op. cit., p. 128.

⁹¹ Ibid., p. 129-130.

precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.⁹²

Bedaque, assim conclui:

O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominantemente interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes.⁹³

Dessa forma, a parte não tem a direção do processo, pois tal função é de competência do magistrado, como observa Bedaque:

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o continente, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação. Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois, embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada.⁹⁴

O que se nota é que o processo possui uma função pública e, por isso, é dever do juiz realizar tal função. Para isso é necessário que lhe sejam conferidos poderes.

Então, não importa se o direito material é de natureza disponível ou não, pois o processo é sempre público. Tal afirmativa vai de encontro com o artigo 130 do CPC, pois neste não há diferenciação alguma para sua aplicação acerca da natureza da relação de direito material em pauta no processo. Nesse sentido, Teixeira faz a seguinte observação:

(...) não se pode deixar de reconhecer que, na prática, versando a demanda sobre direitos indisponíveis, como nas questões envolvendo direito de família, há maior aceitação do aumento dos poderes instrutórios do juiz, deixando-se à iniciativa das partes a instrução probatória nas demandas que envolvam direitos disponíveis, o que, porém, não encontra respaldo no art. 130 do CPC, o qual não faz distinção em função da natureza do direito debatido em juízo, aplicando-se o princípio da livre

⁹² CINTRA; GRINOR; DINAMARCO., op. cit., p. 46.

⁹³ BEDAQUE., p. 130.

⁹⁴ Id., p. 130.

investigação da prova a processos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, nada obstante a resistência da doutrina e jurisprudencial neste aspecto.⁹⁵

Assim, apesar da resistência encontrada na prática para o aumento dos poderes do juiz, também nas demandas que versem sobre direitos disponíveis, como já demonstrado, o juiz tem o dever de zelar pelos escopos do processo, resguardando, assim, o interesse público.

Desse modo, mesmo havendo dificuldades a serem superadas para se encontrar a verdade, o juiz deve procurar dela, ao máximo, aproximar-se. Para tal, necessita apresentar uma postura ativa no processo, conforme lhe é permitido pelo conteúdo do artigo 130 do CPC.

3.3.5 O Princípio da Livre Investigação das Provas e a Busca da Verdade

Nos dias atuais, no processo civil, como já dito anteriormente, não se fala mais em busca da verdade formal, mas sim daquela que mais se aproxime da realidade dos fatos, uma vez que, dificilmente, irá se reproduzir nos autos, a verdade absoluta dos fatos.

Com vistas a essa busca, foram concedidos ao magistrado alguns poderes instrutórios, os quais encontram amparo no princípio da livre investigação das provas.

Esse princípio se traduz na possibilidade de o juiz determinar a produção de provas, quando necessário, não ficando, dessa forma, adstrito às partes e ao que estas levam ao processo em matéria probatória.

Manoel Antônio Teixeira Filho, assim define o referido princípio:

O princípio da livre investigação das provas traduz a liberdade que o juiz possui com

⁹⁵ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 77.

vistas à apuração da verdade dos fatos, podendo, em função disso, mesmo **ex officio**, determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 13), o comparecimento das partes, a fim de interroga-las em audiência (CPC, art. 342) etc.⁹⁶

Ao tratar do tema, Rui Portanova, vai de encontro com esse entendimento, pois o magistrado não pode se contentar com o que as partes lhe entregam, no que concerne às provas, ao contrário, deve buscar a verdade, sob pena de não se ter direito: "...não se pode deixar de perseguir um direito ideal. Ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito".⁹⁷

Dessa forma, como já comentado anteriormente, não vige absoluto no processo civil o princípio dispositivo, mas sim há a observância ao princípio da livre investigação das provas, com certas limitações. É nesse sentido que ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.⁹⁸

Pelo princípio da livre investigação das provas o magistrado tem o poder instrutório aumentado, mas se deve observar que as partes não perdem o seu dever de produzir provas. O que ocorre é que os todos os sujeitos processuais, vale dizer, o juiz e as partes, terão a iniciativa probatória, o juiz, contudo, o fará apenas quando for necessário. Nesse sentido, comenta Celso Agrícola Barbi:

A necessidade de esclarecimento de certos fatos, para propiciar um correto julgamento da causa, fez com que alguns Códigos modernos permitissem

⁹⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil - 2**: princípios do processo civil. São Paulo: LTr, 1999. p. 55.

⁹⁷ PORTANOVA, op. cit., p. 198.

⁹⁸ CINTRA; GRINOVE; DINAMARCO, op. cit., p.72.

ao juiz liberdade de iniciativa na escolha das provas. Isto não significa atribuir ao magistrado a preponderância nessa atividade, que continua com as partes, porque estas na maioria das vezes, é quem sabem quais os melhores elementos para a prova dos fatos da causa.⁹⁹

No mesmo sentido é o entendimento de Teixeira Filho:

É inevitável ponderar, entretanto, que o juiz, no exercício dessa sua potestade, não deverá ir além do razoável, a ponto de suprir eventual negligência da parte e, com isso, tornar-se tendencioso, suspeito, aos olhos do outro litigante. Dentro desse critério de recomendável prudência, o juiz poderá tomar a iniciativa da prova – sem o receio de ser acusado de parcialidade – quando, por exemplo, puder invocar relevantes motivos de ordem pública, ou encontrar-se diante de provas divididas.¹⁰⁰

Assim, tendo em vista a busca da verdade substancial no processo, a previsão contida no artigo 130 do CPC, bem como por uma análise sistêmica do ordenamento processual civil, tem-se, atualmente, o entendimento de que vige, ainda que com certas limitações, o princípio da livre investigação das provas no processo civil. Com relação ao tema, entende Barbi da seguinte forma:

O texto atual é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode entender conveniente determinar por sua própria iniciativa. Atende ele a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados, que, com razão não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para complementar sua convicção e, assim, decidir com tranqüilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito.¹⁰¹

Lucio Grassi Gouvêa diz que o poder instrutório do magistrado trata-se de um poder-dever, pois, quando necessário, não pode deixar de determinar a produção de prova:

Não pode assim o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que se trata de um poder discricionário a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas de ofício. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que, geralmente, em

⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994. v. 1. p. 323.

¹⁰⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, op. cit., p. 56.

¹⁰¹ Ibid., p. 324.

relação aos fatos constitutivos caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu.¹⁰²

Além de se aumentar a probabilidade de se chegar a uma decisão justa, por meio desse princípio, o magistrado pode trazer igualdade à relação processual em desequilíbrio, pois estará apto a desenvolver atividade na instrução probatória, suprimindo eventuais diferenças existentes no processo entre os sujeitos parciais. Tal questão, será analisada a seguir.

3.3.5.1 O juiz atuante e o princípio da igualdade

O princípio da igualdade entre as partes decorre da norma contida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O Código de Processo Civil também normatiza a igualdade de tratamento entre as partes, em alguns de seus artigos, um deles é o art. 125.¹⁰³ Neste sentido, complementa Teixeira:

O juiz tem o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, art. 125, I), falando-se na paridade de armas. Do mesmo modo, o legislador tem de observar a isonomia processual, mostrando que existem vários aspectos que contribuem para desigualar os participantes do processo, tais como fatores econômicos, sociais, culturais, geográficos, físicos, dentre outros.¹⁰⁴

Quando se propõe igualdade entre as partes, deve-se observar que a igualdade jurídica não descarta a existência desigualdade econômica. Assim, como

¹⁰² GOUVEA, Lucio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade*. In DIDIER JR, Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2008. p.173.

