

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O ATIVISMO JUDICIAL NA FASE INSTRUTÓRIA DO PROCESSO DE
CONHECIMENTO**

Andréia Possebão Nogueira

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O ATIVISMO JUDICIAL NA FASE INSTRUTÓRIA DO PROCESSO DE
CONHECIMENTO**

Andréia Possebão Nogueira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luciano de Souza Pinheiro

Presidente Prudente /SP
2003

O ATIVISMO JUDICIAL NA FASE INSTRUTÓRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito

Luciano de Souza Pinheiro
Orientador

Eduardo Gesse
Examinador

Adriano Massaqui Kashiura
Examinador

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2003.

Tudo vale a pena quando a alma não é pequena.

Fernando Pessoa

Agradecimentos

Primeiramente, a Deus por sempre estar ao meu lado, protegendo e iluminando-me por toda minha vida. Sem Ele, nada seria possível.

À minha família que sempre esteve ao meu lado, especialmente a minha mãe pelo apoio incondicional.

Aos amigos que conquistei ao longo de minha vida e que vibram comigo a cada passo de meu crescimento.

Ao Dr. Adriano, profissional admirável com quem tive o prazer de trabalhar e aprender durante parte deste curso.

Ao Dr. Gesse, adorável professor, exemplo de vida e dedicação ao Direito, por todos os ensinamentos no decorrer deste ano.

Por fim, ao meu querido orientador, Dr. Luciano, modelo de pessoa e profissional que muito me auxiliou e ajudou neste trabalho sempre de forma compreensiva e dedicada, colocando-se sempre à disposição.

RESUMO

A atividade jurisdicional tem como objetivo-síntese a pacificação social, e o processo é seu instrumento precípuo. O magistrado, como representante do Poder Judiciário, tem o dever de desenvolver esforços para manter a integridade do ordenamento jurídico, fazendo com que o Estado cumpra sua função.

Na doutrina processual brasileira há ainda uma certa resistência quanto à iniciativa probatória oficial. Apesar dos poderes instrutórios terem sido concedidos pelo legislador, o juiz, muitas vezes, apresenta-se inerte, tornando-se mero espectador da lide que futuramente julgará. A apatia do magistrado em relação ao processo é motivo de muitas censuras. Alguns consideram isso como uma das maiores causas de mau funcionamento da máquina judiciária.

A nova tendência processual, demonstrada nesta monografia, visa a efetividade do processo a partir do ativismo judicial, abolindo o formalismo excessivo e desnecessário, utilizando o processo como um instrumento de condução a verdade real e, conseqüentemente, à ordem jurídica justa.

É nesse contexto que se insere a atividade oficial probatória abordada neste trabalho, evidenciando que é uma atitude legal e legítima, de acordo com o ordenamento jurídico e com o Estado democrático de direito, e ademais, não contraria os princípios constitucionais, tampouco fere a imparcialidade do juiz.

Para alcançar os objetivos desta pesquisa monográfica foi necessário o uso de fontes doutrinárias e jurisprudências. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, uma vez que parte de hipóteses generalizadas de vários posicionamentos e idéias acerca do problema, chegando a uma conclusão particular sobre o tema. Já o método de procedimento foi o histórico e o comparativo, porque se utilizou informações históricas e comparações entre diversos posicionamentos.

PALAVRAS CHAVES: ativismo judicial, poderes instrutórios do juiz, atividade probatória oficial, produção de provas *ex officio*.

ABSTRACT

The juridic activity has synthesis objective the social pacific act and the process is the principal instrument. The judge, as representative of Judicial Power, must be development efforts to maintain the integrity of legal system, making with the State do you function.

At the brasilian lawsuit doctrine there still a few resistance how the prove iniciativity official. All the power instructs have been given by legislator, the judge, many times, shows doldrums, making only spectator of conflict that will decide in the future. The judge apathy to relation of the process in reason of many censures. The critic considers this like the best causes of bad working of the judicial machine.

The new process tendency, demonstracion in this study, try to show the efficacy of process of legal active, with out the many acts formal and unnecessary, using the process like instrument of the real true away and, consequently, the right judicial order.

In this context insert prove official activity here working, showing one legal attitude and legitimate, according to legal system, and with State democratic of law and no contradict the on principles constitucionais, either hurt the impartion judge.

