

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

Nicolle Uaska

**O PAPEL DO JUIZ NA INICIATIVA PROBATÓRIA NO
PROCESSO CIVIL**

CURITIBA

2011

**O PAPEL DO JUIZ NA INICIATIVA PROBATÓRIA NO
PROCESSO CIVIL**

CURITIBA

2011

Nicolle Uaska

**O PAPEL DO JUIZ NA INICIATIVA PROBATÓRIA NO
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas da
Universidade Tuiuti do Paraná,
como requisito parcial para a
obtenção de bacharel em direito.
Orientador: Professor André Luiz
Bäuml Tesser.

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

Nicolle Uaska

O PAPEL DO JUIZ NA INICIATIVA PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do grau para Bacharel em Direito no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, 14 de março de 2011.

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografia
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador:

Professor Dr. André Luiz Bäuml Tesser
Universidade Tuiuti do Paraná

Professor Dr. _____

Universidade Tuiuti do Paraná

Professor Dr. _____

Universidade Tuiuti do Paraná

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar o papel do juiz na iniciativa probatória junto ao processo civil, desde a época em que era apenas um mero expectador de provas, até os dias atuais, onde o magistrado apresenta-se numa posição mais ativa, preocupando-se com as conseqüências que sua decisão poderá acarretar às partes, garantindo, desta forma, uma adequada prestação jurisdicional. Será analisada também a doutrina contrária a um juiz com poder de iniciativa probatória. Verificar-se-á ainda acerca do conflito aparente entre os artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil e, bem assim, a respeito da compatibilidade entre o principio dispositivo e o da imparcialidade.

Palavras-chave: produção de provas; poderes do juiz; requerimento das partes; participação do juiz; imparcialidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. DA INICIATIVA PROBATÓRIA	09
2. DOUTRINA CONTRÁRIA A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	22
3. DA COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O DA IMPARCIALIDADE COM A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	25
4. DO CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS ARTIGOS 130 E 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
5. CONCLUSÃO	38
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUÇÃO

O tema em estudo tem por objetivo analisar a participação do Juiz na iniciativa probatória junto ao processo civil, podendo-se observar duas correntes inerentes a esta matéria: aquela em que está nas mãos das partes o ônus de provar os fatos e aquela em que o juiz pode, na medida da necessidade do processo, determinar a produção, de ofício, das provas que entender imprescindível para um bom julgamento da lide.

A análise das duas correntes já citadas, terá como escopo verificar o ponto de vista de cada uma e, bem assim, suas diferenças, bem como opiniões de processualistas.

Analizará ainda o período em que o magistrado era apenas o receptor das provas, sem iniciativa alguma, o que gerava, em muitos casos, um processo desestruturado de provas, uma vez que as partes requeriam somente o que achavam necessário e, bem assim, aquelas em que lhe favoreciam, a fim de comprovar as alegações trazidas em sede de inicial e contestação, sem a preocupação da formação de um processo carregado de provas.

Nos dias atuais, o juiz possui um papel muito mais ativo, isto, inclusive, já aceito e defendido pela maioria dos doutrinadores, como Capelletti, Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, entre outros, haja vista que tal poder de iniciativa traz benefícios às partes, a uma porque se busca a verdade real dos fatos e a duas porque se deve ter um julgamento justo do caso posto a discussão, ponderando ainda que a sociedade é também beneficiada, uma vez que o juiz promoverá com eficácia a sentença e trará com ela a paz social.

Porém, a fim de se obter um devido processo legal, é necessário que as partes sejam tratadas com igualdade, tendo um Juiz imparcial para o correto julgamento da causa. Salientando que essa imparcialidade não faz com que o juiz não tenha participação ativa no processo, até mesmo porque, quando o magistrado determina a produção de alguma prova ainda não trazida nos autos, nem mesmo ele sabe qual o resultado de dada prova, se será contra ou a favor de alguma das partes, por isso não há que se falar em perda da imparcialidade.

A lei determina ao juiz obrigações e deveres no processo, e um desses deveres é o de participar efetivamente na formação daquele, até mesmo porque a estrutura do processo é formada pelo juiz, autor e réu, e cada um tem o seu papel no bom andamento do feito, com o diferencial de que as partes somente produzem provas a seu favor; já o juiz, de forma imparcial, deverá buscar aquilo que será necessário para o deslinde da demanda e que ainda não foi requerido pelos litigantes.

Quando da leitura do artigo 262 do Código de Processo Civil, pode-se verificar que a direção do processo é feita em primeiro plano pelo impulso oficial, mesmo que seja das partes o interesse na solução do litígio.¹

Ademais, o Juiz não pode permanecer à disposição das manifestações e requerimentos das partes, devendo, contudo, cumprir adequadamente sua função, prestando a tutela jurisdicional de forma eficaz, mesmo que, para isso, tenha que tomar iniciativa, a fim de requerer alguma prova ainda não pleiteada pelas partes. Até mesmo porque, muitas vezes, apenas a iniciativa dos litigantes, por várias razões, é insuficiente para esclarecer por completo a situação de direito material.

¹ “Art. 262 do Código de Processo Civil. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

Visto isto, há que se salientar a importância do impulso oficial para o bom andamento do processo, sem que com isso ocasione a perda da imparcialidade do juiz.

Neste sentido, o presente estudo visa analisar as diferentes posições do juiz, seja como um mero expectador de provas, seja atuando de forma ativa no deslinde da demanda, sem, contudo, ferir princípios que norteiam o processo civil.

1. DA INICIATIVA PROBATÓRIA

O magistrado sempre teve sua participação no andamento processual, seja pelo impulso oficial, seja de apenas como um mero receptor das provas trazidas pelas partes. Importante ressaltar que, com o decorrer dos tempos², esta participação se tornou mais ativa, deixando de lado o papel de simples espectador inerte, cabendo-lhe não só o impulso oficial do processo, como também o poder de determinar a realização de provas, que antes dependia do requerimento das partes, fato este que, de modo algum, fez com que o juiz perdesse sua neutralidade e deixasse de ser imparcial, que constitui a essência do ato de julgar.

