

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

RUTINALDO DA SILVA BASTOS

Mestrando em Direito e Especialista em Direito Processual Civil

RESUMO

Hodiernamente, o juiz não pode ser um mero espectador do debate das partes no processo, mas alguém comprometido com a efetiva busca da verdade a ser obtida por meio da prova judicial. O art. 130 do Código de Processo Civil não restringe a atividade probatória do juiz, que deve utilizar a permissão legal em consonância com o princípio da igualdade. Em se admitindo a prova como útil, o juiz deverá ordená-la, mesmo que não tenha sido requerida por nenhuma das partes. Ao ordenar a prova, o juiz não sabe a quem ela beneficiará motivo pelo qual não é possível afirmar que a atividade probatória juiz seria contrária ao dever de imparcialidade.

INTRODUÇÃO

Passados alguns anos da chamada “Reforma do Judiciário”, continua atual e necessária a reflexão sobre o papel da magistratura na consolidação e no permanente fortalecimento dos ideais democráticos através da aplicação da Constituição e da lei aos conflitos de interesse.

Como toda invenção humana, a Justiça é falível. Decidir exige não só coragem para eventualmente errar, mas também espírito aberto e olhar sereno para os ensinamentos da vida. O juiz, no seu solitário fazer, é parte autônoma de um engenhoso sistema cujo alicerce é a própria razão, a inteligência lúcida desse homem chamado a decidir.

Por esse ponto de vista, é necessário que a magistratura esteja sempre fortalecida, pois quanto maior for a crença do povo na seriedade e justiça do Poder Judiciário, maior será a força de suas deliberações.

Hoje, felizmente, muito se tem discutido sobre o Poder Judiciário no Brasil, sobre o seu papel institucional e, mais que tudo, sobre a figura política do juiz como administrador da justiça a ser declarada pelo Estado.

Na visão de que a justiça é o grande benefício que o juiz traz à sociedade, deve o magistrado ser alguém efetivamente envolvido com o processo, buscando sempre a melhor solução para os casos submetidos à sua apreciação e, mais que isso, alguém não indiferente à realidade social em que acontece o fato sobre o qual terá de dizer o direito.

O presente estudo visa, ainda que modesta e despretensiosamente, a fornecer elementos para a análise crítica acerca do exercício dos poderes instrutórios do juiz não só à luz dos princípios informadores do Direito Processual Civil, mas também levando em consideração a existência do processo como instrumento de realização concreta do direito e de consecução da justiça.

Aqui, não vamos estabelecer verdades nem tampouco firmar regras sobre um tema que, em si, pouco tem de conteúdo, mas que na prática revela questões complexas, demandando considerável esforço de especulação.

É imperioso reconhecer que modernamente o juiz vem ganhando uma posição de maior atividade no processo civil, abandonando sua antiga postura de mero espectador do embate dialético das partes, se ocupando do processo como interessado não no benefício individual que a decisão vai trazer, mas sim naquilo que de social e político ela vai realizar: a paz e a manutenção da ordem jurídica.

I. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

I.1. Notícia histórica da magistratura

A figura social e jurídica do juiz é algo que sempre despertou grande interesse social e político, notadamente porque a função que o magistrado exerce é fundamental à estabilidade da ordem e da paz.

O termo “juiz” é derivado do latim *judex* – juiz, árbitro – e de *judicare* – julgar, administrar a justiça –, foi concebido historicamente para significar que o juiz seria o pai, o chefe do clã, o sacerdote, o rei, que, por não ter condições de absorver as demandas individuais de seu povo, precisava conceber outra forma de solução de conflitos que não implicasse na sua única e absoluta razão direta.¹

A primeira ideia da função da magistratura é a de direção da vida social, de modo que o juiz sempre foi alguém de grande prestígio justamente porque tinha, teve e tem a relevante função de decidir sobre a vida e os bens das pessoas afetas à sua jurisdição.