¹⁰³ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 59.

¹⁰⁴ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 69.

vista a isso, não se pretende a igualdade dita formal, mas sim a igualdade substancial.¹⁰⁵

Explicando a diferença entre igualdade formal e igualdade substancial, Teixeira coloca:

Nessa perspectiva, a igualdade pode ser enfocada sob um duplo aspecto: a) *formal*: todos devem ser tratados em igualdade de condições, já que, como ressaltado, não pode haver distinção de qualquer natureza no tratamento entre as pessoas; b) *substancial*: o legislador e o juiz devem atuar de modo a eliminar as desigualdades entre as pessoas, considerando as reais condições de cada uma delas, tratando igualmente quem se encontre em situações idênticas e desigualmente aqueles que estejam em situações distintas, na medida de suas desigualdades.¹⁰⁶

Assim, várias são as situações que podem gerar desigualdade entre as partes no processo, e ao juiz, dentro do que lhe cabe, deve proporcionar um reequilíbrio entre os díspares, como adverte Teixeira:

Dessa forma, o juiz deve estar atento, no caso concreto, à efetiva situação de cada uma das partes, não podendo ficar indiferente aos resultados da atuação jurisdicional. Atualmente, como já ressaltado, o juiz não pode ficar neutro, devendo atuar para igualar as situações substanciais dos litigantes, inclusive no tocante à instrução do processo, sob pena de acabar comprometendo a efetiva observância da garantia constitucional do devido processo legal.¹⁰⁷

O que se deseja então é um juiz atuante e sensível às dificuldades das partes, para que a desigualdade processual não lhes gere prejuízo. Assim, no que tange à iniciativa das provas, o juiz tem o dever de utilizar seus poderes instrutórios para buscar a igualdade substancial no processo para, em última análise, chegar a uma decisão justa. Assim comenta Bedaque:

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Isso representa verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a verdadeira paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam

¹⁰⁵ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 59-60.

¹⁰⁶ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 69-70.

¹⁰⁷ Ibid., p. 71.

este resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindível à correta apuração dos fatos.¹⁰⁸

De conseguinte, o juiz deve observar o princípio da igualdade em seu aspecto substancial, tomar a iniciativa probatória para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes, primando por uma prestação jurisdicional justa.

Contudo, ressalva-se que essa atividade não se traduz em assistencialismo processual, mas sim em cooperação entre os sujeitos do processo, a fim de se aproximar da verdade dos fatos e se obter justiça na prestação jurisdicional.¹⁰⁹

Maria Elizabeth de Castro Lopes entende da seguinte forma: “O juiz não é o dono do processo (*dominus processu*), pois este é um instrumento público regido pelo princípio da colaboração entre os sujeitos que dele participam”.¹¹⁰

Dessa forma, nota-se que o juiz, com vistas ao princípio da livre investigação das provas, trará o equilíbrio entre as partes dando efetividade ao princípio da igualdade. Pois somente dotado de poderes instrutórios e com liberdade para investigar as provas é que o magistrado poderá igualar os litigantes, suprindo as necessidades existentes e, conseqüentemente, indo de encontro a uma decisão adequada à verdade. Nesse sentido ensina Artur César de Souza:

Com relação à imparcialidade do juiz, a quebra desse dever é o principal argumento daqueles que defendem a necessidade de um magistrado inerte e vinculado à atividade probatória das partes.

Em seguida, ater-se-á a um breve estudo sobre a imparcialidade do magistrado e sua atuação ativa.

¹⁰⁸ BEDAQUE, op. cit., p. 100-1001.

¹⁰⁹ LOPES, op. cit., p. 116.

¹¹⁰ Ibid., p. 152.

3.3.5.1 O princípio da livre investigação das provas e o princípio da imparcialidade

No que diz respeito ao princípio da imparcialidade, este confere às partes a segurança de que a prestação jurisdicional está sendo prestada sem influências estranhas ao processo. Bem como de que não há “a concessão de privilégio ou favores a nenhum dos litigantes”.¹¹¹

Tratando-se da iniciativa probatória do juiz, a possibilidade de quebra da imparcialidade com o juiz ativo no processo, é um dos argumentos contrários à iniciativa oficial. Porém, como se verá a seguir, um juiz atuante não é significado de um juiz parcial.¹¹²

Inicialmente, lembre-se que o juiz, ao determinar de ofício a produção de uma prova, não conhece, ainda, o conteúdo desta. Assim, não há como se dizer que a iniciativa probatória do magistrado privilegia uma ou outra parte.¹¹³ Nesse sentido, aduz Bedaque:

Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.¹¹⁴

No mesmo sentido, aponta Marinoni:

¹¹¹ Ibid., p. 71-72.

¹¹² BEDAQUE, op. cit. 105-106.

¹¹³ Ibid., p. 107.

¹¹⁴ Ibid., p. 107-108.

O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte.¹¹⁵

Assim, não fere a imparcialidade do juiz se este atuar de maneira ativa no processo, até porque a ele também é imposto o respeito a outros princípios como o do contraditório e o da persuasão racional. Dessa forma, observado o contraditório e motivando suas decisões, o juiz não será imparcial por determinar de ofício a produção de provas. Como aponta Bedaque:

Sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões. Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam motivadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes. Aliás, o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova.¹¹⁶

Sendo ativo na relação processual o juiz estará contribuindo para que se chegue a uma prestação jurisdicional justa, respeitando a garantia do devido processo legal, como observa Teixeira, citando Berizonce:

Por derradeiro, não se pode esquecer que o moderno direito processual civil preconiza uma atuação mais ativa do magistrado, devendo ser superada a ultrapassada concepção de que ele deve ser passivo para manter sua imparcialidade. Na verdade, a atuação das garantias constitucionais exige uma postura mais ativa, passando da tradicional visão do juiz neutro para a concepção do juiz diretor, reconhecido como autoridade dentro do processo, que exercita seus poderes-deveres para a efetiva direção e comando das atividades processuais, de modo a obter o esclarecimento dos fatos e a busca da verdade sem que fique preso ou amarrado ao papel de mero espectador.¹¹⁷

Dessa forma, percebe-se que um juiz atuante na instrução probatória, não coloca em risco a garantia de imparcialidade. Sendo perfeitamente compatíveis o princípio da livre investigação das provas e a garantia da imparcialidade.

¹¹⁵ MARINONI; Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 102.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 109-110.

¹¹⁷ TEIXEIRA; PINTO, 2008 apud BERIZONCE, 1980.

A adoção do princípio da livre investigação das provas no processo civil eleva as chances de se ter a decisão ideal ao final da atividade jurisdicional, realizando, desse modo, os escopos do processo.

O princípio da imparcialidade do julgador restará preservado, mesmo que juiz deixe sua posição, tradicionalmente, passiva no processo, dirigindo-o e determinando a realização de provas. Basta que, para isso, mantenha-se alinhado a todo o ordenamento jurídico, isto é, desde que observe os demais princípios e normas existentes, especialmente aqueles que dizem respeito à garantia do devido processo legal. Assim posicionam-se Luiz Rodrigo Wambier e Evaristo Aragão Santos:

O que não pode faltar, isto sim, é o estrito respeito às garantias constitucionais do contraditório (a ser observado na produção de qualquer prova) e da motivação judicial (indicando-se com precisão as razões de convencimento a respeito dos fatos). Esses, aliás, talvez sejam os únicos remédios realmente eficazes contra o sempre presente risco de parcialidade do juiz, algo em si inafastável, sobretudo por força da própria condição humana.¹¹⁸

Dessa forma, percebe-se que o juiz ativo no processo não viola a garantia da imparcialidade, quando respeita os demais princípios.