Impõe-se a iniciativa probatória do juiz “*ex officio*” quando a resolução da lide depender da eliminação de situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas, ou diante de controvérsias que exijam, forçosa e obrigatoriamente, certas provas, cuja existência o juiz conhece, mas cuja produção não foi oportunamente requerida pela parte. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009)

Sobre a iniciativa probatória do juiz, 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

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE 2009, pág. 18)

Ao Juiz foi conferido o dever de buscar a verdade material, admitindo-se uma livre investigação da prova, porém, devendo aquele manter-se na imparcialidade quanto à direção e apreciação da prova.

O conjunto probatório consiste na produção de provas produzidas pelas partes, tais como, por exemplo, orais, documentais e periciais, a fim de constituir a verdade real dos fatos.

Notadamente, a prestação jurisdicional tem como escopo se alcançar à justiça do caso levado a discussão, porém, quanto ao princípio da busca da verdade real³, pode-se verificar entendimentos divergentes quanto à esta verdade buscada, podendo ela, segunda as correntes processuais, ser formal ou real.

Sobre a distinção entre verdade formal e verdade real é possível verificar na obra de Hélio Marcio Campo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: A primeira diz respeito à verdade, de acordo com a visão tradicional, 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. O juiz conhece parcialmente a verdade, conhece a verdade em um sentido formal, se é que é possível uma verdade que não seja absoluta. (2007, pág. 251)

³ "a verdade real é aquela que se busca por ideal, ainda que seja difícil processualmente chegar a ela. É a verdade dos fatos, de como eles se apresentam ou apresentaram na realidade, no caso concreto" (CAMPO, Hélio Marcio. 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. pág. 252 e 253)

Na mesma obra, a verdade real, por sua vez, é aquela que se busca por ideal, ainda que seja 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, no qual se tutelam os direitos indisponíveis, precipuamente. (HÉLIO MARCIO CAMPO, LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART, 2007, pág. 252-253)

Com uma visão mais publicista do processo, ou seja, embora a relação de direito material seja privada, a relação de direito processual está se tornando cada vez mais pública, retirando do princípio dispositivo a liberdade das partes de restringir a atuação do juiz em relação à prova.

Sobre referida publicização do processo, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, salientando que em uma demanda não estão presentes somente os interesses das partes envolvidas, mas, sobretudo o interesse do Estado para ver resolvida a de forma justa:

"Eis porque o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa."
(2009, pág. 118)

Assim, a conclusão que se impõe é que a iniciativa probatória do juiz representa uma visão conservadora do princípio dispositivo. Porém, o que é necessário é a adoção de uma visão mais contemporânea, na qual é ônus das partes a iniciativa das alegações e dos requerimentos, podendo o juiz deliberar e determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos. (RUI PORTANOVA, 2008)

Nos dias de hoje, não se deve mais admitir um juiz como mero expectador, vez que a função jurisdicional tornou-se um poder dever estatal, onde se tem os interesses dos particulares e do próprio Estado.

Importante salientar, neste momento, acerca da jurisdição no Estado Contemporâneo, à luz da teoria dos direitos fundamentais, sendo que a obra do processualista Marinoni, é clara no sentido de que o juiz, em nenhum momento, cria o direito, apenas zela para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados. O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica. (2006, pág. 102)

Assim, diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. (LUIZ GUILHERME MARINONI, 2006, pág. 132)

Os direitos fundamentais materiais⁴, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como “diretor do processo”, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a

⁴ Para o processualista Luiz Rodrigues Wambier, as normas de Direito Material são aquelas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é ilícito e não deve ser feito, constituem normas jurídicas de direito material estas normas das relações jurídicas que travam no mundo empírico, como, por exemplo, às regras que regulam a compra e venda de bens, ou disciplinam como deve ocorrer o relacionamento entre vizinhos, ou como se opera um negócio jurídico no âmbito financeiro.” (2008)

tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito (idem, pág. 133)

Desse modo, como bem observa Marinoni:

“Diante da maior subjetividade outorgada ao magistrado para a tutela dos direitos – natural a uma lógica que faz as normas constitucionais preponderarem sobre a legislação – e da impossibilidade de se encontrar uma teoria capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto, é preciso atribuir ao juiz o dever de demonstrar que sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais”. (2006, pág. 134)

Desse modo, a partir do século XIX, os poderes conferidos aos juízes foram aumentando, passando a figurar no processo de forma mais ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do andamento processual, previsto pelo artigo 262 do CPC, como também lhe foi conferido o poder de determinar a realização de provas, conhecendo de ofício as circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes. (ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, 2008, pág. 33)

No Código de Processo Civil, por exemplo, a cláusula genérica que confere ao juiz iniciativa probatória pode ser, eventualmente, resumida na disposição contida no artigo 130, que dispõe:

“Art. 130 do CPC. 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.”

Nas palavras de Mauro Cappelletti:

“O processo deixou de ser “coisas das partes” e aboliu-se o poder monopolístico das partes no campo probatório, destacando a intensificação dos poderes discricionários do magistrado no processo civil moderno e a politização no exercício de suas funções, a reclamar a necessidade do exame de sua responsabilização, tanto jurídica quanto social”. (1988, pág. 122-123)

José Roberto dos Santos Bedaque, na mesma linha de Cappelletti, pondera que:

“Dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes encontram-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”. (2009, pág. 86)

Como bem observa o professor João Batista Lopes:

“[...] não quer esse ilustre autor a supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos.” (2007, pág. 73)

O processualista José Carlos Barbosa Moreira defende a idéia da participação ativa do juiz na produção de provas:

“[...] em matéria de instrução, prevalece igualmente a tendência a confiar no papel ativo do juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir.” (1991, pág. 78).

Na obra de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranqüilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para seu convencimento”. (2008, pág. 445)

Humberto Theodoro Junior, a seu turno, sustenta que o juiz, “no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.” (2009, pág. 421)

O julgador tem o dever de propiciar o tratamento igualitário, posto que cabe a ele a direção do processo, mantendo, dessa forma o equilíbrio entre as partes.