O *imperium* e a *jurisdictio* foram, com o passar dos anos e com os séculos, transferidos das mãos do rei para a dos prepostos, que se transformaram em *consules*, nome histórico dado ao magistrado na república romana. Mais tarde, já com a queda do *consulado*, foi possível à *plebe* constituir seus magistrados junto aos *consules*, quando surgiu o chamado *praetor*, um terceiro *consul*. Com o passar do tempo, o *praetor* surgiu como o centro, de direito e de fato, da *jurisdictio*, durante largo período. Junto ao *praetor* funcionava, também, com limitada jurisdição, os *edis*, os *censores* e os *quaestores*. Somente mais tarde foi se delineando a figura do *judex* romano que se tornou, então, o magistrado de fato e de direito.²

¹ Luiz Lima Langaro, *Curso de deontologia jurídica*, p. 74.

² *Ibidem*, mesma página.

Na república romana, cada *judex* tinha, em seu redor, um conselho próprio de cidadãos “expertos” em direito, denominados *assessores*, porque, efetivamente, esses auxiliares *sentavam-se* em torno do magistrado, iniciando o *consilium*, escolhido pelo *judex*. O *consilium* prestava assistência ao supremo magistrado, que era o *imperator*, do tempo do Império, e que tomou o nome de *consistorium* ou *auditorium*. Todavia, o lugar onde era administrada a justiça denominava-se *comitium*, e o lugar em que os *judex* trabalhavam era conhecido como *auditoria*. Em tais lugares o magistrado, quando fazia justiça, ficava sentado em um plano superior, mais elevado, o qual passou a ser conhecido como *tribunal*.³

As origens do poder judicial se confundem com as do próprio direito. Houve cronologicamente a divisão de *funções* e só mais tarde a divisão de *poderes*. Quanto à primeira, os tratadistas referem a conhecida batalha travada pelo magistrado Sir Edmond Cokes, em 1608, na limitação do Poder Real da Monarquia Inglesa, relativamente às questões judiciais. Dizia o rei Jacob I: “A lei está fundada na razão e eu a tenho tanto quanto os juízes”; ao que o magistrado respondia: “Deus deu a Sua Majestade grande ciência e grandes dons naturais, mas não a ciência das Leis do Reino. As causas que concernem à vida e à fortuna dos súditos não podem decidir-se pela razão natural, e o juízo da lei, que é uma arte, exige largos estudos e vasta experiência”.⁴

Aliás, já na filosofia grega, o juiz não tinha uma dimensão apenas humana. Aristóteles, só para oferecer um exemplo, escreve a seu filho que “ir ao juiz é ir à Justiça, porque o juiz representa a justiça viva e personificada. Dá-se ao juiz o nome de *mediador*... pois o juiz ocupa o *meio* entre as partes. *O juiz iguala as partes*”.⁵

No Brasil, a magistratura teve um desenvolvimento interessante. Primeiro, antes da chegada dos portugueses, eram os chefes das tribos quem resolviam os

³ Luiz Lima Langaro, op. cit., p. 75.

⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁵ *Ética a Nicômaco apud ibidem*, mesma página, destaques no original.

dissídios entre os indígenas. Depois, com a chegada dos portugueses e sua fixação na então colônia, surgiu a figura dos “ouvidores”, magistrados com funções semelhantes às dos atuais juízes.

Em outro momento, no Brasil imperial, foram criados por D. João VI os cargos de “Desembargador do Paço”, que eram ocupados por homens que possuíam a função do desembaraço de questões apresentadas ao rei para despachos, sendo certo que suas decisões tinham força obrigatória, porque juridicamente eram tidas como emanadas do próprio monarca.⁶

Finalmente, em 1824, com o advento da Constituição do Império, estabeleceu-se a independência do Poder Judiciário, atribuindo aos juízes a prerrogativa da vitaliciedade, mas ainda não a inamovibilidade. “Ainda nesse período, foram criadas duas faculdades de Direito, a de Recife e a de São Paulo (Lei de 11 de agosto de 1827), propiciando a formação de bacharéis em Direito e a escolha de brasileiros mais capacitados para assumir os cargos de magistrado, antes preenchidos por nomeação política e por aqueles poucos privilegiados que tivessem cursado as faculdades de Direito de Portugal”.⁷

⁶ Helena Maria de Azevedo Coutinho, *O juiz agente político*, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 31-33.

I.2. O juiz agente político

Na estrutura social, a magistratura tem o relevante papel de servir de instrumento efetivo à manutenção da ordem, da paz, possibilitando a existência do próprio estado como instituição política do homem em sociedade.