¹¹⁸WAMBIER, Luiz Rodrigo; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 157.

4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Ao se tratar do tema *o juiz e a efetividade na prestação jurisdicional*, faz-se necessário abordar, ainda que de forma breve, questões atinentes à efetividade do processo. Assim, a seguir, serão tratadas algumas das principais questões relacionadas ao tema.

4.1 O JUIZ E A TÉCNICA PROCESSUAL

A técnica processual existe para dar segurança às partes, bem como, em última análise, assegurar o processo justo, aquele idealizado e imposto pela Constituição Federal, o chamado devido processo constitucional.¹¹⁹

Assim, a técnica é necessária à regularidade processual e conseqüente alcance dos fins do processo; entretanto, deve-se observar, como ensina Bedaque, que “a técnica representa simplesmente o meio apto a que o instrumento de garantia de direitos atinja seus escopos”.¹²⁰ Nesse sentido explica o autor:

Por isso, a observância da técnica tem essa finalidade específica: garantir que os interessados na atividade jurisdicional possam dispor de instrumento adequado e seguro, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material trazida à apreciação da função jurisdicional. A técnica processual está, portanto, a serviço de um fim. Por isso, o processo deve ser concebido como instrumento de realização de direitos.¹²¹

¹¹⁹ BEDAQUE, José Roberto do Santos. **Efetividade do Processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹²¹ *Ibid.*, p. 42.

Acima, trata-se do que se chama de instrumentalidade em aspecto positivo, a qual se refere às finalidades e objetivos do processo, enquanto meio para se atingir a “ordem jurídica justa”, como destacam Cintra, Dinamarco e Grinover. Contudo há ainda que se falar do aspecto negativo, qual seja, não considerar o processo como “um fim em si mesmo”, como colocam os autores:

Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado).¹²²

Dessa forma, não sendo o processo “um fim em si mesmo”, atenta-se para a necessidade de se evitar o formalismo exagerado, para que o processo atinja sua finalidade pública, sem se perder dentre o rigor das formas. É como aponta Bedaque:

Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o instrumento que desejamos. É preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma.¹²³

Assim, no que tange à questão da iniciativa probatória, com vistas à instrumentalidade do processo, não pode o juiz se ater ao exagero das formas, sob pena que gerar uma decisão injusta. Deve, ao contrário, ter em conta a finalidade do

¹²² CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 47-48.

¹²³ Ibid., p. 45.

processo na investigação probatória, deixando de lado o formalismo, quando necessário.

4.2 O JUIZ ATUANTE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A recente visão do princípio do contraditório não mais se configura no binômio informação e reação, mas passou a ser visto, pela doutrina contemporânea, como o trinômio, informação, reação e diálogo, como se explica a seguir.¹²⁴

O conceito tradicional de contraditório define que o juiz deve sempre ouvir as ambas as partes na relação processual. Assim, os sujeitos parciais são sempre informados dos acontecimentos do processo e têm a possibilidade, então, de reagir a esses eventos. Não podendo o juiz decidir sem a ouvida das partes.¹²⁵

Na doutrina mais recente, contudo, fala-se no contraditório como sendo um trinômio do qual faz parte, além da informação e da reação, também o diálogo entre os sujeitos da relação processual. Nesse sentido explica Teixeira:

Apesar da ampla aceitação do binômio informação/reação, o moderno direito processual preconiza que o contraditório deve ser encarado sob uma nova perspectiva, pressupondo não apenas a paridade de armas às partes, mas uma nova postura do julgador, de forma a assegurar essa efetiva igualdade. Desse modo, a garantia do contraditório exige diálogo e participação de todos os sujeitos da relação jurídica processual, inclusive do sujeito imparcial, que deve ter uma atuação preponderante. Há, portanto, um terceiro elemento que caracteriza o contraditório: informação, reação e diálogo.¹²⁶

Assim, a partir dessa nova configuração do contraditório, tem-se que o juiz não é mais um mero espectador da relação processual, mas sim é hoje, um sujeito

¹²⁴ LOPES, op. cit., p. 200.

¹²⁵ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 65.

¹²⁶ Ibid., p. 67.

ativo dessa relação. Devendo, portanto buscar a efetividade da prestação jurisdicional, como coloca Teixeira:

(...) aceita-se que o julgador, voltando sua atuação para a busca da verdade real, participe ativamente no desenvolvimento da relação jurídica processual, inclusive no que diz respeito à produção das provas. Assiste-se, atualmente, a uma ampla reformulação das leis processuais civis, sempre com vistas à efetividade da prestação jurisdicional. Nesse panorama, a ampliação dos poderes do juiz constitui uma tendência inegável, devendo o julgador estar preparado para uma atuação menos formalista, abandonando a concepção de que ele deve ser um mero espectador, devendo, ao contrário, atuar ativamente na busca da verdade e do esclarecimento dos fatos.¹²⁷

Dessa forma, o juiz tem a possibilidade de equilibrar uma relação processual em desigualdade, tomando a iniciativa probatória quando necessário para chegar ao seu convencimento. Determinado, assim, *ex officio*, as provas que julgar imprescindíveis ao seu julgamento, que não foram trazidas pelas partes. Completando a idéia, cita-se a lição de Marinoni:

Nem mesmo princípio do contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é o juiz parcial e hoje.¹²⁸

Assim, o magistrado tem o dever de agir ativamente no processo para que se possa proporcionar uma atividade jurisdicional justa e equilibrada, não ferindo, se dessa forma o fizer, o princípio do contraditório, bem como também resguardará sua imparcialidade.

Considerando o contraditório também como diálogo, entende-se, então, que o juiz, mesmo quando não lhe exigido por lei, deve oferecer às partes oportunidade de

¹²⁷ Id., p. 67.

¹²⁸ MARINONI, op. cit., p. 102-103.

se manifestarem em relação aos eventos do processo, pois assim haverá o diálogo entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, é o entendimento de Teixeira:

Acompanhando as modernas tendências do direito processual civil europeu, parte da doutrina brasileira, ainda minoritária, tem sustentado a necessidade de o juiz, antes de decidir uma questão, submetê-la à manifestação das partes, ainda que se trate de matéria que possa ser conhecida *ex officio*. Desse modo, o exame de questões de ordem pública, principalmente as de natureza processual, deve ser antecedido pela participação dos litigantes, em atendimento à garantia constitucional do contraditório.¹²⁹

Com relação a essa atitude de diálogo, vem surgindo na doutrina brasileira idéia de cooperação entre os sujeitos processuais, esta cooperação dá efetividade ao princípio do contraditório e se traduz em dever de esclarecimento; dever de consultar; e dever de prevenir.¹³⁰

Com vistas a essa “cooperação” entre os sujeitos processuais Fredie Didier faz o seguinte comentário:

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório.

Assim, agindo o juiz em constante cooperação entre os sujeitos que participam do processo, torna efetivo o contraditório, sempre na busca de uma decisão justa, com vistas aos escopos do processo. Em matéria probatória, tal observância, traz ainda mais segurança às partes com relação à iniciativa do juiz, pois, oportunizando-se aos litigantes, manifestação acerca de determinada prova produzida, afasta-se qualquer sombra que possa haver de imparcialidade do magistrado.