Caso ocorra o desequilíbrio entre as partes, a justiça estará comprometida e, para que isso não aconteça, o julgador deve participar/atuar no feito de uma forma mais ativa.

Enrique Paillas salienta que "Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral." (1990, pág. 112)

Embora o juiz passe a atuar de forma mais ativa no que tange ao andamento processual, nada interfere sua imparcialidade e neutralidade, mesmo porque, somente será parcial se constar a desigualdade entre as partes e ficar inerte, sem promover quaisquer atos para alcançar o equilíbrio entre as partes.

Como aduz João Batista Lopes:

"A postura burocrática e protocolar do juiz entra em conflito aberto com as tendências atuais do processo civil e, por isso, deve ser afastada. Não se concebe, no estágio atual da doutrina processual, que a parte seja prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional". (2007, pág. 194)

Necessário se faz ponderar que quanto maior o poder instrutório do juiz, melhor será a apuração dos fatos e aplicação do direito material mais correto. A preocupação do juiz não reside na vitória de uma ou de outra parte, mas sua preocupação deve residir na aplicação do direito de forma justa, propiciando às partes as mesmas oportunidades, observando a igualdade entre as partes, o ganho no processo deverá ser daquele que efetivamente tenha razão, fato este buscado através de provas

realizadas nos autos, prestando, dessa forma, uma atividade jurisdicional plenamente correta.

Ademais, certo é que a atividade do juiz, por imposição constitucional, é submetida ao contraditório e a fundamentação das decisões. Com isso, sua imparcialidade está devidamente garantida, ainda que participe ativamente da instrução, eis que suas decisões devem ser proferidas após efetivo contraditório entre as partes.

Por óbvio que cada parte produzirá somente provas a seu favor, visto que almejam apenas a vitória, por isso, cabe ao juiz manter o equilíbrio necessário na relação jurídica, agindo de forma imparcial e assegurando o contraditório e a ampla defesa às partes, a fim de que se torne possível nos autos a reprodução da realidade fática posta a discussão. Importante salientar que com a iniciativa probatória, o juiz não estará beneficiando qualquer das partes, mas sim proporcionando um real equilíbrio entre elas.

Diz-se isto porque quando o juiz determina a realização de uma prova, não tem condições de saber qual o seu resultado, portanto, não se sabe a quem irá favorecer. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. (VICENTE GRECO FILHO, pág. 32)

Como ressalta Barbosa Moreira, “no momento em que o juiz determina uma diligência, este não pode adivinhar-lhe o êxito, que poderá beneficiar a qualquer um dos litigantes” (1984, pág. 68).

Desse modo, o poder do juiz de determinar provas que entende necessárias, deve servir como instrumento para uma boa e adequada prestação jurisdicional.

Neste passo, certo é que o poder concedido ao juiz, de determinar a produção de alguma prova, faz com que o magistrado forme seu conhecimento de uma forma mais efetiva e não superficial, sem conhecer realmente a realidade dos fatos.

O poder concedido ao julgador pode evitar que eventuais desigualdades influenciem no resultado final, não afetando de forma alguma a liberdade das partes.

Nas palavras de HERKENHOF:

“Diante da perplexidade que a mudança traz, pede que se de ao magistrado independência, autoridade e responsabilidade, exigindo-se dele dignidade. Neste período de intensa mudança social, quando se verifica a inadequação da lei frente as modificações sugeridas com velocidade e complexidade jamais observadas, o juiz deve procurar adequar a lei a nova situação social, atuando como sociólogo em ação, como pensador social.” (João Baptista Herkenhof, 1993, pág. 23)

Sendo o juiz o destinatário da prova, pode este, a seu critério e devido à necessidade de cada caso, determinar a produção das provas que entender necessárias, desde que garanta o contraditório e a ampla defesa. Como bem observado na obra de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que: “Embora o juiz seja o destinatário principal e direto, consideram-se as partes os destinatários indiretos, pois elas também precisam se convencer da verdade, para que acolham a decisão.” (2008, pág. 73)

A regra do ônus da prova se dirige às partes e ao juiz. Quando o juiz é o seu destinatário, importa para a formação do seu convencimento – uma vez que o juiz pode reduzir as exigências de prova, visando formar a sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova – e para a sua decisão. (LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, 2006, pág. 272)

Neste sentido, pondera Enrique Véscovi:

“O aumento dos poderes do magistrado na busca da verdade, parece indiscutível e se realiza por meio dos mais diversos mecanismos: ampliação das faculdades de ditar diligências para melhor prover, faculdade de interrogar as partes e testemunhas em qualquer momento, etc., que aparecem, praticamente, em todo ordenamento moderno”. (1984, pág. 219)

Fato é que o juiz não pode deixar de lembrar quanto ao ônus imposto às partes na produção das provas, sendo que cabe a elas apresentar suas alegações e prová-las. Porém, ele não deve permanecer numa posição inerte e sim numa posição mais ativa, também em relação à determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade.

Desse modo, será o caso concreto quem ditará a atuação do magistrado na produção de alguma prova “*ex officio*”, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa, até mesmo porque, no momento de proferir a sentença, deverá analisar todos os elementos probatórios colhidos e apresentar justificadamente o valor atribuído a cada prova, isto porque a garantia de sua imparcialidade decorre da observância destes aspectos.

Quando as partes produzem as provas nos autos, o que se busca é uma verdade formal e não uma verdade real, eis que são provas que interessam apenas aos próprios litigantes, tendo o juiz o dever de verificar para que as todas as provas sejam produzidas de forma que sejam exauridos todos os pontos controvertidos dos autos. Entretanto, as partes devem ser livres no que tange ao direito material deduzido em juízo, ou seja, ao objeto da relação jurídica processual.

A teoria clássica processual civil, defendida, dentre outros, por Liebman, Pontes de Miranda, Lessona, determina uma posição do juiz como mero apreciador de provas.

Já a teoria contemporânea, defendida, por exemplo, por Capelletti, Marinoni, Arenhart, Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e João Carlos Barbosa Moreira, incentiva o fortalecimento dos poderes do juiz, bem como o enfraquecimento do Princípio Dispositivo, vez que foi dado mais ênfase às qualidades interventivas à figura do juiz.