Já pela história da magistratura é de perceber que a ideia de estado democrático está diretamente relacionada à atribuição de poder e independência ao juiz, cuja função, mesmo em civilizações menos ou não-democráticas, era sinônimo de ordem, de respeito e, fundamentalmente, de justiça, na sua acepção mais elevada.

Modernamente, a figura do juiz não está, como na origem, ligada à ideia de justiça como ação do divino, e sim como agente de um poder político que pode, assim, decidir também de forma política, visando à manutenção da sociedade como invenção humana possibilitadora da simbiose social que mantém.

É antigo, entretanto, o questionamento, principalmente dos juspositivistas, sobre a legitimidade da atuação jurisdicional fundada em tais alicerces, vale dizer, das decisões judiciais politizadas. Amparam-se eles em velhos argumentos que podem ser resumidos no brocardo “o juiz é escravo da lei”. Como consequência desse entendimento, a decisão judicial politizada seria ilegítima porque, hipoteticamente, quebraria a harmonia entre os poderes, intrometendo-se o magistrado em funções do legislador.

A doutrina moderna, porém, vem aos poucos derrubando antigos conceitos ao defender, explicitamente e com sólidos argumentos, ponto de vista divergente no sentido de que o juiz é um agente político, devendo ser entendido não como “servo da lei”, mas como criador do direito a partir da lei e, por isso mesmo, servindo de mecanismo efetivo no processo de evolução social e política da sociedade que o legitimou a tal.

O juiz encontra a legitimidade da sua atuação funcional à medida que consegue, utilizando-se dos instrumentos do direito, transformar sua autoridade formal em autoridade prática, dentro da diversidade social das partes em litígio, e conciliando os valores descritos na Constituição e nas leis para resolver situações de conflito, instaurando o consenso onde há diferenças.

A independência do Poder Judiciário e o próprio poder do juiz repousam na autoridade funcional que tem o magistrado de fazer valer seus atos e decisões, porquanto a essência do poder jurisdicional se traduz na força de suas decisões, racionalmente tomadas e formalmente publicizadas, realizando uma justiça concreta, ainda que de conteúdo político-social. O exercício racionalizado do poder jurisdicional se expressa na fundamentação ou motivação das sentenças judiciais, transformando a decisão judicial em ato estatal e, portanto, político, controlável pelos órgãos e tribunais superiores, por meio de sistemas de recursos e pela sociedade.⁸

Em poucas palavras, a legalidade da imposição normativa depende da autoridade do agente que torna eficaz o comando descrito na lei. A ideia de legitimidade implica em valoração social, apoio e consenso em relação ao titular do poder e do modo como este desempenha sua relevante função política.

Relativamente ao juiz agente político, depende sua legitimidade da razão com que fundamenta suas decisões, valorando o direito de acordo com os anseios sociais, interpretando-o finalisticamente, de modo a tornar sua decisão um comando eficaz, sustentado por valores aceitos em uma dada comunidade. Por essa razão, sua sentença é obedecida pacificamente, sem o emprego de violência desintegradora dos sistemas jurídico-políticos.⁹

O poder dos juízes como agentes políticos deriva do poder criador do próprio Estado em que atuam. No que se refere ao poder jurídico, é fato que não consegue exercer-se dentro do Estado enquanto pura e exclusivamente força

⁸Helena Maria de Azevedo Coutinho, *op. cit.*, p. 122-3.

⁹*Ibidem*, p. 123.

bruta; ele há dizer sempre porque veio, tornando-se nesse discurso, necessariamente, um poder jurídico. O poder, por conseguinte, nunca deixa de ser substancialmente político para ser pura e simplesmente jurídico, porquanto este é decorrente daquele.¹⁰

Pelo que se viu, é certo que o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público que tem uma parcela de poder discricionário,¹¹ bem como de coação – e tudo apenas para que certos objetos sociais possam ser atingidos. Daí vem sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, embora, no exercício da judicatura, “o juiz é o homem a quem é acometida a sobre-humana função de julgar, que é a função mais alta, mas o juiz ao julgar está, sempre, só, totalmente só, angustiadamente só”,¹² sendo que sua decisão terá necessariamente repercussão política, ainda que só na esfera das pessoas envolvidas no litígio sobre o qual decide.