¹²⁹ Ibid., p. 68.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 127, ano 30, set. de 2005. p. 76-77.

4.3 LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Ao exercício do poder probatório do juiz, impõem-se certos limites, os quais serão analisados adiante.

Primeiramente, lembra-se que o juiz pode, apenas, buscar provas daquilo que foi submetido pelas partes à apreciação do poder judiciário, tendo em vista o princípio da adstrição, pelo qual “a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir”,¹³¹ como melhor explica Bedaque:

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

A atividade instrutória do juiz, portanto, está diretamente vinculada aos limites da demanda, que, ao menos em princípio, não podem ser ampliados de ofício (CPC, arts, 128 e 460). Nessa medida, à luz dos fatos deduzidos pelas partes, deve ele desenvolver toda atividade possível para atingir os escopos do processo.¹³²

Outra limitação à iniciativa probatória do juiz, é a observância do magistrado à efetiva necessidade de produzir tal prova ou não, dentre o que foi levado aos autos. Como aponta Bedaque: “Para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo”.¹³³

Também se coloca como limites ao juiz, na investigação probatória, como anteriormente abordado, o respeito ao contraditório e a necessidade de motivação das decisões judiciais.¹³⁴

¹³¹ BEDAQUE, op. cit., p.154.

¹³² Ibid., p. 94.

¹³³ Ibid., p. 157.

¹³⁴ Id., p. 157.

Fora tais casos, a princípio, os poderes instrutórios do juiz devem ser por ele utilizados, sempre que tal atividade for imprescindível ao alcance da verdade e à prestação jurisdicional justa e efetiva.

4.6 O JUIZ ATIVO, SUA CONTRIBUIÇÃO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Por tudo que se disse até agora, percebe-se que o juiz moderno que atua ativamente na relação processual, determinado a produção de provas para formar o seu melhor convencimento, é o juiz contribui para que se chegue à decisão justa, esperada pelas partes e desejada pelo Estado.

Assim comenta José Carlos Baptista Puoli:

Todas as considerações feitas até o presente momento têm alguns traços comuns. O primeiro ponto de comunhão está materializado na consciência sobre ser o processo um instrumento público de solução de conflitos. É a partir desta constatação que surge o segundo ponto de ligação entre as diversas matérias tratadas e que está caracterizado pelo fato de, uma forma ou de outra, todos os pensamentos antes analisados sinalizam no sentido de um progressivo aumento de poderes que são outorgados para o juiz desempenhar sua atividade nos casos concretos. Esta tendência encontra justificção no fato de ser nítido que não adianta exigir do juiz uma postura interessada no atendimento dos escopos do processo se não lhe for dado o instrumental legal e os demais meios necessários para o bom desempenho dessa função.¹³⁵

Desse modo a figura do juiz ativo contribui para a efetividade na prestação jurisdicional, mas esta vai além da necessidade de um magistrado atuante. Como pressupostos à efetividade do processo estão o acesso à justiça e o respeito às garantias constitucionais e processuais, no desenvolvimento do processo.¹³⁶

Contudo, o magistrado que age de forma atuante no processo contribui para que se

¹³⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.53.

¹³⁶ BEDAQUE., op. cit., p. 49.

cheque à efetividade desejada. Neste sentido e complementando, aduzem Cintra, Dinamarco e Grinover:

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade de jurisdição), depois (b) garante-se todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir do juiz a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.¹³⁷

Os referidos autores dizem que para haver efetividade no processo é preciso manter-se alinhado aos escopos da jurisdição, bem como “superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final”.¹³⁸

Tais “óbices” são quatro pontos, quais sejam, a) admissão ao processo (ingresso em juízo); b) modo-de-ser do processo; c) justiça das decisões e d) efetividade das decisões.¹³⁹

A admissão no processo diz respeito à minimizar as dificuldades econômicas que as partes encontram para litigar ou se defenderem.¹⁴⁰

O modo-de-ser no processo trata do desenvolvimento deste, que deve ser feito com vistas ao devido processo legal e com a participação dos litigantes em diálogo com o juiz:

No desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (*contraditório*), que este seja adequadamente *participativo* na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador

¹³⁷ CINTRA, DINAMARCO. GRINOVER, op. cit., p. 40.

¹³⁸ Id., p. 40.

¹³⁹ Ibid., p. 40-41.

¹⁴⁰ Id., p. 40.

dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual.¹⁴¹

Quanto às decisões, entendem os autores, que o juiz, em sua atividade jurisdicional, deve buscar a justiça:

O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não se deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “*pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça*” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se.¹⁴²

No que tange à efetividade das decisões, defendem que “o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.¹⁴³

Maria Elizabeth de Castro Lopes, com relação à efetividade processual, cita Barbosa Moreira:

Explicação analítica da efetividade nos é dada por Barbosa Moreira, ao apresentar seu programa básico em prol da campanha da efetividade: “(...) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”¹⁴⁴

¹⁴¹ Ibid., p. 41.

¹⁴² Id., p. 41.

¹⁴³ Id., p. 41.

¹⁴⁴ LOPES., op. cit., p. 74.

Assim, parece evidente que a participação mais ativa do juiz no processo, conduz a sua efetividade. E, especialmente, com relação à iniciativa probatória do magistrado foi demonstrado quão importante e necessário se faz a presença do juiz ativo e em diálogo com os litigantes.

Disso decorre a percepção de que princípio dispositivo, que antes limitava ou impedia a iniciativa probatória do juiz, cedeu espaço para o princípio da livre investigação das provas. Assim entendem Cintra, Dinamarco e Grinover:

O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (art. 125, 130, 131, 330, 342 3 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial.¹⁴⁵

No mesmo sentido, afirma Teixeira:

O reconhecimento do caráter público do processo e a moderna concepção da garantia do contraditório conduzem à conclusão de que o juiz deve ser atuante, de modo que o princípio da livre investigação das provas deve ser aplicado a qualquer tipo de processo, não importando que os interesses envolvidos sejam disponíveis ou indisponíveis.¹⁴⁶

Ainda com relação ao tema, Luiz César de Medeiros, dá o seguinte enfoque:

Para que triunfe a verdade, para que se alcance a finalidade do interesse público do processo e não seja este uma aventura incerta cujo resultado dependa da habilidade das partes ou de seus advogados, é indispensável que, além da livre apreciação da prova, o juiz exerça suas faculdades inquisitivas. Disso decorre a flexibilização do princípio dispositivo. Significa dizer que além do poder de apreciar livremente a prova, o juiz deverá exercer seus poderes instrutórios por meio da determinação da prática dos atos que considere convenientes ao esclarecimento dos fatos deduzidos em juízo. Só assim, afirma Devis Echandia, se obterá a igualdade das partes no processo e a verdadeira democracia na justiça.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ibid., p. 72.

¹⁴⁶ TEIXEIRA; PINTO, op. cit., p. 76-77.

¹⁴⁷ MEDEIROS, Luiz César de. **O formalismo processual e a instrumentalidade**. 3.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.. p.137.

Desse modo, houve o abrandamento do princípio dispositivo para que o magistrado, munido de poderes instrutórios, fosse capaz de proporcionar uma decisão justa e uma prestação jurisdicional efetiva.