Assim nos diz os ensinamentos de CAPPELLETTI,

"Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes". (1988, pág. 77)

Entretanto, no que tange os poderes instrutórios conferidos ao juiz, a matéria restou dividida em três grupos, conforme lições de BEDAQUE, "(...) aqueles que não conferem poder instrutório ao juiz; aqueles que o fazem com restrições; e os que permitem amplamente a investigação probatória do juiz". (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 78)

No que se refere à primeira corrente, a restrição dos poderes conferidos ao julgador é total, sendo ele um mero apreciador das provas trazidas pelas partes. Já a posição intermediária defende a idéia de que o magistrado pode determinar a produção de provas, de ofício, em algumas circunstâncias, em que se verificam interesses e direitos indisponíveis.

Assim, o processualista Barbosa MOREIRA defende a participação ativa do juiz na produção das provas:

"...em matéria de instrução, prevalece igualmente a tendência a confiar no papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir". (1994, pág. 159)

Se, em algum momento, o juiz tiver dúvida de algum fato não muito bem esclarecido nos autos, deverá, para formar seu convencimento, utilizar-se de seu poder de determinar "*ex officio*" a realização de dada prova, com o intuito de suprimir a dúvida.

Assim, o que realmente se busca com o aumento dos poderes instrutórios conferidos aos juízes não é a diminuição da participação dos litigantes no andamento da demanda, e sim, de trazer igualdade no processo.

Nesse sentido, afirma CAMPANELLI :

"Os poderes instrutórios oficiais utilizados para a apuração da verdade dos fatos e a compreensão do ocorrido não são excludentes e nem concorrentes da atividade probatória das partes, pois o ônus probante é incumbência delas. Tampouco são complementares, na medida em que o julgador não colabora com os litigantes, mas busca autonomamente a verdade processual para a solução da demanda, verdade esta obtida pelo entendimento global da situação objeto do conflito, e não parcial, como ocorre com os litigantes." (2006, pág. 91/92)

Impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa. (LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, 2006, pág. 92)

O crescimento do poder de atuação do juiz e a conseqüente necessidade de outros critérios de controle da decisão judicial nada mais são do que reflexos das novas situações de direito substancial e da tomada de consciência de que o Estado tem o dever de dar proteção efetiva aos direitos. (LUIZ GUILHERME MARINONI, 2006, pág. 120)

Acerca de referida iniciativa probatória do juiz, em uma análise geral, podemos verificar países que não conferem poder instrutório aos magistrados, os que conferem com restrições e aqueles que permitem por completo.

O direito espanhol é um exemplo da idéia de que o juiz não possui poder de iniciativa probatória. Já a legislação alemã permite a participação do juiz, porém com restrições, ou seja, apenas a prova testemunhal deve ser requerida pelas partes, enquanto as outras podem ser determinadas de ofício pelo juiz, poder este que ganhou força com a reforma da Zivilprozessordnung, em 2001. Quanto à lei sueca, esta impõe restrições na produção de prova testemunhal e documental, assim como ocorre no direito colombiano. Já a legislação chilena, esta confere ao juiz amplos poderes de iniciativa, como também no direito argentino e italiano. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 79, 81)

Nos países da common law, ao juiz anglo-saxônico nunca foi conferido poderes instrutórios. Porém, a partir de 1999, com a instauração do Civil Procedure Rules, o juiz passou a ter um papel mais ativo, e o processo inglês reforçou o papel do magistrado no processo, em especial na atividade probatória, lhe outorgando poderes para requerer as provas que entender necessárias para a instrução do feito, especificar as questões a provar, bem como o poder de ordenar à parte que esclareça a matéria discutida no processo. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 83/84)

Importante salientar que o Brasil é visto pela doutrina estrangeira como um país em que é consagrada a iniciativa probatória pelo Juiz, assim como na Alemanha, Itália, México, Argentina, Áustria e Rússia. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 87)

Assim, conforme acima explanado, a iniciativa probatória conferida ao Juiz tem aumentado cada vez mais, uma vez que tal poder é necessário para um adequado e razoável julgamento, desde que respeitados os princípios norteadores do processo civil, como, por exemplo, o contraditório, ampla defesa e imparcialidade, contudo, sem retirar das partes o ônus de produzir as provas que lhe cabem.

2. DOUTRINA CONTRÁRIA A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Para a doutrina contrária a iniciativa probatória do juiz, o fundamento mais discutido é de que o julgador não deve ter uma atuação muito ativa porque estaria comprometendo o princípio da imparcialidade.

Imparcial é o juiz que não tenha interesse no objeto do processo nem queira favorecer algum das partes envolvidas, porém, seu único interesse é que sua sentença seja justa e que atue com esse compromisso, e se necessário, deverá promover a igualização sem que isso venha a comprometer sua imparcialidade. (RUI PORTANOVA, 2008)

Para os defensores do garantismo⁵, quando o juiz determina a produção de uma prova sem requerimento prévio de uma das partes, age de forma autoritária, violando o princípio da imparcialidade, pois estaria beneficiando uma delas, violando a estrutura dialética do processo. A atribuição de poderes probatórios ao juiz levaria necessariamente a questionar a posição de terceiro, posição essa que implica a impossibilidade de realizar atos próprios das partes.

O princípio dispositivo é o inverso do princípio inquisitório ou princípio da livre investigação das provas, segundo o qual ao juiz é conferido o poder de iniciativa probatória, para a apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da demanda.