I.3. O processo judicial e a verdade

Para analisar o papel do processo como instrumento pelo qual se manifesta a Justiça, é necessário ter em mente que ele não se converte em fim em si mesmo, funcionando, primeiro de tudo, como possibilitador do reconhecimento ou restabelecimento do direito e jamais como mecanismo para atribuir direito a quem não o tenha.

A todo aquele que acudir a preocupação com o tema da prova no processo virá à mente a questão da função da prova e, intuitivamente, a ideia de que pela

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos Bastos, *Curso de teoria do estado e ciência política*, p. 93.

¹¹ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 239-263: sustenta, em resumo, que não existe discricionariedade judicial.

¹² Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, p. 89-90.

prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação.

A prova de que se ocupa este estudo é aquela produzida perante o juiz, haja vista que “prova e prova judicial não são a mesma coisa”.¹³

Não é por outra razão que hoje a verdade substancial é tão escrita no processo civil. No dizer de Mittermaier, “a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele”.¹⁴ Essa visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do ser, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar muitos processualistas modernos. Esses ainda se preocupam em saber se o fato constituído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado.

De qualquer forma, a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Por meio do processo (especialmente aquele de conhecimento), o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a esses fatos a norma apropriada. O chamado “juízo de subsunção” representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e, a ele, dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico.

Todavia, saindo da esfera do abstrato e adentrando no mundo sensorial prático, é possível chegar à efetiva verdade (substancial) dentro de um processo judicial? – Antes de concluir pelo sim ou pelo não, é preciso compreender o que é verdade e se ela estaria no objeto ou no sujeito, se seria apenas argumento retórico ou seria fruto de dialética aplicada à realidade.

A verdade sempre foi fato de legitimação para o direito processual. Ora sob suposição de que as decisões judiciais nada mais são do que aplicação

¹³ Carlos Fonseca Monnerat, *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro*, p. 65.

¹⁴ Apud Luiz Guilherme Marinoni, *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento arts. 332 a 341*, p. 48.

objetiva do direito positivo – em tese, derivado da vontade popular, já que emanado de representantes do povo – a fatos pretéritos rigorosamente reconstituídos, conclui-se que a atividade jurisdicional atende aos anseios populares, já que não haveria, sob essa perspectiva, nenhuma influência da vontade do juiz ou de outra força externa qualquer.

Na prática, contudo, não é bem o que ocorre.

A prova é, em si, dentro do processo, o elemento que leva ao juiz o convencimento a respeito da verdade ou da falsidade de uma afirmação. Assim, é possível questionar se objeto da prova é o fato ou a afirmação que se faz sobre ele.

Não podemos negar, porém, que a raiz de toda a relevância da doutrina processual sobre a verdade substancial está na função primordial do processo, qual seja, a de *conhecer*; essa é matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional, sem o que seríamos forçados a reconhecer que a sentença poderia estabelecer uma mentira como verdade e, por conseguinte, atribuir direito àquele que não o tivesse.

Durante algum tempo, a doutrina processual tentou distinguir as formas pelas quais os processos civil e penal lidavam com o tema da verdade. Sustentava-se que o processo penal laborava com a verdade substancial, ao passo que o processo civil satisfazia-se com a verdade formal. A distinção vem bem posta pelo mestre Arruda Alvim, que leciona que a “verdade formal, ao contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”.¹⁵

O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com “ficção” da verdade. Obedecidas às regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como

¹⁵ *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, *op. cit.*, p. 55.

completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame.

Com efeito, as diversas regras existentes no Código de Processo Civil tendentes a disciplinar formalidades para a colheita das provas, as inúmeras presunções concebidas *a priori* pelo legislador e o sempre presente temor de que o objeto reconstruído no processo não se identifique plenamente com os acontecimentos verificados *in concreto*, induzem a doutrina a buscar satisfazer-se com outra “categoria de verdade”, menos exigente que a verdade substancial.¹⁶

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu importância. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses, objeto da relação jurídica processual penal, não têm particularidade nenhuma que autorize a conclusão de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos, tratamento diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com liberdade do indivíduo, não se pode esquecer de que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, razão pela qual não tem propósito a distinção quanto à profundidade com que se realizará a cognição no processo civil e no processo penal.