Assim, no uso de seu poderes o juiz pode, conforme aponta J.J. Calmon de Passos, determinar provas que entender necessárias, como exemplo, cita-se:

Assim é que, mesmo quando não requerido o depoimento pessoal, ele pode determinar o interrogatório das partes. Pode reinquirir e acarear testemunhas, chamar para depor testemunhas referidas, indeferir tudo que seja impertinente ou irrelevante, requisitar documentos públicos referidos pelas partes ou impor a exibição dos documentos particulares mencionados e não trazidos para os autos, determinar perícias ainda que esta prova não tenha sido requerida pelas partes etc.¹⁴⁸

O que se nota é que o juiz, com vistas a uma prestação jurisdicional efetiva, tem amplos poderes instrutórios. Os exemplos acima fornecidos por J. J. Camon de Passos são reproduzidos pela jurisprudência, como se verá a seguir.

4.7 A JURISPRUDÊNCIA E O JUIZ ATIVO NO PROCESSO

A fim de se demonstrar a aplicação do artigo 130 no CPC pelos magistrados, por meio de casos concretos, serão adiante destacadas ementas e partes de alguns

¹⁴⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In MEDINA, José Miguel Garcia, et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 221.

julgados que demonstram o posicionamento jurisprudencial acerca do tema deste trabalho.

Antes, porém, salientam-se os julgados trazidos por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o artigo 130 do CPC:

Conversão do julgamento em diligência.

Entendendo o juiz que os laudos apresentados pelo perito e assistentes técnicos estão a merecer complementação, pode converter o julgamento em diligência, ordenando a nova perícia no sentido de buscar-se o aperfeiçoamento da prova (RT 614/96) (...) **Iniciativa do tribunal.** A iniciativa das provas, principalmente a testemunhal, que cabe naturalmente às partes em litígio, não exclui a faculdade do juiz de segundo grau de determinar a sua realização para formar o seu convencimento e eliminar dúvidas (JM 100/113). (...) **Perícia.** **Determinação *ex officio*.** Pode o juiz, a qualquer tempo, sob prudente discricção, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado (JTJ 184/153). (...) **Testemunha arrolada a destempo.** A ampla iniciativa do juiz em matéria de prova, dada pelo CPC 130, permite que o magistrado determine a ouvida de testemunhas não arroladas pelas partes ou arroladas a destempo (RJTJSP 105/335). No mesmo sentido RJTJRS 11/199. (...) **Testemunha referida.** É facultado ao juiz inquirir testemunha referida em depoimento de outra legalmente suspeita para depor (JTARS 34/303). (...) **Verdade real.** No processo civil e no processo penal deve imperar o princípio da verdade real sobre a meramente formal, podendo o juiz, no uso do poder que lhe confere o CPC 130, determinar a ouvida de testemunhas arroladas a destempo (RJTJRS 111/199).¹⁴⁹

¹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339-340.

Tais julgados confirmam a idéia defendida neste trabalho. Há, no processo civil atual, um aumento nos poderes instrutórios do juiz e a jurisprudência vem se alinhando a esse fato.

4.7.1 Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte brasileira já deu tratamento ao tema, entendendo ser o melhor posicionamento aquele em que o magistrado deixa sua posição passiva e assume a direção do processo, conforme julgados que serão citados a seguir.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DESPACHO SANEADOR. REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicato. Inexistência. Agravo regimental não provido.¹⁵⁰

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 1538/MG. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Julgamento: 04/10/2001, publicado em DJ 08/02/2002, p 261. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=CPC%2D1973+mesmo+ART%2D00130&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em 22/10/2008.

No voto da decisão da qual trata a ementa acima, o eminente relator, Min. Maurício Correa, fez a seguinte observação:

Na orientação doutrinária que domina em nossos dias a teoria processual, cabe ao juiz a direção, e não apenas o papel de espectador do processo, no qual deve intervir de modo a colaborar a que se atinja a máxima eficácia. Corolário dessa postura é a atuação do citado artigo 130, com base no qual deve buscar o magistrado eliminar quaisquer dúvidas que obscureçam a formação pela de sua convicção, em qualquer momento que anteceda a prolação da sentença.¹⁵¹

Tais decisões são exemplos do diálogo que deve haver entre os sujeitos processuais e da necessidade de o juiz apresentar uma postura ativa no processo, a fim de se chegar ao melhor resultado para a demanda.

4.7.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao tema, também se posiciona favoravelmente a uma atitude mais ativa do magistrado no processo. É o que se demonstra pelos julgados trazidos neste trabalho, quais sejam:

PROCESSUAL CIVIL. PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. 1. Ante a dicção do artigo 130 do CPC, conclui-se pela viabilidade da determinação de ofício de feitura de prova pericial. 2. Quanto à alegação da desnecessidade da prova pericial incide o óbice da Súmula nº 7/STJ, pois a instância ordinária assentou a imprescindibilidade da sua realização, não sendo viável a conclusão em sentido contrário sem o reexame das provas. 3. Recurso especial improvido.¹⁵²

¹⁵¹ Id.

¹⁵² BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 208585 / SP – Recurso Especial 1999/0024286-6. Relator: Min. Castro Meira. Julgamento: 16/12/2004, publicada em: 18/04/2005, p.243. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(%27RESP%27.clap.+ou+%27RESP%27.clas.\)+e+@num=%27208585%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27208585%27.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(%27RESP%27.clap.+ou+%27RESP%27.clas.)+e+@num=%27208585%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27208585%27.suce.)). Acesso em: 22/10/2008.

Em outro julgado do citado Tribunal, também se percebe o entendimento de que o juiz pode determinar provas de ofício, com fundamento no artigo 130 do CPC, a fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, como se demonstra com um trecho da decisão:

10. Destarte, malferir o princípio da justa indenização quando a oferta encontra-se superior ao valor real do imóvel, cabendo ao juiz, de ofício, requerer a produção da prova pericial, no afã de prestar uma tutela jurisdicional mais justa e equânime, máxime quando visa a preservação daquele mandamento constitucional. Inteligência dos arts. 129, 130 e 131, da lei adjetiva civil. Precedente: (Resp. 780542/MT, DJ. 28.08.2006).¹⁵³

Também, no Superior Tribunal de Justiça, há casos em que se teve como melhor solução a conversão do julgamento em audiência:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência. - Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas. Recurso especial provido.¹⁵⁴

No caso acima, houve a decisão de se converter em julgamento o recurso especial para que se fizesse um novo exame de DNA e tornasse viável um julgamento correto.

¹⁵³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 867010 / BA - Recurso Especial 2006/0150439-3. Relator: Min, Luiz Fux. Julgamento em: 11/03/2008, publicado em: 03/04/2008. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=artigo+130+do+cpc+de+oficio&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 22/10/2008.

¹⁵⁴ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 397013 / MG - Recurso Especial 2001/0187498-9. Relator: Min, Nancy Andrighi. Julgamento em: 11/11/2003, publicado em: 09/12/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=converter+julgamento+em+diligencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18>>. Acesso em: 23/10/2008.