No princípio inquisitório o juiz não se restringe ao que é trazido pelas partes no processo, ou seja, age livremente na investigação probatória, visando ao encontro da verdade real. Nesse sentido, salienta Rui PORTANOVA: “O juiz é livre para determinar as provas necessárias à busca da verdade real”. (2008, pág. 204)

Para Hélio Márcio CAMPO:

“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.” (1994, pág. 92, 93)

Para Rui PORTANOVA:

⁵ "O *garantismo processual* é uma posição doutrinária firme quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéqüe com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais". (ADOLFO ALVARADO VELLOSO, "El garantismo procesal", em *Activismo y garantismo procesal*, pág. 145)

“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.” (2008, pág. 205)

Entende-se por princípio dispositivo, aquele em que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à produção de provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*. (MOACYR AMARAL SANTOS, 2002, pág. 76, 77)

Neste passo, são as partes que fixam o objeto do processo (*thema decidendum*) e é este o limite em que o juiz deve decidir. As provas a serem produzidas são aquelas que as partes indicarem. Por esse motivo, a maioria da doutrina ensina que o princípio dispositivo, dentre outras limitações impostas ao poder-dever do julgador, impede-o da iniciativa probatória.

Liebman, um dos defensores da corrente contrária à idéia de que o juiz deve agir de maneira mais ativa na instrução processual, afirma que:

"O princípio dispositivo é o sustentáculo da imparcialidade do magistrado e, ao contrariá-lo, o juiz estaria negando a sua necessária imparcialidade. Assevera que o julgador ao diligenciar em busca de provas torna-se de tal forma envolvido que passa a decidir de forma parcial, devendo o processo restringir-se a um instrumento a ser manuseado pelas partes, prevalecendo, assim, a imparcialidade do juiz." (1962. pág. 551-565)

Segundo Pontes de Miranda, "conferir ao juiz poderes para determinar a produção de prova testemunhal ou documental significa “quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização.” (1978, pág. 60).

Para Lessona:

"A iniciativa probatória não pode pertencer ao juiz, salvo previsão expressa em lei, pois provar significa tornar conhecidos do julgador os fatos duvidosos e discutidos. Como tais fatos se referem às partes, elas que conhecem os meios idôneos para demonstrá-los."

Neste sentido, o argumento mais discutido para que o juiz não tenha uma atuação muito ativa no processo é a violação do princípio da imparcialidade, defendendo, desse modo, o princípio dispositivo, que como dito anteriormente, depende da iniciativa das partes na produção de alguma prova.

3. DA COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O DA IMPARCIALIDADE COM A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ.

Antes de passar à análise acerca da compatibilidade entre o princípio dispositivo e o princípio da imparcialidade, necessário se faz discorrer a respeito cada tema, a fim de que se possa compreender cada instituto.

O princípio dispositivo é aquele em que o juiz aguarda o requerimento das partes para que possa determinar a produção de alguma prova. (MOACYR AMARAL SANTOS, 2002, pág. 76, 77)

O princípio dispositivo surgiu a partir do século XIX, ocasião em que os poderes do magistrado eram restritos e somente poderia determinar a produção de alguma prova no processo, mediante o requerimento das partes. (ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA; ADA PELLEGRINI GRINOVER; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. 2008, pág. 33)

Contudo, há duas versões do princípio dispositivo, a clássica e a versão moderna, sendo a primeira aquela em que o magistrado julga somente de acordo com as provas trazidas a baila pelas partes, proibindo buscar fatos não alegados por estas, já a segunda é quando cabe às partes dar o primeiro impulso no sentido de ajuizar a demanda, formulando suas alegações e permitindo que o julgador requeira as provas que sejam necessárias para o deslinde do feito.

A versão clássica do princípio dispositivo está inversamente para o princípio da busca da verdade real. Se no princípio dispositivo o juiz é apenas o acolhedor do material probatório, para o princípio da busca da verdade real, além de ter amplos poderes para organizar o material probatório, também pode utilizar outros meios de prova que não aquelas indicadas pelas partes. O que não significa que as partes estejam livres do ônus de produção de provas. (MOACYR AMARAL SANTOS, 1952, pág. 115)

Neste princípio são impostas limitações ao juiz no que tange a iniciativa probatória, ponderando que tais limitações se justificavam no passado, por entender que o magistrado deveria ser mero espectador das lides de direito privado, adstrito ao que as partes levavam ao processo.

Para este princípio, o juiz somente poderia ter alguma iniciativa quando a prova que já estivesse nos autos gerasse dúvidas, podendo, dessa forma, complementar a prova. Situação esta que explica João Batista 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." (2007, p. 73)

João Batista LOPES, em sua obra *A prova no direito processual civil*, 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 perfil, o princípio dispositivo opõe-se ao princípio inquisitório (ou inquisitivo) em que a iniciativa é conferida ao juiz." (2007, p. 194)

Para um bom entendimento, temos a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, que afirma que:

"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 nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo." (2009, pág. 91)

Nas palavras de LOPES,

"Não quer esse ilustre Autor a supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos." (2007, pág. 96, 97)

Aplicando-se o princípio dispositivo de forma restrita, o juiz não pode substituir a atividade das partes no que tange à produção de provas, vez que cabe a estas o ônus da prova do que alegam. Tão somente após essa atividade das partes, e, se caso

ainda restar dúvidas e se o julgador não sentir-se apto para julgar e ainda ter verificado a necessidade de outras provas, além daquelas já produzidas pelos litigantes, poderá o magistrado determinar o que entender necessário. (JOÃO BATISTA LOPES, 2007)

Desse modo, resta claro que o princípio dispositivo confere às partes a iniciativa instrutória, porém, deixa a cargo do juiz agir apenas supletivamente, e não de modo ativo.

O processo é formado pelo autor, réu e juiz, sendo que o autor apresenta suas alegações em Juízo e o réu, por sua vez, opõe resistência à pretensão formulada pela parte autora, trazendo em sua defesa afirmações que entende relevantes. Porém o julgador, deverá analisar todos os fatos em confronto com as provas produzidas nos autos.

Neste sentido, verifica-se que ocorre no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz, ou seja, as partes não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar os fatos não alegados ou ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam. (MOACYR AMARAL SANTOS, 1983, pág. 260)

Depende, portanto, o juiz, na instrução da causa, da iniciativa das partes, quanto às provas e suas alegações, em que fundamentará sua decisão, consistindo nisso, o princípio dispositivo, o qual impede que o julgador tenha qualquer iniciativa probatória.

