

# Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo\*

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida

## Sumário

1. Introdução. 2. Instrumentalidade do processo. 3. Tutela jurisdicional. 4. Princípios do processo civil. 4.1. Princípio dispositivo. 4.2. Princípio inquisitivo. 4.3. Princípio da imparcialidade. 5. Teoria geral das provas. 6. Poderes instrutórios do juiz. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A questão das iniciativas do juiz em face dos seus poderes instrutórios levou-nos a refletir sobre a sua “condição de terceiro que se interpõe entre as partes e que necessita primeiro conhecer das razões para então adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte” (WATANABE, 2000, p. 47), em oposição ao princípio que lhe impõe o dever de imparcialidade perante as partes litigantes, bem como uma postura de subordinação à iniciativa das partes quanto ao descobrimento da verdade.

Neste compasso, instigou-nos a abordagem da questão de se saber se o princípio do dispositivo, no processo civil, seria um princípio absoluto, de modo a limitar a atuação do juiz mesmo que, de antemão, fosse possível antever que os resultados do processo distanciar-se-iam dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material da sociedade a que se destina.

A partir dessa perspectiva, pretendeu-se traçar um liame dessa atividade do magistrado com a instrumentalidade do processo,

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida é advogado inscrito na OAB – DF, Analista Legislativo do Quadro de Pessoal Permanente do Senado Federal e exerce a função de Secretário-Geral da Mesa Adjunto.

\*Republicado por haver saído com incorreção.

identificada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo*, como a postura científica que desloca o enfoque do desenvolvimento e aprimoramento do processo dos seus aspectos técnico-dogmáticos para examiná-lo a partir do ponto de vista de seus resultados práticos, como autêntico meio de acesso à “ordem jurídica justa”.

A importância e relevância do tema relacionam-se à necessidade de melhor explorar a concepção publicística do processo, que favorece francamente a aplicação do método teleológico, integrando a ordem processual à ordem jurídica do país por meio da instrumentalidade e libertando-a, assim, das influências dos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX.

## 2. Instrumentalidade do processo

Quando se coloca em discussão a questão da instrumentalidade do processo, é inevitável iniciá-la com a inserção do tema no âmbito do que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco denominam “fases metodológicas fundamentais” do direito processual<sup>1</sup>, a fim de, a partir do exame histórico das fases sincretista e autonomista, chegar-se à noção do que atualmente representa o referido fenômeno.

Desse modo é que o direito processual, em seus primórdios e até meados do séc. XIX, não era considerado ciência autônoma, pois “não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo” e, por isso mesmo, “a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida”<sup>2</sup>. Tais são, em síntese, os motivos pelos quais esse período passou a ser conhecido como sincretista.

Em seguida, a partir das especulações dos alemães a propósito da natureza jurídica da ação e do próprio processo, sob o influxo racionalista do “século das luzes”, erigiram-se as grandes construções científicas do direito processual, permitindo-lhe firmar-se como ciência autônoma, razão pela qual aquele período pode ser identificado como o da fase *autonomista* do direito processual.

Essa postura obcecadamente autonomista, pode-se assim dizer, ganhou contornos nítidos com as investigações em torno do direito de ação, permitindo-se assinalar o seu caráter prevalentemente abstrato, plenamente desvinculado do direito material em apreciação. Durou essa fase por volta de um século, até que então se passou a criticar o enfoque excessivamente introspectivo do estudo do sistema processual, de suas categorias e de seus conceitos fundamentais. O processo estava-se tornando um fim em si mesmo, “como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”<sup>3</sup>.

A partir de uma postura eminentemente crítica a essa visão introspectiva do exame do direito processual é que nasce a terceira fase em que atualmente se situa o sistema processual, chamada *instrumentalista*, e que prioriza o enfoque da análise do processo para o seu aspecto externo, revelando uma nova perspectiva que se volta para os seus objetivos e resultados a perseguir, não somente no plano individual, mas, sobretudo, no coletivo e social. De que adianta, pois, dispor de instrumentos processuais do mais elevado apuro técnico se não consegue atingir resultados práticos capazes de contribuir para a almejada pacificação social, considerada escopo magno do Estado?