Outra decisão também teve como resultado converter o julgamento em diligência:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - FINSOCIAL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SENTENÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DISPENSA DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL - ACÓRDÃO JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO PELA FALTA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DOS RECOLHIMENTOS - VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC - OCORRÊNCIA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. Sustenta a recorrente que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, o v. acórdão recorrido foi omissivo em duas questões. Afirma que o Tribunal de origem não levou em conta que a sentença postergou para a fase de execução a apuração dos valores a repetir, dispensada a produção de prova pericial de natureza contábil requerida pelo contribuinte. E acresce que a contribuição estava sendo depositada em juízo mensalmente em ação cautelar preparatória, razão pela qual já estaria validamente comprovado o recolhimento do tributo. Não poderia a egrégia Corte a quo simplesmente desconsiderar essa peculiaridade no julgamento dos embargos de declaração, uma vez que a alegação do embargante poderia ensejar a modificação do julgado. **É cediço que, assim como o juiz, deve também o Tribunal, se entender necessário para formar o seu livre convencimento, converter o julgamento em diligência e determinar a produção de provas. Recurso especial provido para que a Corte de origem de pronuncie acerca da matéria ventilada pelo recorrente nos embargos de declaração.**¹⁵⁵ (grifo nosso)

Assim, passa-se ao tratamento do tema em julgados dos Tribunais Estaduais.

4.7.3 Tribunais Estaduais

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em apelação cível, por meio de sua 13ª Câmara Cível, já decidiu converter o julgamento em diligência porque o juiz *a quo*, ao produzir a prova de ofício, deixou de promover o diálogo entre os sujeitos processuais, garantia esta, imposta pelo princípio do contraditório. Como se vê:

¹⁵⁵ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 353943 / SP - Recurso Especial 2001/0076769-3. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 03/04/2003, publicado em: 30/06/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=converter+julgamento+em+diligencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=20>. Acesso em: 23/10/2008.

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento à apelação, para anular a sentença, prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do relator. EMENTA: Embargos à execução. Conversão do julgamento em diligência - Apuração de cobrança de juros capitalizados - Prova produzida de ofício pelo juiz - Falta de intimação das partes para participar da produção dessa prova - Ausência, outrossim, de audição dos litigantes acerca do resultado da prova - Supressão do diálogo processual sobre questão de fato determinante para solução do processo - Cerceamento de defesa configurado - Inteligência do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.º, inc. LV), do princípio do acesso à justiça (CF, art. 5.º, inc. XXXV) e do princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, inc. LIV). Apelação provida e recurso adesivo prejudicado. I - Em face do princípio da livre investigação das provas, ao juiz toca o poder de ordenar, de ofício, a produção da prova que reputar necessária para a formação de seu (livre e motivado) convencimento. I.I - Ao assim proceder, no entanto, toca-lhe o dever de garantir a participação dos litigantes na formação do provimento jurisdicional, oportunizando-lhes diálogo processual acerca da prova. I.II - A garantia do contraditório tem como elemento substancial o poder de influência que deve ser assegurado aos litigantes, mediante participação ativa no processo, inclusive com produção de provas e alegações pertinentes, visando a influenciar a decisão do magistrado. II - Não basta assegurar ao cidadão direito ao processo. O constitucional princípio do acesso à justiça (universalidade da jurisdição), muito mais do que pobre formulação do tipo "acesso ao Poder Judiciário", é acesso a uma ordem jurídica justa, a implicar, pelo ângulo probatório, na necessária garantia que o cidadão tem de efetiva e adequada participação no processo, com possibilidade de levar ao juiz todas as provas de que dispuser, relevantes e pertinentes, relativamente aos fatos controvertidos, para

ter um julgamento justo a respeito do desentendimento social, então judicializado, que teve com seu concidadão. III - Quando se tem um processo encerrado (= julgado) à custa de maltrato a garantias constitucionais do cidadão, como é o caso da inobservância do diálogo das partes a respeito de prova produzida de ofício, não se tem processo regular. Não se tem processo justo. Não se tem devido processo legal (due process of law), tido, sem objeção, como o princípio fundamental do processo civil, a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam.¹⁵⁶

No acórdão citado se evidencia a possibilidade de o juiz tomar a iniciativa da instrução probatória, contudo, como defendido neste trabalho, é necessário que o magistrado observe o princípio do contraditório, participando às partes todos os atos praticados pelo juízo. O desrespeito a essa norma levou à decisão de se converter o julgamento em diligência.

Em outro julgado, também o melhor entendimento foi pela conversão do julgamento em diligência a fim de produzir prova pericial. *In verbis*:

DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao primeiro recurso, e dar provimento ao segundo recurso, consoante o voto do Juiz relator.
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE ALUGUEL. JULGADA PROCEDENTE. APELAÇÃO 1: PRETENSÃO RECURSAL DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA, PARA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. ALTERNATIVAMENTE, PARA FIXAÇÃO

¹⁵⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0488878-2. Acórdão n.º 9772. Relator: Rabello Filho. Julgamento em: 13/08/2008. Publicação: DJ 7689. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=40&TotalAcos=271&Historico=1&AcordaoJuris=712488>. Acesso em: 23/08/2008.

DO ALUGUEL DE ACORDO COM O VALOR INDICADO POR AVALIAÇÕES DE IMOBILIÁRIAS - PROVA PERICIAL - PRECLUSÃO - POSSIBILIDADE DO JUÍZO DA CAUSA DISPENSAR A REALIZAÇÃO DE PROBATÓRIA, SE ENTENDER CABÍVEL O JULGAMENTO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAR O PROCESSO - PROVA PERICIAL POR DEMAIS COMPLEXA, PARA SE ACEITAR SIMPLES AVALIAÇÃO DE IMOBILIÁRIAS DA CIDADE - APELO DESPROVIDO. APELAÇÃO 2: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APLICAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 20, § 3º, DO CPC - VERBA A INCIDIR SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO - APELO PROVIDO. PRIMEIRA APELAÇÃO DESPROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO PROVIDA.¹⁵⁷

Também reconhecendo o poder instrutório do juiz, em outro julgado, a 7ª Câmara Cível assim se posicionou:

DECISÃO: ACORDAM em dar parcial provimento ao recurso, afastando a incidência de multa diária pela não apresentação dos documentos. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C. C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO LIMINAR. DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS EX OFFÍCIO. FACULDADE CONFERIDA AO JULGADOR PELO ART. 355 DO CPC. MAGISTRADO QUE, COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS, DEVE SOLICITAR AQUELAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO PROCESSO. ART. 130 DO CPC. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC. MULTA DIÁRIA. NÃO-CABIMENTO. INCIDÊNCIA SOMENTE DO DISPOSTO NO ARTIGO 359 DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1.Como disciplina o artigo 355 do CPC, é conferida ao juiz a faculdade de ordenar a parte que exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder, não se podendo olvidar que o magistrado é destinatário das provas, e tem o dever-poder de determinar as necessárias à instrução processual (art. 130 do CPC). 2."É sempre bom lembrar 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. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da 'verdade', e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo". (MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Manual de Processo de Conhecimento. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 286). 3.A consequência negativa da não-

¹⁵⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0484471. Acórdão n.º 02000772. Relator: Luiz Antônio Barry. Julgamento em: 13/08/2008. Publicação: DJ 7689. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=41&TotalAcos=271&Historico=1&AcordaoJuris=714215>. Acesso em: 23/10/2008.

exibição dos documentos como meio de prova é a prevista no artigo 359 do CPC, ou seja, a presunção de veracidade dos fatos que o agravado pretendia provar, afastando-se a multa diária.¹⁵⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da mesma forma, em alguns julgados, decidiu pela conversão em diligência:

AÇÃO ACIDENTARIA. PROVA TÉCNICA ESSENCIAL. QUESTÕES CONTROVERTIDAS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. Havendo pontos controversos no feito, e dependendo seu julgamento de prova técnica, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para que sejam eles aclarados por perito judicial.¹⁵⁹

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já decidiu nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CEEE. EMPRESA ELÉTRO-ELETRÔNICA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA NO APARELHO MEDIDOR DE CONSUMO. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. O julgador não pode ser submetido à tortura da dúvida; antes do direito, tem o dever de formar sua livre convicção para que não profira juízo hipotético ou de probabilidade, quando se quer e se impõe de certeza. Por isso pode a qualquer tempo **converter o julgamento em diligência**, mesmo que o feito já se encontre em grau de apelação, para que realizadas provas que entende indispensáveis para a apreciação equânime, justa e perfeita da questão que lhe é posta. Sentença desconstituída¹⁶⁰.