A doutrina contrária, como, por exemplo, Liebman, Pontes de Miranda e Lessona, entende que o fundamento mais relevante para que o princípio dispositivo tenha continuidade é a necessidade de preservar a imparcialidade do juiz, visto que se ao magistrado for concedido poderes para a produção de provas, este se tornará parcial diante de cada caso posto a discussão.

Em que pese tal entendimento, há que ressaltar acerca do impulso oficial, o qual permite que o juiz tenha liberdade de produzir provas *ex officio* em alguns casos (art. 130 do Código de Processo Civil), entre outros poderes presentes nos artigos 131, 262, 342, 355, 381, 418 e 440 do Código de Processo Civil.

Nas palavras do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"O Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium indicare debet*). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz..., haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam, cada vez mais, a busca da verdade real... A iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita a preclusão."

Porém, em razão da grande publicização do processo, a idéia do princípio dispositivo tem sido cada vez menor. Como explica João Batista 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." (2007, pág. 73)

Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, se manifestam acerca da publicização e o 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.” (2008, pág. 70)

Já no que se refere o princípio da imparcialidade, este encontra-se presente em todos os atos praticados pelo juiz, independentemente dos poderes a ele conferidos, inclusive quanto a colheita do material probatório. Assim, a imparcialidade é algo necessário para a prestação jurisdiccional, sendo um pressuposto para que a relação processual se torne válida, sem, no entanto, confundir-se com a neutralidade em que o magistrado deve participar no processo.

Neste sentido é o entendimento de Cândido Rangel DINAMARCO:

“A imparcialidade não se confunde com neutralidade nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora escravo da lei como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, segundo os valores da sociedade.” (2008, pág. 206)

Ademais, a imparcialidade do julgador é uma garantia para a sociedade de uma decisão justa, visto que tal assunto representa grande preocupação, uma vez que não há justiça com um julgamento tendencioso a uma das partes.

Neste mesmo sentido, afirma Rui PORTANOVA afirma:

“Enfim, uma visão tradicional do princípio da imparcialidade, forjou a deletéria imagem do “juiz um homem só”. Hoje, contudo, vê-se claro, o que se quer é um juiz participativo, comunicativo, interessado, atuante, dinâmico e com pés na realidade. Em suma, um juiz cidadão. Se a

administração da justiça é função integrante da soberania, não se pode admitir que o juiz, como órgão do Estado, assista passivamente à disputa judicial entre as partes, sem participar em nome do interesse da sociedade." (2008, pág. 80)

O fundamento utilizado pelos doutrinadores para a proibição da jurisdição de ofício é para se evitar a parcialidade do juiz, não no sentido de inércia ou desinteresse, mas no sentido de evitar que o exercício de um Poder-Dever fique tendencioso quando do resultado da prestação jurisdicional. Por isto ao juiz é vedada a disponibilidade material (ingressar ou não com uma demanda - princípio da demanda). Entretanto, possui ele a disponibilidade processual, que consiste em se lhe atribuir "*poderes autônomos quanto ao modo de exercer a sua própria função*". (Antonio Janyr Dall'Agnol Junior, pág. 129)

Assim, nada impede o juiz de promover a iniciativa probatória, haja vista que sua função e dever é descobrir a verdade a respeito dos fatos trazidos a discussão.

O juiz, nas atribuições de suas funções, deve ser imparcial, porém não neutro e tampouco omissivo e desinteressado na solução justa do litígio, uma vez que a imparcialidade do julgado não tem qualquer relação com um juiz desinteressado. O magistrado, na qualidade de representante do Estado, tem interesse no resultado da demanda, com um único objetivo, de se alcançar a justiça a partir da verdade real, em função da natureza pública do processo.

Desse modo, o magistrado deve realizar todas as diligências possíveis para um bom julgamento da lide e para que o direito seja justo para a parte vencedora, alcançando-se a tão almejada efetividade na prestação jurisdicional.

Nos Juizados Especiais também se verifica a incidência da iniciativa probatória do magistrado, como se extrai do exame do artigo 5.º da Lei 9.099/95, *verbis*: "O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica".

Logo, o Juiz não deve contentar-se com a verdade formal, mas deve buscar a verdade real.

O Juiz, ao determinar, de ofício, a produção de alguma prova, não estará com objetivo de beneficiar esta ou aquela parte, mas apenas estará instruindo os autos com maiores substratos que permitam a correta compreensão dos fatos e aplicação da lei, para que se faça justiça.

Sobre o tema, argumenta BEDAQUE:

"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?" (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 109)

Para BARBOSA MOREIRA,

"(...) ao juiz não deve importar quem vença o litígio, que saia vitorioso o indivíduo "x" ou o indivíduo "y" considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa que vença aquele que efetivamente tenha razão". (1991, pág. 125)

Temos um juiz imparcial quando este aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem se deixar influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos, ou seja, por valores sentimentais e entendimentos pessoais.

Para manter sua imparcialidade, é necessário que o julgador se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja produção nos autos se faz mediante as provas e julgue de forma fundamentada e, bem assim, que permita, em todos os seus atos, o contraditório e a ampla defesa.

Salienta DINAMARCO,

"(...) o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe tolera, porém, a indiferença". (2003, pág. 68)

Como nos ensina BARBOSA MOREIRA,

"Não me parece que a nossa legislação processual deixe de ministrar ao juiz os instrumentos de que precisa para conduzir bem o processo, inclusive em matéria de instrução probatória do juiz como algo que se realize em substituição àquilo que outrem deveria realizar. Não; ao juiz incumbe precipuamente julgar." (1991, pág. 140)

Contudo, a participação mais ativa do juiz na instrução processual, determinando a realização das provas que entender necessárias ao deslinde do feito, ao contrário do que sustenta a doutrina defensora do princípio dispositivo, não ofende sua imparcialidade. Diz-se isto porque o seu objetivo é a busca da verdade real, a fim de proferir uma decisão digna e justa, sopesando ainda a preocupação do magistrado com os fins sociais do processo, cuja visão publicista exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material.