Com efeito, as preocupações hoje daqueles que se ocupam com a matéria são o esclarecimento do modo pelo qual a juris-

dição desempenha a sua função instrumental com vistas a atingir o objetivo de pacificação social, evitando e eliminando conflitos entre pessoas; alertar para o fator de que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento de realização do direito material; e assinalar, em especial no que concerne ao objeto do presente trabalho, que a atividade do magistrado decorrente do exercício dos seus poderes instrutórios é um meio eficaz destinado a possibilitar, mediante o proferimento de decisões mais justas, o desempenho do relevante papel do processo como “instrumento a serviço da paz social”<sup>4</sup>.

Cândido Dinamarco sintetiza de forma extraordinária a essência do método instrumentalista de exame do direito processual, quando assinala que há “uma série de mensagens, ligadas entre si pelo núcleo comum da instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais e políticos da nação (mediante as quais) propõe-se a desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcançada efetividade do processo” (1998, p. 12).

A fim de melhor explicitar o que chama de *terceiro momento metodológico* do direito processual, ainda o destacado processualista identifica um ponto comum de *madureza* no estudo do direito processual civil, independentemente das diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, caracterizado pelo “encontro de todos (os diversos sistemas) em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural, o ‘due process of law’ e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados” (1998, p. 20-21. Grifo nosso).

Assim é que o aumento da participação do juiz na instrução da causa tem-se revelado,

entre as novas manifestações relativas à postura instrumentalista que envolve a ciência processual, como um dos movimentos nucleares que sintetizam o aprimoramento do sistema processual na atualidade.

Nesse contexto é que se está desenvolvendo, no âmbito do Estado social contemporâneo, a idéia de um escopo meta-jurídico da jurisdição, evidenciado na *paz social* e que, para ser levado a efeito, há que contar com um papel atuante e participativo do juiz, consciente da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade, em oposição à repugnante postura do juiz espectador e conformado (1998, p. 155).

### 3. Tutela jurisdicional

A propósito do atual momento metodológico da ciência processual, o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional* constitui legítimo desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*.

Entretanto, é preciso destacar que houve períodos no curso do estudo do sistema processual em que “a afirmação da tutela de direitos como escopo do processo inseria-se, tanto quanto as antigas teorias sobre a natureza jurídica da ação, no quadro metodológico de um processo civil do autor” (DINAMARCO, 2000, p. 800), de feições eminentemente privatistas.

Atualmente, em decorrência dos progressos científicos e metodológicos do processo civil, a partir da segunda metade do século XIX, buscaram-se novos conceitos e novas explicações que levaram à superação desta visão do sistema processual como modo de exercício de direitos. Hoje ele é aceito como mecanismo do qual o Estado se vale para dirimir conflitos, muito embora a outorga da tutela a quem tenha direito a ela possa levar à ilusão de que o processo seja feito em prol do autor.

Considerando superada, hoje, a corrente subjetivista do objeto do processo, pois

resulta de uma análise privatista do fenômeno, José Roberto dos Santos Bedaque reforça a idéia de que uma das finalidades do processo “é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural”. Para chegar a essa conclusão, parte da premissa de que, “sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado. É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real”<sup>5</sup> (com vistas a atingir a paz e a harmonia social).

Opinando a respeito, Cândido Dinamarco parte da visão do sistema processual sob o seu *ângulo externo*, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos iniciados no século passado propiciaram:

“Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito” (2000, p. 798).

Em adição ao seu ponto de vista sobre a *tutela jurisdicional*, o mesmo autor expõe as seguintes observações:

“O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mes-

mo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da ‘efetividade da tutela jurisdicional’, coincidente com a da plenitude do ‘acesso à justiça’ e a do ‘processo civil de resultados’” (p. 798-799).