Deveras a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe

¹⁶ A esse respeito, o vigoroso comentário DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Teoria geral do processo*, p. 61: “No campo do processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341, etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”. E prosseguem os autores, lecionando que “no processo penal, porém, o fenômeno é o inverso: só excepcionalmente o juiz penal se curva à verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPC, art. 386, VI)”.

um toque pessoal ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter acontecido de outra forma...

Sempre quando falamos em “verdade” poderemos ter sobre um mesmo fato duas ou mais versões que podem, perfeitamente, se configurar em verdade efetiva para aqueles que declaram, embora as versões possam ser totalmente conflitantes. A propósito, Voltaire, dando como exemplo a prova testemunhal, afirma que “aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, a qual não é igual à certeza”.¹⁷

Demais, pelo que exposto, fácil é concluir que a verdade integral resta sempre latente, demonstrando a relativa fragilidade da função judicial de reconstituir a verdade no processo. A decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas ela apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados podem não necessariamente corresponder à verdade em essência).

I.4. O princípio dispositivo e o juiz processualmente ativo

Tradicionalmente, por princípio dispositivo entende-se aquele que ordena ao juiz, na instrução da causa, esperar a iniciativa das partes quanto às provas que utilizará – ou não – na fundamentação da sentença.

Hoje, o entendimento acerca do conceito do princípio em questão está recebendo nova interpretação, não só porque o processo, ainda que tenha por objeto direito patrimonial disponível, assumiu explícito caráter publicista, mas também porque a figura política do juiz não se presta hodiernamente à mera figuração, servindo à eventual distribuição de injustiça.

¹⁷ Apud Luiz Guilherme Marinoni, *op. cit.*, p. 65.

Reconhecida a autonomia do direito processual e consolidada a sua natureza de direito público, a função jurisdicional ordinária torna-se um dever estatal, na qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado. Assim, já a partir do fim do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do andamento processual, mas também o poder de determinar a realização de provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam de alegação das partes.

Como ponderou Otacílio José Barreiros, em artigo publicado em sítio na internet, “o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”. E prossegue o ilustre magistrado: “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”.¹⁸

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque salienta, com apoio em Cappelletti:

Dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.¹⁹

A posição de Moacyr Amaral Santos é tradicional no direito, no sentido de que, na atividade probatória, exerce o juiz função supletiva ou complementar. Para o referido autor, embora a regra do artigo 130²⁰ do Código de Processo Civil

¹⁸ *O papel do juiz no processo civil moderno*, JusNavegandi, 2005.

¹⁹ João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 72-73.

²⁰ CPC, 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”.

não conter limitação, ao julgador só é possível a iniciativa probatória quando houver “necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não seria possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença”.²¹

Hoje, no entanto, a nova feição dada ao princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbe privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos. Contudo, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório o juiz não está adstrito às provas requeridas pelos litigantes para formar adequadamente a sua convicção, podendo proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos, dirigindo materialmente o processo ao seu fim que é a solução do conflito com justiça, independentemente da lide versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis.

I.5. Conflito aparente entre os artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, mais precisamente o já transcrito artigo 130, mitigando o princípio dispositivo por ele contemplado, consolidou os poderes instrutórios do juiz na direção do processo.

Evidentemente que às partes incumbe o ônus de provar os fatos que se lhe aproveite. Todavia, essa regra se presta ao julgamento e não à instrução probatória.

Em confronto com a dicção do artigo 333 do Código de Processo Civil, aponta João Batista Leal que o artigo 130 do mesmo código, em regra, só deve ser invocado quando o juiz estiver em dúvida diante do conjunto probatório. Sustenta, ainda, que se as partes, por exemplo, “se revelarem omissas na

²¹ *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, p. 350.

produção da prova testemunhal ou documental, não poderá o juiz ordenar que elas supram a omissão. Por outras palavras, não cabe ao juiz determinar que as partes arroleem testemunhas ou juntem documentos. (...) Do mesmo modo, é inadmissível que o juiz determine de ofício depoimento pessoal com a cominação da pena confissão, porque essa prova deve ser requerida pelo adversário da parte depoente”.²²