Outrossim, possui o magistrado uma característica fundamental: o desinteresse objetivo da prestação jurisdicional, ou seja, a indiferença do Estado-juiz no resultado da demanda, seja ele positivo ou não para qualquer das partes, apenas se preocupando com um resultado justo para aquele quem tenha razão.

Neste sentido, afirma CAMPANELLI:

“Por outro lado, o julgador neutro ou inerte permanece totalmente inativo diante do litígio das partes por preocupar-se unicamente com o aspecto técnico do processo, inobservando a existência de fatos que ensejariam sua intervenção. O juiz neutro não pratica os atos necessários para conceder às partes “paridade de armas” para que possam comprovar as suas alegações, tampouco realiza ações tendentes à busca da verdade. O magistrado que não perquire a verdade, permanecendo inerte quando deveria praticar atos no processo, em especial à realização das provas necessárias à instrução do feito, visto ser um conjunto probatório elemento central em um processo, é um julgador meramente tecnicista e, portanto, indesejado. Assim, não se pode confundir juiz imparcial com juiz neutro, já que esse não atende às necessidades do processo. Na realidade, dizer juiz imparcial é redundante, pois o exercício da função judicante exige eqüidistância das partes, de modo a decidir a lide sem qualquer interesse em nenhuma delas.” (2006, pág. 95)

Nos dias atuais, o Processo Civil Brasileiro não é mais aquele em que havia como regra o princípio dispositivo, muito pelo contrário, em virtude da natureza pública do processo, o juiz juntamente com os litigantes, deve atuar na produção de todas as provas necessárias para o seu convencimento.

Assim também, com o advento da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, o poder do juiz emergiu de forma mais aguda. Nas palavras de Ovídio Araújo Batista da Silva: “não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juízes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época.” (2004, pág. 213)

Observa-se, desse modo, que os institutos da imparcialidade e da neutralidade são diferentes entre si, na medida em que se o juiz for omissos a algum fato mencionado nos autos e tal omissão beneficiar alguma das partes, poderá este ser imparcial, porém neutro.

4. DO CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS ARTIGOS 130 E 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil pátrio, no seu artigo 130, confere ao julgador o poder de iniciativa probatória, atribuindo-lhe determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução da lide.

“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.”

Em contrapartida ao acima exposto, há correntes que defendem a idéia de limitação da atividade do juiz à iniciativa das partes, sob o fundamento da aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil e, bem assim da necessidade de preservar a imparcialidade do magistrado, idéia esta defendida pelo princípio dispositivo, no qual o juiz depende, da iniciativa das partes quanto à produção de provas e às alegações em que se fundamentará e, bem assim do princípio da imparcialidade.

“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.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I – recair sobre direito indisponível da parte;
II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Nas palavras do professor João Batista Lopes:

“[...] as objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade.” (1994, pág. 36)

Em que pese os posicionamentos explanados, a iniciativa probatória do juiz refere-se ao Princípio da Busca da Verdade Real, a qual representa o Princípio da Investigação Judicial, que significa a busca do material probatório, para se verificar a verdade real dos fatos, sendo este ato sua atribuição e dever, posto que, embora não tenha interesse na causa, busca uma sentença justa, dando a quem merecer o direito posto a discussão.

Para Rui Portanova:

“[...] A par de não se admitir o principio dispositivo rígido [...] cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em fase da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Teixeira, citando Lessona a afirmar que “em matéria de prova todo o progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real.” (1999, pág. 199)

Para a doutrina tradicional, as regras referente ao ônus da prova impõem um limite aos poderes instrutórios do juiz, só podendo ser aplicado o art. 130 quando, após a produção de todas as provas pelas partes, ainda permanecesse o magistrado em dúvida, impossibilitado assim de decidir segundo o seu livre convencimento, ou pelo ônus da prova.

De acordo com esse entendimento, se o julgador pudesse determinar, de forma ilimitada, a produção de qualquer prova, estaria violando o princípio da igualdade que deve existir entre as partes, pois estaria substituindo a inércia de uma das partes e, nesse aspecto, desequilibrando o contraditório.

Para Bedaque, “as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja, a efetivação do direito material”. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, 2009, pág. 67)

O Juiz tem o poder de, em verificando a possibilidade de esclarecer determinado fato alegado e ainda não provado, determinar diligências no sentido de

esclarecê-lo. O juiz, deve sempre decidir pelo ônus da prova, ou seja, mesmo quando se tratar de direitos indisponíveis, em que a iniciativa probatória do juiz é indiscutivelmente ampla, pode ele ter que resolver o conflito através do ônus da prova, julgando procedente ou improcedente a ação. Porém, se houver dúvidas quanto a algum fato ainda não esclarecido nos autos, poderá o juiz tentar solucionar. (JOÃO BATISTA LOPES, 2007)

Desse modo, não se percebe qualquer conflito entre os dispositivos legais (art. 130 e 333 do Código de Processo Civil), uma vez que o art. 130 do Código de Processo Civil não tem o seu alcance limitado pelo ônus da prova, o qual é previsto no art. 333 do mesmo diploma legal, mesmo porque, como leciona Bedaque, diversos são os momentos de incidência dos referidos dispositivos legais, o primeiro voltado para a instrução contraditória, e o segundo para a fase decisória. (2009, pág. 98)

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a conclusão que se impõe é que se por um lado exige-se a necessidade de ampliar os poderes instrutórios do juiz, com o intuito de equilibrar as diferenças de recursos entre as partes, e com isso dar ao contraditório efetividade para a realização da Justiça, por outro lado, deve-se reforçar a observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal.

Devendo, desse modo, exigir do juiz que na motivação de suas decisões demonstre, de forma fundamentada, que examinou todos os argumentos produzidos pelas partes, mediante a justificação de cada elemento probatório colhido, para que estas não tenham dúvidas de que o contraditório e ampla defesa foram observados, e de que toda a prova por elas produzidas foi levada em consideração na formação de seu convencimento.