Ovídio Batista, mantendo semelhante ponto de vista, esclarece a respeito:

“A tutela jurisdicional, no direito moderno, ao contrário do que sucedia no direito romano clássico, não se limita à simples declaração de que o demandante tem razão e de que a situação de direito material de que o mesmo se dizia titular, na causa, era realmente existente e verdadeira: estendida também a todas as formas de execução (‘rectius’, realização) do direito judicialmente afirmado, existente o mesmo monopólio estatal, incumbirá ao juiz prolongar a tutela jurisdicional e, pronunciada a sentença de procedência, realizar, por meio de uma segunda atividade (ação), o direito que a sentença reconheceu existir em prol do autor. Aqui, neste segundo momento da função jurisdicional, o Estado solidariza-se com o titular do direito que ele próprio reconheceu ter razão, substituindo a originária atividade privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente. Esta segunda forma de atividade jurisdicional, que o Estado presta apenas no caso de ação ser procedente, corresponde ao auxílio estatal para a realização do direito material que ele próprio reconheceu como existente e merecedor de proteção jurisdicional”<sup>6</sup>.

Ao cabo deste capítulo, para sintetizar a conceituação da *tutela jurisdicional* tal como

é vista pela doutrina moderna, ante o panorama do processo civil de resultados, mais uma vez se faz necessário transcrever lapidar ensinamento de Cândido Dinamarco:

“Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é a ajuda, proteção. É ‘jurisdicional’ a proteção outorgada mediante o exercício da ‘jurisdição’, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. Sabido que o escopo magno do processo civil é a pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça, consistindo nisso a função estatal a que tradicionalmente se chama ‘jurisdição’, segue-se que compete aos órgãos jurisdicionais outorgar essa proteção àquele cuja proteção seja merecedora dela. O exercício consumado da jurisdição há de ter por resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito se elimine e cada um obtenha o que lhe é devido segundo o direito (bens ou situações jurídicas). Sem resultados assim o processo civil careceria de legitimidade” (2000, p. 807-808).

#### 4. Princípios do processo civil

Nesta passagem do presente estudo, em que se pretende abordar a pertinência do exame dos princípios de processo civil à questão da instrumentalidade do processo em face dos poderes instrutórios do juiz, faz-se mister esclarecer o âmbito restrito em que se propõe tratar a matéria, não se pretendendo aqui estender a análise a todos os princípios do processo civil, uma vez que extrapolaria os limites do que se propõe.

Tecidas tais considerações, passar-se-á ao exame daqueles princípios que, ante o

enfoque que se pretende dar à matéria, maior influência trazem ao tema dos poderes de que dispõe o juiz no processo.

##### 4.1. Princípio dispositivo

Segundo este princípio, o juiz depende da iniciativa das partes, na instrução da causa, quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão<sup>7</sup>.

A despeito de a doutrina clássica, mais arraigada a conceitos liberais, ter defendido o afastamento sistemático do juiz nas iniciativas que possam levar ao seu convencimento quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes, diante dos contornos publicistas que o processo vem adquirindo nos tempos modernos, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Nessa medida, “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 (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial”<sup>8</sup>.

Outros doutrinadores dão entendimento mais abrangente ao princípio em exame, tratando na sua definição também do princípio da demanda: “o princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito trazido a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando mediante solicitação do interessado”<sup>9</sup>.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque tece comentários referentes ao emprego, pela doutrina, da expressão *princípio dispositivo*, com o objetivo de

expressar coisas diversas, dificultando o estudo do problema em face da inexata precisão terminológica.

Segundo esclarece, a denominação *princípio dispositivo*, “deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’”. Conclui, o eminente processualista, no sentido de que “deve (o juiz) desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo”<sup>10</sup>.

Esse mesmo autor alude ao nexos entre a questão referente aos poderes instrutórios do juiz e o ‘princípio dispositivo’, esclarecendo que esse tem sido o entendimento da maioria da doutrina processual, “ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória”<sup>11</sup>.