Whenever, for to reach all objectives this research was necessary usefull doctrines and common law. The metody of abbording usefull was the hipotetic-dedutive, one time start of generality hipoteses of many posicion acts and idea about problem, arriving at particulity conclusion about tame. Talking about procediment metody was historic and comparative because usefull their histories information and comparison between many posicion acts.

KEYS WORDS: activity legal, powers instructs of judge, prove official activity, mafe prove by judge.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| | |
| 2 DIREITO PROCESSUAL | 14 |
| 2.1 Noções gerais | 14 |
| 2.2 Lide, jurisdição e ação | 18 |
| 2.3 Processo | 28 |
| 2.4 O processo de conhecimento | 35 |
| 2.5 Figura do juiz | 38 |
| | |
| 3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS | 46 |
| 3.1 Introdução | 46 |
| 3.2 Princípio do devido processo legal | 48 |
| 3.3 Princípio da Isonomia | 49 |
| 3.4 Princípio do contraditório | 51 |
| 3.5 Princípio do juiz e do promotor natural | 53 |
| 3.6 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional | 55 |
| 3.7 Princípio da motivação das decisões judiciais | 57 |
| 3.8 Princípio da publicidade dos atos processuais | 59 |
| 3.9 Princípio da proibição da prova ilícita | 60 |
| 3.10 Princípio do duplo grau de jurisdição | 62 |
| | |
| 4 ACESSO À JUSTIÇA | 65 |

| | |
|--|------------|
| 5 DAS PROVAS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO | 78 |
| 5.1 Breve histórico sobre provas | 78 |
| 5.2 Conceito | 82 |
| 5.3 Finalidade e destinação | 83 |
| 5.4 Avaliação da prova | 84 |
| 5.5 Objeto | 91 |
| 5.6 Provas ilícitas | 93 |
| 5.7 Ônus da prova | 96 |
| | |
| 6 ATIVISMO JUDICIAL | 104 |
| 6.1 O posicionamento ativista e o posicionamento tradicional | 104 |
| 6.2 O ativismo judicial e o princípio dispositivo | 108 |
| 6.3 O ativismo judicial e a busca da verdade real | 119 |
| 6.4 O ativismo judicial e o excesso de trabalho no Poder Judiciário | 124 |
| | |
| 7 A Imparcialidade do Juiz | 128 |
| 7.1 Princípio da imparcialidade do juiz | 128 |
| 7.2 A imparcialidade do juiz na produção de provas <i>ex officio</i> | 131 |
| | |
| 8 CONCLUSÕES | 137 |
| | |
| 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 142 |

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como fim demonstrar a possibilidade de real atuação do juiz no processo civil, sobretudo na fase instrutória do processo de conhecimento.

Ao tratar de um assunto, não se pode perder a noção de globalidade. Assim, para expor o ativismo judicial mister se faz observar não só o tema, mas sim todo o conjunto, ou seja, o mundo no qual ele, assunto, esta inserido. Sem o contexto o trabalho poderia ser interpretado erroneamente, ou ainda, sob uma análise deficiente, fraca. Por isso ao referir-se a atividade do magistrado no momento probatório será necessário entender o processo como um todo.

É a partir de uma visão plena do processo que se tenta explicar o ativismo judicial e sua aquiescência com os institutos processuais. O surgimento do direito, bem como a finalidade do processo são assuntos relevantes, abordados neste estudo na tentativa de elucidar a legitimidade e a legalidade da participação do juiz na colheita do material probatório.

O ativismo judicial busca, na verdade, a efetividade do processo. Uma nova perspectiva de processo civil é demonstrada neste trabalho através de uma visão mais moderna adotada por processualistas que acreditam que se deva reverenciar menos as formas e mais a justiça.

Partindo dessa premissa, este trabalho tem como objetivo considerar processo como um instrumento a serviço da sociedade, porquanto de nada adianta um complexo de regras tão sofisticado se não serve para proporcionar benefícios a quem o utiliza. A participação do juiz, nesse contexto, é uma forma de promover justiça social.

A visão mais tradicionalista de processo não acolhe a ativa participação do juiz na instrução processual civil. Os juristas adeptos desse posicionamento acreditam que admitir a produção oficial de provas é destruir o princípio dispositivo e o princípio da imparcialidade do juiz. Para esses profissionais e estudiosos do direito, as partes devem conduzir os fatos e as provas até o Estado-juiz, e este, por sua vez, a partir do material probatório que lhe foi oferecido, deve dar seu parecer, decidindo. Esses pensadores são a favor da verdade meramente formal e da utilização indiscriminada das regras de ônus da prova.