Ademais, o processo não pode ser visto como algo exclusivo das partes, mas também não pode, numa visão autoritária identificar no indivíduo mero agente de satisfação do interesse coletivo, isto porque o papel, inclusive constitucional, do processo é o de garantir uma ordem jurídica que assegure os direitos humanos, pois a eficácia concreta destes direitos depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Desse modo, o juiz, não pode mais ser visto como aquele sujeito totalmente inerte, que para atuar depende, sempre, da provocação da parte. Deve ele, como representante do Estado e tendo a direção formal e material do processo, ser um sujeito ativo no desenvolvimento da relação jurídica processual. Conforme analisado, existem dois posicionamentos acerca dos princípios atinentes às provas.

Assim, não restam dúvidas que devem ser conferidos aos magistrados amplos poderes no campo da investigação probatória, objetivando entregar a tutela jurisdicional qualificada, exigência de ordem pública no sentido de que os conflitos sejam solucionados com justiça, de uma forma justa e eficaz, sem, contudo, deixar de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, pelos quais as partes poderão se manifestar diante de qualquer prova produzida nos autos.

Necessário salientar ainda que a imparcialidade imposta ao Juiz é de grande importância para o deslinde do feito. Embora sua participação no processo tenha ficado mais ativa, o julgador, deve conduzir a demanda de modo que seja observado o contraditório e ampla defesa.

A participação ativa do juiz na instrução processual, determinando a realização das provas que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos, não atinge a sua imparcialidade, tendo em vista que seu objetivo é a busca da verdade real.

Portanto, da análise dos temas acima percorridos, pode-se verificar que há compatibilidade entre o princípio dispositivo, em sua visão mais atual, o da imparcialidade e, bem assim, o da busca da verdade real (iniciativa probatória do juiz) uma vez que o princípio dispositivo, nesta versão, impõe às partes a iniciativa das alegações e dos requerimentos, em que o princípio da busca da verdade real em nada o contrapõe, eis que deve o julgador determinar tantas quantas provas necessárias à integral apuração dos fatos.

Desse modo, diante do estudo ora realizado, nota-se que o juiz não deve se satisfazer apenas com a verdade formal trazida aos autos, mas deve também buscar a verdade real, de modo a tornar o processo cada vez mais instrumental e efetivo.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. ***Poderes Instrutórios do Juiz***. 4ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009.

BRASIL. ***Código de Processo Civil***. 9ª Edição, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. ***Poderes Instrutórios do Juiz e e Isonomia Processual***. São Paulo: Juarez De Oliveira, 2006. pág. 113.

CAMPO, Hélio Márcio. ***O Princípio Dispositivo em Direito Probatório***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 92-93; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. ***Curso de Processo Civil: processo de conhecimento***. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. pág. 251, 252 e 253.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. ***Acesso à Justiça***. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 198, pág. 77.

CAPPELLETTI, Mauro. ***La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil***. Buenos Ayres: EJE, 1972.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Instituições de Direito Processual Civil***. v. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Teoria Geral Do Processo***. 21^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ***Curso De Direito Processual Civil***. 2^a Edição, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. ***A Instrumentalidade Do Processo***. 13^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. ***Nova Era do Processo Civil***. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. ***Teoria Geral do Processo***. 19^a Edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

GARCIA, Juvêncio Gomes. ***Função Criadora do Juiz***. 1^a Edição.: Brasília Jurídica, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. ***A culpa e sua prova nos delitos de trânsito***. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. ***Direito Processual Civil Brasileiro***, vol. I, Editora Saraiva.

HERKENHOF, João Baptista. ***O Direito Dos Códigos E O Direito Da Vida***: atores do mundo jurídico estudados sob o angulo da sociologia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23.

LESSONA, Carlos. ***Teoria General de La Prueba em Derecho Civil***. Trad. José Maria Manresa y Navarro. Madrid: Réus, 1928, vol. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio, ***Estudo Sobre o Processo Civil Brasileiro***. Araras: Best Book. Editora Distribuidora Ltda, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio, ***Fondamento del Principio Dispositivo***, Rivista di Diritto Processuale, nº 15 pág. 551-565. Milano, 1962

LOPES, João Batista. ***A Prova no Direito Processual Civil***. 3^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73 e 194.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. ***Manual do Processo de Conhecimento***. 5^a Edição. Revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4^a Edição. rev. e amp.
- São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil,
Volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Função Social do Processo Civil Moderno e o papel do Juiz e das Partes na direção do processo**. *Revista de Processo*. ano 10, n. 37, p. 140-150, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Juiz e a Prova**. *Revista de Processo*. n. 35, p. 177-184, São Paulo: RT, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAILLAS, Enrique. ***El Principio, Estudios de Derecho Probatorio***. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1990, p.112.

PORTANOVA, Rui. ***Princípios do Processo Civil***. 7^a Edição. Porto Alegre. 2008, p. 205.

SANTOS, Moacyr Amaral, ***Primeiras Linhas de Direito Processual Civil***. 22^a Edição 2002, Editora Saraiva, pág. 76, 77.

SANTOS, Moacyr Amaral. ***Prova Judiciária no Cível e Comercial***. 2^a Edição, v. I. São Paulo: Max Limonad, 1952, pág. 115.

SANTOS, Moacyr Amaral. ***Prova Judiciária no Cível e Comercial***. v. I. São Paulo: Saraiva, 1983, pág. 260.

SILVA, Nelson Finotti. ***Um Juiz mais ativo no Processo Civil (artigo)***. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4356/um-juiz-mais-ativo-no-processo-civil>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. ***Curso de Processo Civil***. 6^a Edição., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. ***Processo e Ideologia: o paradigma acionalista***. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 213.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. ***O Juiz em Face do Código de Processo Civil.***

Revista de Processo. ano III, n. 10. São Paulo: RT

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Curso De Direito Processual Civil.*** 50^a Edição. Rio

de Janeiro: Forense, Gen, 2009. v.1.

VELLOSO, Adolfo Alvarado, "***El garantismo procesal***", em *Activismo y garantismo*

procesal, pág. 145.

VÉSCOVI, Enrique. ***Teoría General del Proceso***, Temis, Bogotá, Colombia, 1.984,

pág. 219.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. ***Curso Avançado de Processo Civil.***

10^a Edição., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.