A realidade é que hoje o princípio dispositivo encontra-se mitigado no processo civil, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício. Esse é o entendimento da doutrina moderna, sintetizado da seguinte maneira por Ovídio Batista: “No direito brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o ‘princípio dispositivo’ como regra fundamental, ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória, o que, aliás, (...) apenas demonstra que o ‘princípio dispositivo’, tal como a doutrina o descreve, jamais foi observado historicamente como uma norma absoluta”<sup>12</sup>.

Para finalizar, não se pode postergar o interessante ponto de vista de João Batista Lopes, ao qual nos associamos *in totum*, que enfoca a essência do princípio dispositivo

na vedação ao juiz de tomar em consideração fatos não alegados pelas partes, não lhe competindo, pois, investigá-los ou complementá-los, tendo em vista serem incumbências exclusivas das partes. Ao mesmo tempo, admite tal orientação comportar temperamentos, em se tratando de direitos indisponíveis e sobretudo nas causas envolvendo interesses de menores. Já no que respeita à prova dos fatos, entende competir ao juiz maior soma de poderes para que ele tome iniciativas nesse campo.

#### 4.2. Princípio inquisitivo

Compreende esse princípio a prerrogativa que se atribui ao juiz de desvincular-se das iniciativas das partes para a busca da verdade, satisfazendo as suas “curiosidades” por iniciativa própria.

Embora sua maior pertinência diga respeito ao processo penal, muitas de suas vertentes aplicam-se ao processo civil. Historicamente, se estende à iniciativa de instauração do processo pelo próprio juiz. É o que se conhece por processo inquisitivo, e que “se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz”, segundo observam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>13</sup>. Este último processualista salienta, contudo, em outra de suas obras, que “a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos ‘fins limitados’. (...) Nos sistemas político-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. É assim o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador” (1998, p. 287).

Por derradeiro, novamente Cândido Dinamarco destaca alguns temperamentos

necessários à aplicação do princípio inquisitivo no processo civil, em equilíbrio com o princípio dispositivo, cujo principal fundamento é a exigência de imparcialidade do juiz:

“O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça. É preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. Tal é, no sentido mais amplo possível (conquanto inevitavelmente vago), a fórmula da publicização do processo no tempo presente” (1998, p. 54).

#### *4.3. Princípio da imparcialidade*

Por princípio da imparcialidade tem-se a noção da necessária equidistância do juiz em relação às partes, como pressuposto, até, de validade da relação processual. É garantia de justiça para as partes, uma vez que o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, decorrendo daí o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

Assim é que “só a jurisdição subtraída de influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça”<sup>14</sup>.

Contudo, imparcialidade não significa indiferença axiológica, muito menos a isenção do magistrado significa insensibilidade. Não se pode esquecer que “o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo” (DINAMARCO, 1998, p. 36).

A imparcialidade do juiz deve ter a justa medida da sua superioridade em relação a sentimentos e interesses pessoais, mas não pode, por outro lado, consistir em comportamento desinteressado e conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. O juiz moderno deve compreender “que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusar a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (DINAMARCO, 1998, p. 196).

Perante tais considerações, há que se salientar que a iniciativa instrutória do juiz, se levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. Seu comportamento, nesse particular, deve-se pautar exclusivamente na ética e no interesse público por detrás do exercício da jurisdição, qual seja o de eliminar conflitos mediante critérios justos.

#### *5. Teoria geral das provas*

Em decorrência do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa, a preocupação com o direito à prova adquiriu maior dimensão, no sentido de haver uma relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a qualidade da tutela jurisdicional, assim entendida como proteção efetiva do direito (Cf. LOPES, 1999, p. 163).

Nesse diapasão, Cândido Dinamarco lamenta que, “embora não lhe sobre espaço entre os ‘institutos fundamentais do direito

processual', a prova ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema, pois dela depende o correto exercício da jurisdição (fidelidade à vontade concreta do direito) e sem ela a garantia de ação e o 'jus exceptionis' careceriam de conteúdo substancial" (1998, p. 231).