Dessa forma, pela jurisprudência que se apresenta, é possível afirmar que nos Tribunais, em qualquer que seja o grau de jurisdição, é possível a conversão em diligência, visando a certeza nas decisões e a efetividade na prestação jurisdicional.

Resta também demonstrado que, nos Tribunais, há o entendimento acerca da efetiva utilização dos poderes do juiz na iniciativa da atividade probatória, deixando

¹⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 0398901-7. Acórdão n.º 8677. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Julgamento em: 14/08/2007. Publicação: DJ 7450. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=6&TotalAcoraos=10&Historico=1&AcordaoJuris=600860>> Acesso em: 26/10/2008.

¹⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 8185125400. Acórdão n.º 10962. Relator: Amaral Vieira. Julgamento em: 14/10/2008. Publicação: 23/10/2008. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso: 23/10/2008.

¹⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70009943127. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgamento em: 07/12/2004. Publicação em: 07/12/2004. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 23/10/2008.

evidente que, nos dias atuais, o juiz não pode mais estar vinculado à vontade das partes, quando se trata de questões probatórias. Ao contrário, deve, o magistrado, manter um diálogo entre os sujeitos do processo, numa espécie de “colaboração processual”, pela qual, então, se chegará ou se aproximará da decisão ideal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fez-se, inicialmente, a distinção entre poder dispositivo e princípio dispositivo, para que se pudesse apresentar a delimitação deste trabalho. Entendeu-se necessária tal distinção, uma vez que há, na doutrina, certa confusão entre os dois temas.

O poder dispositivo trata do poder que as partes possuem de procurar o Judiciário, para que este inicie a atividade jurisdicional, dando-lhes uma decisão de mérito ao final. Bem como de, durante o processo, dele dispor como melhor lhes aprouver.

Já, o princípio dispositivo, refere-se, exclusivamente, à iniciativa da atividade probatória existente no processo, a qual, segundo esse princípio, pertence aos sujeitos parciais.

Outra diferenciação que se faz é entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Observa-se que um se opõe ao outro.

Como já comentado anteriormente, pelo princípio dispositivo a iniciativa probatória pertence às partes, entretanto, quando se fala do princípio inquisitivo, fala-se da iniciativa probatória como sendo responsabilidade exclusiva do juiz. Nem um nem outro se adota no ordenamento brasileiro, como se verá adiante.

O artigo 333 do Código de Processo Civil trata da questão do ônus da prova, o qual, a princípio, é de responsabilidade do autor da demanda, como relação aos fatos narrados da petição inicial, e do réu, quando este apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, em sua contestação.

No Código de Defesa do Consumidor, pelo inc. VIII, do artigo 6º, tem-se que, quando forem caracterizadas a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, o ônus da prova será invertido e este passará a ser do demandado.

Por isso, tem-se, pela doutrina tradicional, que o ônus da prova pertence às partes. Tal afirmativa, em um primeiro momento, leva à conclusão de o que se adota no Código de Processo Civil Brasileiro é o princípio dispositivo, contudo, essa conclusão não é verdadeira.

Há que se lembrar que o Código de Processo Civil estabelece, no artigo 130, que o juiz pode, de ofício, determinar a produção de provas. Assim, não se pode dizer que o princípio dispositivo é acolhido isoladamente no Código brasileiro.

Com relação ao artigo 333 do CPC, deve-se observar, contudo, que o fato de lá estar estabelecida a questão do ônus da prova, não implica, necessariamente, na adoção do princípio dispositivo, pois a regra para a aplicação deste é a de julgamento.

Isto é, o juiz só irá preocupar-se com quem produziu ou deixou de produzir as provas no momento da sentença, quando restarem dúvidas e já estiveram esgotados os meios para se chegar à verdade.

Altera-se, no entanto, essa regra, quando o processo versa sobre relações de consumo. Pelo CDC, a regra é a de procedimento. Isso se dá pela relevância do direito de consumidor, pois a defesa deste é protegida pela Constituição Federal.

Assim, para que possa equilibrar a relação existente entre consumidor e fornecedor, o juiz inverte o ônus da prova, passando o dever de prova ao demandado.

Essa inversão se dá até o saneamento do processo. Ela não é automática. Deve ser feita por decisão fundamentada, na qual o juiz apresenta o seu

convencimento acerca da existência da verossimilhança das alegações do autor, bem como da sua hipossuficiência, requisitos para se inverter o ônus da prova.

Contudo, salienta-se que no processo civil, seja nos processos em que o direito material diz respeito às relações de consumo, ou nos que versam acerca das demais regras civis, o juiz tem a possibilidade de atuar no processo, determinando provas a serem produzidas, uma vez que o se busca em qualquer demanda é a verdade e a justiça nas decisões.

Essa busca da verdade não foi sempre o objetivo do processo, uma vez que este só passou a ter finalidades a serem alcançadas a partir do momento em que se tornou público, isto é, a partir de sua publicização.

Desse instante o processo passou a ser preocupação do Estado e, por isso, passou a ter fins públicos. Esses objetivos são os chamados escopos do processo. São eles: escopo político, escopo social e escopo jurídico. Para o presente estudo os dois últimos se destacam, uma vez que implicam na pacificação social com justiça, e se traduzem da efetividade na prestação jurisdicional.

Observadas às finalidades da jurisdição, volta-se a atenção à questão da verdade e a possibilidade de conhecê-la no processo.

O ideal é que se busque e se chegue à verdade dos fatos, entretanto, entende-se haver dificuldades para tal, haja vista a existência de certas situações. Contudo, estas, dentro do possível, devem ser superadas pelo juiz.

Essas dificuldades dizem respeito, primeiramente, sobre as impressões do magistrado acerca do que se leva ao processo. O juiz não presenciou a ocorrência dos fatos, então, o que vai tirar das provas dos autos é a sua impressão pessoal.

Outro ponto bastante importante diz respeito às provas ilícitas, as quais, a princípio não podem adentrar no processo. No entanto, em certos casos o juiz pode

aceitá-las, mas sempre quando estas forem essenciais à resolução da demanda e o direito material em jogo tiver uma relevância maior que o direito material violado pela produção da prova. Assim, o magistrado, quando se trata de provas ilícitas, deve aplicar o princípio da proporcionalidade para permiti-las ou não.

A questão da preclusão é também dificuldade a ser superada. Deve-se ter em conta que a preclusão ocorre para a parte e não para o juízo. Então, mesmo havendo precluído o direito para a parte de produzir uma determinada prova, isto não terá ocorrido para o juiz que, se entender necessário, poderá produzi-la de ofício.