Ao revés, Otacílio José Barreiros, discordando expressamente de João Batista Lopes, pondera:

Dependendo do caso concreto, sustentamos, com base no caráter publicista do processo, que quando nenhuma prova foi realizada, em se deparando o juiz com a probabilidade de estar chancelando flagrante injustiça, nada impede, aliás, tudo recomenda, a utilização do permissivo do artigo 130, convertendo, se for o caso, o julgamento em diligência, para determinar as providências capazes de esclarecer ponto relevante para o julgamento justo, sem se importar qual das partes se beneficiará com a nova prova, podendo ser até mesmo a que não se desincumbiu do ônus probatório. De qualquer modo, numa ou noutra situação, alguém poderá se beneficiar: ou o réu sem razão, com o decreto de improcedência, pela carência probatória, ou o autor pela procedência da ação com o encontro da verdade real. Induvidosamente, a derradeira alternativa é a que efetivamente atende os escopos da jurisdição.²³

Pensamos, contudo, que o exagero deve ser repellido. Evidente que o juiz não pode funcionar como advogado da parte, mas sim diretor material do processo, devendo zelar pela igualdade de tratamento entre os litigantes, sem privilegiar a indiferença, abulia ou negligência de quem reclame direito e não faça nada pela defesa dele.

Contudo, mesmo não havendo conflito entre as regras de distribuição do ônus probatório e dos poderes instrutórios do juiz, ao magistrado que assumir posição de inquisitorialidade com o fito de provar direito ou inexistência de direito

²² *Poderes instrutórios do juiz*, p. 75.

²³ Apud João Batista Lopes, *ob. cit.*, p. 7.

a cujo respeito o interessado não labora, pode gerar situação de parcialidade, muito embora a imparcialidade esteja na apreciação do conjunto probatório e não propriamente na produção da prova, que deve observar o contraditório.

Entanto, quando emergir em um julgamento dúvida e se mostrar possível o esclarecimento de fatos, seja disponível ou indisponível o direito disputado, tem o juiz o poder-dever de tentar esclarecê-lo.

Destarte, não se antevê qualquer conflito entre os dispositivos legais sob análise. O artigo 130 do Código de Processo Civil, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, não tem o seu alcance limitado pelo ônus da prova, mesmo porque, com leciona Bedaque – em já citada afirmação –, diversos são os momentos da incidência dos referidos dispositivos legais: o primeiro, voltado para a instrução contraditória; o segundo, para a fase decisória.

I.5.1. Da imparcialidade do juiz e da igualdade das partes

Preliminarmente, cumpre destacar que o poder atribuído ao juiz pelo Código de Processo Civil não se trata de poder discricionário, e sim de prerrogativa indispensável ao exercício da função judicante, considerando que a ele, juiz, incumbe a política de administração da justiça.

Sobre discricionariedade judicial, aliás, o importante magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier, qual seja:

Na esfera judicial, a norma que contém o *conceito vago* e que enseja ao intérprete (no caso, ao juiz) exercício de atividade mental, diferente daquela do mero esquema subsuntivo, é marcadamente tendente a dar origem a *uma* solução, pois foi mesmo concebida com o fito de gerar um só resultado, à luz dos mesmos fatos e sob a mesma circunstância histórico-espacial-temporal.

Nem poderia ser diferente, pois a função do Poder Judiciário é a de *dizer a lei, dizer o direito*, e o direito não pode ser dito de diversas formas diferentes.²⁴

Portanto, quando o juiz determina de ofício a realização de uma prova não requerida pelas partes, não está exercendo poder discricionário e sim usando de um poder-dever que a lei outorga a ele, como agente político que é, a fim de que tenha condições de realizar o bem desejado pela sociedade a ser conseguido pelo processo: a justiça.

Todavia, ao entender pela produção de uma prova nas circunstâncias citadas, o juiz não deve perder de vista a necessidade de garantir de modo efetivo o contraditório, sem o que a prova estará, só por isso, eivada de flagrante ilegalidade.