Feitas essas digressões, passar-se-á ao exame de alguns dos principais temas ligados à prova, a começar pela sua definição e conceito. Desse modo, cumpre esclarecer a origem etimológica do vocábulo 'prova', que provém do latim *proba, de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). Entende-se, assim, no seu sentido jurídico, "a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado" (SILVA, 2000, p. 656).

Prova, portanto, pode ser conceituada como a demonstração de fatos em juízo (e, excepcionalmente, do próprio direito, segundo se verá adiante).

No entanto, adverte Ovídio Batista quanto ao extremo cuidado necessário ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, quando se alude ao conceito de verdade, pois, segundo salienta, não se pode imaginar que a prova de um fato equivalha à demonstração da veracidade de sua existência. Acrescenta ainda o preclaro processualista verificar-se "uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da 'verossimilhança da existência de uma determinada realidade', restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da 'retórica', como 'ciência do provável', a que se chega através de um juízo de probabilidade". Nesse sentido, sustenta que "a complexidade da moderna civilização de massa, com a intensificação generalizada de contatos sociais de natureza 'terciária' e portanto superficiais, vem determinando a utilização cada vez mais acentuada de critérios puramente 'formais' de verdade, baseados na simples 'aparência', de que são exemplos

os incontáveis 'negócios jurídicos abstratos', como é o caso dos títulos executivos extrajudiciais, especialmente os cambiários, que têm vida jurídica independentemente de sua causa"<sup>15</sup>.

Há, no entanto, duas acepções para o termo 'prova': o objetivo e o subjetivo. Objetivamente considerado, o termo abrange os "meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo" (ALVIM, 2000, p. 508), ou "o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo" (LOPES, 1999, p. 22). Na acepção subjetiva, significa "a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos" (SANTOS, 2000, p. 329).

No que tange a sua natureza jurídica, embora haja controvérsias, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini consideram-na "instituto tipicamente processual"<sup>16</sup>.

Quanto ao seu objeto, há um princípio elementar de direito probatório donde se conclui que apenas os fatos (controvertidos e relevantes) devem ser provados – *iuria novit curia* – de tal modo que inexistente necessidade de provar o direito. Não obstante, excepcionalmente o direito pode ser objeto de prova, conforme se depreende de regra tradicional de nosso direito (art. 337 do CPC), segundo a qual, estando em questão direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o direito, se assim o determinar o juiz, deve ser provado por quem o alega.

Outra questão relevante no trato da teoria geral das provas é a que diz respeito à finalidade e ao destinatário da prova: destina-se a prova ao juiz, não à parte adversa, pouco importando quem teve a iniciativa de produzi-la. A prova, portanto, não pertence à parte que a produziu, no sentido de que o fato de tê-la produzido não lhe assegura poderes de disposição sobre a mesma conforme a sua conveniência pro-



cessual. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “uma vez produzida, passa (a prova) a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que (...) não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada”<sup>17</sup>. Trata-se do denominado *princípio da aquisição processual*.

Em outro aspecto, a propósito da questão relativa à hierarquia das provas, por força da aplicação do princípio do livre convencimento motivado, estampado no art. 131 do CPC, dá-se às provas valor relativo, isto significando que inexistente hierarquia entre elas, salvo raras exceções, como é o caso do art. 366, que estatui que, em determinadas hipóteses, quando a lei exigir o instrumento público como sendo da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial, poderá suprir-lhe a falta.

Finalmente, não se pode olvidar a relevante questão do *ônus da prova*.

Antes de tudo, cumpre esclarecer a exata significação do termo ‘ônus’, a fim de distingui-lo de ‘obrigação’ ou ‘dever’. “A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspondente, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”<sup>18</sup>. Difere de dever, pois este pressupõe sanção, uma vez que “sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao pólo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão-somente, no caso de descumprimento, em uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com ‘interesse’ se quer dizer que a prática do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade”<sup>19</sup>.