Alerta-se também para o errôneo e tradicional entendimento de que o juiz só pode produzir provas de ofício quando a demanda tratar de direitos indisponíveis. Ocorre que o processo possui uma finalidade pública e não importa qual seja a natureza do direito material em litígio, pois o que se busca é sempre a verdade e a decisão ideal.

Lembra-se ainda que a regra do artigo 130 do CPC não faz qualquer distinção do direito material em discussão. Desse modo, o juiz sempre deve buscar a efetividade da prestação jurisdicional, sendo irrelevante tratar-se de direito disponível ou direito indisponível.

Conclui-se que se chegar à verdade absoluta dos fatos no processo é algo com poucas probabilidades, mas que o magistrado deve procurar, ao máximo, dela se aproximar, pois, somente assim, poderá chegar à justiça nas decisões.

Dessa forma, tem-se como superada a dicotomia antes existente entre verdade formal e verdade material ou real, pois o que sempre se busca é a verdade dos fatos, a verdade real.

Para que se possa atingir a verdade real é preciso que o magistrado tenha poderes instrutórios, para que não fique, sua decisão, à margem daquilo que as partes desejam levar até ele.

Assim, percebe-se que o que se encontra vigendo, hoje, no processo civil é o princípio da livre investigação das provas pelo qual o magistrado tem seus poderes alargados e a possibilidade de interagir no processo, determinando a produção de provas, quando for necessário à elucidação dos fatos.

Por esse princípio o magistrado tem maiores possibilidades e probabilidade de chegar à decisão justa, pois pode também equilibrar a relação processual, com vistas ao princípio da igualdade, em seu sentido material.

O princípio da livre investigação das provas se traduz na “remodelagem” do princípio inquisitivo, pois no primeiro o juiz age com as partes, quando for necessário, e no segundo o poder de produzir as provas é também das partes, mas o magistrado não possui limites quanto à atividade probatória.

O juiz, agindo dentro de um sistema que adota o princípio da livre investigação das provas, deve buscar a verdade, mas deve ter cuidado para que não venha a ferir a garantia, que possuem as partes, de imparcialidade do julgador.

Para isso, faz-se imprescindível que o magistrado atue conforme determinam as garantias processuais, especialmente no que se refere ao princípio do contraditório. O juiz, ao estabelecer, de ofício, a produção de uma prova, deve comunicar às partes para que estas possam participar de sua produção.

Lembra-se que o contraditório, atualmente, trata-se de um trinômio que se traduz em diálogo entre os sujeitos processuais: informação – reação – diálogo.

Assim, agindo o juiz quando for necessário à elucidação dos fatos e observando as garantias processuais, manter-se-á imparcial.

O magistrado possui algumas limitações quando se trata da iniciativa probatória: deve ele sempre pautar pelo princípio da adstrição, produzindo provas apenas daquilo que se submeteu à apreciação do judiciário na inicial; observar a efetiva necessidade de se produzir a prova; e sempre motivar suas decisões.

Agindo o juiz com observância a esses limites e dentro do princípio do contraditório, manterá preservada sua imparcialidade.

Desse modo, conclui-se que o princípio dispositivo não mais possui, no processo civil brasileiro, a força de outrora. Pois hoje, observa-se a vigência do princípio da livre investigação das provas, tendo em vista o aumento do poder instrutório do magistrado, conforme o conteúdo do artigo 130 do CPC.

A possibilidade de iniciativa probatória do juiz coaduna-se às finalidades, com os escopos do processo. Assim, o ativo torna possível o acesso à justiça, auxiliando na superação das dificuldades para se chegar à prestação jurisdicional efetiva.

Entende-se, dessa forma, que o artigo 130 do CPC se trata de um poder-dever do juiz que, quando necessário, deverá produzir a prova de ofício para se livrar de dúvida existente e melhor decidir a lide.

O juiz atuante agirá em colaboração com os demais sujeitos processuais. Assim, pode-se dizer que artigo 130 do CPC é também uma ferramenta de auxílio às partes que podem, em casos que se justifiquem, solicitar que o magistrado, dentro de seu entendimento, utilize seus poderes instrutórios com relação à certa prova.

O que se tem, desse modo, é que o aumento dos poderes do juiz traz benefícios a todos que participam do processo, desde que, é claro, sejam utilizados na medida certa, quando necessário e se pautando pelo devido processo legal.

Demonstrou-se também que a jurisprudência tem seguido o entendimento proposto neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. **Efetividade do Processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 208585 / SP – Recurso Especial 1999/0024286-6. Relator: Min. Castro Meira. Julgamento: 16/12/2004, publicada em: 18/04/2005, p.243. Disponível em:
[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27RESP%27.clap.+ou+%27RESP%27.clas.\)+e+@num=%27208585%27\)+ou+\(%27RESP%27.adj+%27208585%27.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27RESP%27.clap.+ou+%27RESP%27.clas.)+e+@num=%27208585%27)+ou+(%27RESP%27.adj+%27208585%27.suce.)). Acesso em: 22/10/2008.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 353943 / SP - Recurso Especial 2001/0076769-3. Relator: Min, Nancy Andrighi. Julgamento em: 03/04/2003, publicado em: 30/06/2003. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=converter+julgamento+em+diligencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=20>. Acesso em: 23/10/2008.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 353943 / SP - Recurso Especial 2001/0076769-3. Relator: Min, Nancy Andrighi. Julgamento em: 03/04/2003, publicado em: 30/06/2003. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=converter+julgamento+em+diligencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=20>. Acesso em: 23/10/2008.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 397013 / MG - Recurso Especial 2001/0187498-9. Relator: Min, Nancy Andrighi. Julgamento em: 11/11/2003, publicado em: 09/12/2003. Disponível em:
<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=converter+julgamento+em+diligencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18>>. Acesso em: 23/10/2008.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 867010 / BA - Recurso Especial 2006/0150439-3. Relator: Min, Luiz Fux. Julgamento em: 11/03/2008, publicado em: 03/04/2008. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=artigo+130+do+cpc+de+oficio&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 22/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 1538/MG. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Julgamento: 04/10/2001, publicado em DJ 08/02/2002, p 261. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=CPC%2D1973+mesmo+ART%2D00130&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em 22/10/2008.

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRINOVER ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI; Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MEDEIROS, Luiz César de. **O formalismo processual e a instrumentalidade**. 3.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia, et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0484471. Acórdão n.º 02000772. Relator: Luiz Antônio Bary. Julgamento em: 13/08/2008. Publicação: DJ 7689. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=41&TotalAcordaos=271&Historico=1&AcordaoJuris=714215>. Acesso em: 23/10/2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0488878-2. Acórdão n.º 9772. Relator: Rabello Filho. Julgamento em: 13/08/2008. Publicação: DJ 7689. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=40&TotalAcordaos=271&Historico=1&AcordaoJuris=712488>. Acesso em: 23/08/2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 0398901-7. Acórdão n.º 8677. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Julgamento em: 14/08/2007. Publicação: DJ 7450. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=6&TotalAcordaos=10&Historico=1&AcordaoJuris=600860>. Acesso em: 26/10/2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 127, ano 30, set. de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70009943127. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgamento em: 07/12/2004. Publicação em: 07/12/2004. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 23/10/2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 8185125400. Acórdão n.º 10962. Relator: Amaral Vieira. Julgamento em: 14/10/2008. Publicação: 23/10/2008. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso: 23/10/2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil - 2: princípios do processo civil**. São Paulo: LTr, 1999.

VADE MECUM. Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, como as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.º 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.º 1 a 6/64. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.