A iniciativa probatória do juiz, de per si, não retira desse magistrado a sua imparcialidade, mormente porque, quando determina a prova, o juiz não sabe de antemão a quem ela beneficiará. De outra parte, é fato que os elementos probatórios são do processo, destinados ao convencimento do juiz, razão pela qual é justamente na hora em que vai decidir é que o magistrado deve observar a imparcialidade, apreciando o conjunto dos autos sem preconceitos ou dando prevalência àquela prova produzida a mando dele, em prejuízo de outras.

Com essa postura ativa no processo é que o juiz pode conseguir a efetiva igualdade entre as partes, pois, como pondera Calamandrei, citado por Sérgio Luiz W. Mattos:

Não basta que diante do juiz se defrontem duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir os argumentos de ambas; é necessário também que essas duas partes se encontrem entre si em condições não de igualdade meramente jurídica (ou meramente teórica), mas de efetiva igualdade prática, isto é, igualdade técnica e ainda igualdade econômica.²⁵

²⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 387, destaques no original.

²⁵ *Prova cível*, p. 147.

Enfim, no tocante às iniciativas do juiz em tema de prova, delas os interessados deverão ser informados e delas poderão participar efetivamente. Os poderes instrutórios do juiz incorporam-se e coordenam o princípio do contraditório no sentido da mitigação da desigualdade entre as partes, pois, como sabemos desde os primeiros estudos jurídicos, a verdadeira igualdade consiste em desigualar os desiguais na exata medida em que se desigualam.

Portanto, vinculada ao princípio do contraditório, a iniciativa do juiz em matéria de prova pode contribuir para a obtenção da igualdade entre as partes no processo civil – não havendo excessos ou abusos, o que afetaria a isonomia, maculando a imparcialidade necessária ao julgamento.²⁶

²⁶ Neste sentido, Nelson Nery Jr; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil...*, p. 530, *in verbis*: “Igualdade das partes. O juiz deve exercer o poder instrutório que lhe é dado pelo CPC 130, de forma a garantir a igualdade de tratamento às partes”.

CONCLUSÃO

A nova feição do princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não um processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A atividade probatória, uma vez deflagrado o processo, não compete exclusivamente às partes, devendo o juiz, visando à justiça, não permanecer como mero expectador dos atos processuais.

A participação ativa do juiz na instrução da causa, sem excessos ou abusos, mas com moderação, não ofende a sua imparcialidade. Antes, a evidencia, pois o seu objetivo é atingir um juízo de verossimilhança mais próximo possível do real, atribuindo o direito objetivo da lide a quem efetivamente o merecer.

O artigo 130 do Código de Processo Civil, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, não tem seu alcance limitado pelo ônus da prova, previsto no artigo 333 do mesmo código, já que diversos são os momentos de incidência das regras: o primeiro, na fase instrutória; o segundo, na decisória.

Embora amplos, os poderes instrutórios do juiz, indispensáveis à entrega de tutela jurisdicional qualificada e exigência da ordem pública, não podem violar o direito de igualdade das partes, sendo vedado ao magistrado funcionar como inquisidor para o fim de suprir negligência de qualquer das partes.

A função judicante impõe ao juiz o poder-dever de descobrir a verdade, de modo que o limite da ação instrutória do magistrado está na utilidade daquilo que busca demonstrar: se a prova é útil, ainda que não requerida pelas partes, deverá o juiz ordenar a sua produção.

O processo, por sua publicização, ordena ao magistrado que busque não apenas substituir as partes na composição dos conflitos, mas fundamentalmente realize justiça, atribuindo direito a quem efetivamente o tiver.

Por fim, o comando atual na leitura da regra atinente à iniciativa probatória do juiz no processo civil se resume no dever de agir para obter algo útil ao esclarecimento da verdade.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código Processo Civil: do processo de conhecimento arts. 332 a 341*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

BARREIROS, Otacílio José. *O papel do juiz no processo civil moderno*. Jusnavegandi. 10/09/2005. Disponível in <http://jus.uol.com.br/index.html>. Capturado em 16/11/2005; 14h15min.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O juiz agente político*. Campinas: Copola Editora, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. ali. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LANGARO, Luiz Lima. *Curso de deontologia jurídica*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

MATTOS, Sérgio Luiz W. *Prova cível*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONNERAT, Carlos Fonseca. *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro*. Comunicar Editora: Santos, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentando e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

NIJORI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2006.