A teor do disposto no art. 333 do CPC, compete ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (inc. I); ao réu, em contrapartida, incumbirá a prova do fato que vier a alegar, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

Pondo termo a esse sucinto exame da ‘prova’ e ainda no que diz respeito ao seu ônus, há que se mencionar os poderes conferidos ao juiz, segundo seu prudente arbítrio, de alterar o ônus da prova quando se tornar excessivamente difícil o exercício do direito e, por outro lado, a possibilidade de as partes alterarem convencionalmente o ônus da prova, em se tratando de direitos disponíveis.

#### 6. Poderes instrutórios do juiz

A permanente evolução em busca do ideal de justiça rápida e qualificada tem marcado a história do direito probatório, conforme salienta João Batista Lopes, ao dispor sobre as tendências atuais do direito probatório, aduzindo que “o momento atual revela predominância da oralidade, preocupação com a simplificação e celeridade do processo e fortalecimento dos poderes do juiz” (1999, p. 19).

Essas tendências são efeitos daquilo que se convencionou chamar *terceira fase metodológica fundamental do direito processual*, que é o fenômeno da *instrumentalidade do processo*. Na essência de tal fenômeno encontra-se a “permeabilidade (do sistema processual) aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, 1998, p. 22).

Conforme ressaltam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “em tempos outros, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o proces-

so civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça”<sup>20</sup>.

Essas razões levam a doutrina a concluir que, a teor do disposto no art. 130 do CPC, pode o juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à descoberta da verdade, independentemente da iniciativa das partes. O âmago da questão é delimitar-se a extensão e em que medida é lícito ao juiz dispor de tais poderes.

Nesse ponto, as opiniões da jurisprudência e doutrina são controvertidas. Theotonio Negrão (2000, p. 218), no seu CPC anotado, apresenta nota de jurisprudência do STJ ao supracitado art. 130, com o seguinte teor: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (RSTJ 84/250 e STJ-RT 729/155).

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini manifestam entendimento semelhante ao afirmarem que, “em se tratando de direito indisponível (...) a doutrina reconhece com maior facilidade que o poder instrutório do juiz é pleno, posto que, se a parte não pode do direito dispor, certamente não poderá se opor à prova dos fatos que o envolvam”<sup>21</sup>. Apesar de tudo, recomendam cautela e temperamentos na aplicação da regra, a fim de que o magistrado não se torne assistente de uma parte em detrimento da outra, com atividade probatória supletiva àquela que competiria ao interessado, alertando que “o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para o seu convencimento”.

Moacyr Amaral Santos interpreta com maior moderação ainda o art. 130 do CPC, pois considera que “o poder de iniciativa judicial (...) deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa” (2000, p. 350).

Outros autores há que têm uma visão mais progressista dos poderes instrutórios do juiz, em face de uma perspectiva eminentemente publicista do processo, entre os quais pode-se citar José Roberto dos Santos Bedaque, que se expressa com bastante clareza neste sentido quando afirma que:

“a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.”

A propósito, poder-se-ia alegar a parcialidade do juiz na medida em que, se o ônus de provar não implica, como foi visto, obrigação ou dever da parte, mas o interesse em se criar uma situação processual que lhe favoreça, obviamente que, se essa mesma parte deixa de desencumbrar-se da prática desse ato, seu *ex adverso* poderia tirar proveito processual dessa sua inatividade. Então, o exercício pelo juiz de seus poderes instrutó-

rios poderia inverter tal situação, em benefício da parte inerte. Não obstante, há que se considerar a relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a qualidade da tutela jurisdicional, pois, conforme já mencionado, dela depende o correto exercício da jurisdição e, conseqüentemente, a fidelidade à vontade concreta do direito, obtendo-se, desse modo, em última análise, a pacificação social.