A moderna visão processualista adotada neste trabalho tem por finalidade demonstrar que os argumentos utilizados pelos processualistas mais conservadores são apenas mitos possíveis de serem derrubados.

Ao longo desta monografia é possível observar que as críticas desferidas contra o ativismo judicial encontram-se atualmente superadas devido a uma visão mais social do direito. Ademais, o chamado ativismo judicial não tem por objetivo retirar das partes sua função de produzir provas, esta continua sendo precípua dos litigantes.

A verdade formal preconizada pela corrente mais conservadora do direito não coaduna com os escopos do processo. Não é viável admitir que a verdade real seja abandonada devido a uma ótica estritamente formalista de processo.

É indiscutível que o processo deva ser formal. Isso ocorre para sua própria eficácia. Contudo, o que tenta se combater são os excessos. Esse formalismo processual aceito e considerado como necessário dá ensejo, muitas vezes, a um formalismo exacerbado, que isola o processo em si mesmo inviabilizando o acesso à justiça.

Aliás, o acesso à justiça é, nos últimos tempos, um dos temas mais discutidos por juristas em congressos no mundo todo, afinal, o direito existe para harmonizar a

vida em sociedade e, se o Poder Judiciário não garantir o acesso à justiça, o Estado terá fracassado em suas funções.

Este trabalho aborda o problema do acesso à justiça demonstrando que o ativismo judicial é uma das formas de ajudar o processo a obter ordens jurídicas justas.

Diante da atual visão publicista do processo, não se deve aceitar a estagnação do Estado-juiz ante a resolução de conflitos de interesses levados a seu conhecimento.

É preciso ir além e conseguir a solução mais justa ao litígio. Isso traz segurança à sociedade e conseqüentemente conduz a credibilidade do sistema, evitando, dessa forma, o caos social.

Partindo do pensamento de Jean-Jacques Rosseau que se referia ao Estado como um mal necessário, o processo sendo objeto inserido nesta conjuntura, também é igualmente necessário. É por isso que se persegue tanto a efetividade desse instituto.

Com todo o esforço na busca pela eficácia do processo, é insensato admitir que o representante da soberania do poder estatal responsável pela justiça fique inerte diante de qualquer das fases do processo, sobretudo da fase que fundamenta sua decisão. Mais imoral que aceitar sua estagnação é não permitir a participação do juiz quando este deseja atuar na produção de provas por não ter formado uma convicção sobre os fatos.

Espera-se, neste trabalho, que fique devidamente demonstrada a importância do ativismo judicial. E mais, que fique comprovado que a participação do juiz na instrução do processo está de acordo com o ordenamento jurídico positivado e que

principalmente, que corrobora com a função social do processo e do direito como um todo.

2 DIREITO PROCESSUAL

2.1 Noções gerais

Antes de iniciar o estudo das ciências processuais é necessário uma breve explanação sobre o surgimento do Direito.

É impossível, no atual estágio da sociedade, pensar num mundo sem normas reguladoras. Com o desenvolvimento do homem tornou-se imprescindível a existência de normas que ordenassem suas relações com os seus. E mais, para que fosse realmente eficaz, houve a necessidade de obrigatoriedade indistinta dessas normas.

O Direito está diretamente ligado à formação do Estado. A partir de aglomeração de pessoas, foram formando-se gens, os quais, havia um líder, o pater-família, que comandava os demais.

O Estado grego, que exerceu grande influência na formação dos Estados clássicos, era, no século. IX a.C., tipicamente patriarcal e monárquico. Nas Cidades-Estado, formadas a partir da junção de vários gens, havia um Rei e um Conselho de Anciãos e em casos excepcionais convocavam-se Assembléia Geral.¹

Nas sociedades antigas não havia a tripartição dos poderes estatais. As primeiras idéias sobre a divisão dos poderes pode ser observada na obra de Platão, Diálogo das Leis, onde o filósofo doutrinava: “não se deve estabelecer jamais uma

¹ “O Estado grego antigo, geralmente apontado como fonte de democracia, nunca chegou a ser um Estado democrático na acepção do direito público moderno. O próprio Estado ateniense, no auge da sua glória, sob a liderança de Péricles, apresentava, na sua população de meio milhão de habitantes, cerca de 60% de escravos, sem direitos políticos de qualquer espécie, além de cerca de 20.000 estrangeiros. Resumiam-se a pouco mais de 40.000 os *cidadãos* que governavam Atenas e constituíam-se a soberania do Estado”. MALUF, Said. **Teoria Geral do Estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.96.

autoridade demasiado poderosa e sem freios nem paliativos”. Aristóteles, em sua obra, Política, aproximou-se um pouco mais da famosa tripartição de poderes. Este se referia a uma divisão do Estado em poder “legislativo, executivo e administrativo”.²

A divisão dos poderes estatais foi realmente sistematizada por Montesquieu em sua obra, O Espírito das Leis, em 1748, considerando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si.