Em síntese, o aumento dos poderes instrutórios do juiz não favorece qualquer das partes, pois o empenho do juiz na procura da verdade é procedimento que caracteriza a consciência de suas responsabilidades com os escopos do processo, ligado ao interesse público que prepondera na justificativa da existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Outrossim, demonstra seu comprometimento com a completa apuração dos fatos, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto.

### 7. Conclusão

De tudo que foi dito, é possível inferir-se que os poderes instrutórios atribuídos ao juiz derivam da necessidade de que o Estado disponha de meios juridicamente adequados para atingir a finalidade magna por ele perseguida na prestação jurisdicional, que é a pacificação social.

Desse modo, o jurisdicionado, ao convocar o Estado mediante o exercício do direito de ação, dele espera receber uma prestação jurisdicional de qualidade, a ser atingida com o proferimento de decisões justas.

Tanto o legislador como o intérprete e aplicador das normas jurídicas têm o dever de preocupar-se em dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes ao *acesso à ordem jurídica justa*, pois só assim será possível à coletividade valer-se da jurisdição para a obtenção da paz social, uma vez que o interesse privado da parte que movimenta a

máquina judiciária para a tutela de direitos subjetivos não obsta à existência, por outro lado e paralelamente, do interesse do Estado na correta atuação da lei, pois tanto o indivíduo como o Estado têm interesse no provimento justo e de qualidade: aquele, sob o ponto de vista da satisfação de suas aspirações individuais e este, o Estado, em razão de que, com a solução dos diversos conflitos individuais estar-se-á atendendo ao interesse da coletividade na obtenção da paz social.

Com efeito, para a plena consecução da missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é necessária a superação de óbices que possam ameaçar a boa qualidade da prestação jurisdicional, entre os quais aqueles que dizem respeito ao modo-de-ser-do-processo e à justiça das decisões, no sentido de que “o juiz não deve ser um mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual”<sup>22</sup>.

Destaca-se, portanto, a necessidade de que o juiz tenha um papel “adequadamente participativo na busca de elementos para a sua própria instrução”, de modo a pautar-se pelo critério de justiça na solução do litígio<sup>23</sup>.

Nesse contexto, já é possível verificar-se tendência irreversível de ampliação dos poderes do juiz, especialmente quanto à iniciativa probatória no Direito Processual Civil, como decorrência do aperfeiçoamento de nossas instituições, uma vez que há uma tomada de consciência política do magistrado em relação ao seu relevante papel na contribuição para uma prestação jurisdicional mais justa e consentânea, em última análise, com os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, proveniente do desencadeamento desse novo método crítico de análise do Direito Processual, denominado instrumentalismo.

Nessa acepção, os poderes instrutórios do juiz se consubstanciam em importante instrumento do Estado na prestação da tutela jurisdicional, com vistas à persecução

de um resultado efetivamente justo do processo, passível de contribuir para a realização da pacificação social e adequado ao progresso científico dos tempos atuais.

### Notas

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 42.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

<sup>3</sup> Idem, ibidem. p. 43.

<sup>4</sup> Idem, ibidem. p. 41.

<sup>5</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 52.

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. p. 102. v. 1.

<sup>7</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 64.

<sup>8</sup> Idem, ibidem. p. 66.

<sup>9</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. p. 68. v. 1.

<sup>10</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 71.

<sup>11</sup> Idem, ibidem. p. 65.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 62.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 58.

<sup>14</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 52.

<sup>15</sup> Op. cit. p. 338-339.

<sup>16</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. p. 473. v. 1.

<sup>17</sup> Idem, ibidem. p. 479.

<sup>18</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. p. 345.

<sup>19</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 480.

<sup>20</sup> Idem, ibidem. p. 479.

<sup>21</sup> Op. cit. p. 480.

<sup>22</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 35.

<sup>23</sup> Idem, ibidem. p. 34.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; CARVALHO NETO, Algomiro. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Bestbook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1-3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Led, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até julho de 1999. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. atual. até 5 de janeiro de 2000. Org. sel. e notas Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de agosto de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

### Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1-2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: CEBEPJ, 2000.