Com o advento do Estado houve, conseqüentemente, a instituição de leis, porém essas normas eram primárias e tinham uma visão menos lapidada de justiça. O mundo vivia uma época de barbárie onde a lei que predominava era a lei do mais forte.

O direito surgiu como confluência da moral e do social, pois o homem é, ao mesmo tempo, um ser moral e social e, sua finalidade é assegurar a coexistência pacífica dos seres humanos.

Hodiernamente, entende-se que onde há sociedade, há o Direito. É exatamente idéia que se apresenta um brocado latino: *Ubi societas, ibi jus*. Há ainda os que entendem o contrário, *ubi jus, ibi societas*, porque já existiu, uma fase pré-jurídica, contudo, no nível de formação social atual, isso seria impossível.³

A palavra direito pode ser usada em vários sentidos. O vocábulo deriva do latim *directum*, que tem mesma raiz de *rex, regere, regula*, estando, dessa forma, ligado à palavra regra. Há ainda, do latim, o vocábulo *jus*, que tem como raiz o verbo *judere* (ordenar), e também, *justus* e *justitia*, que se refere a moral.⁴

² PLATÃO E ARISTÓTELES *apud* MALUF, 2003, p.20.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.19. “A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar”.

⁴ PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, ano 1999. p.35.

A noção de Direito esta amplamente ligada à noção de justiça, normalmente aparece como objeto desta. É um conjunto de normas estruturado em torno da necessidade de segurança e ordem na vida social.

O direito pode ser compreendido em direito material e direito processual. O primeiro diz respeito às normas que disciplinam as relações jurídicas, *verbi gratia*, normas de direito civil, comercial, administrativo, trabalhista, comercial, penal etc. Essas normas jurídicas são leis que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, sendo o próprio ato jurídico, havendo, ademais, os atos ilícitos dentro do mundo do fato jurídico. As normas jurídicas de direito material tratam das relações jurídicas que se travam no mundo empírico.

O direito processual, por sua vez, é um instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material. Suas normas jurídicas disciplinam aquilo que acontece em juízo, visando à solução dos conflitos.

Por meio do processo é que se consegue dar eficácia e efetividade à norma jurídica de direito material desrespeitada por um dos sujeitos do litígio. O direito material visa às relações jurídicas, com conteúdo eminentemente espontâneo. Por isso, diante do descumprimento da norma ou do inadimplemento de determinada obrigação, o direito substantivo (material) nada pode fazer, restando ao interessado buscar a tutela jurisdicional do Estado fazendo uso do direito processual.

Os doutrinadores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem direito processual como “o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”.⁵

O direito processual é único, todavia, para maior conveniência, o legislador agrupou as normas processuais em códigos e leis especializadas, surgindo assim, o

⁵ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.40.

que se chama de direito processual civil, direito processual do trabalho e direito processual penal. O direito processual civil é segmento responsável pela regulamentação de leis da jurisdição civil.

O direito processual civil não disciplina apenas as relações de direito material civil. Através do processo civil são reguladas também relações de direito comercial e outras de direito público, que não sejam a penal, como, *v.g.*, as de direito administrativo.

Para o processualista Gelson Amaro de Souza, o direito processual civil é entendido como:

O conjunto de normas e princípios que regem as relações processuais, ditando os procedimentos, pressupostos e condições tanto para provocar, como para obter a providência solicitada junto ao Poder Judiciário, que pode ser jurisdicional ou meramente administrativa.⁶

Por ter princípios próprios e estar ligado ao direito público, o direito processual civil é considerado autônomo, diferente do direito material civil que, na maioria das vezes, faz parte do direito privado. O direito adjetivo civil tem, também, natureza e objetivo distintos do direito substantivo.⁷

As normas processuais são cogentes, tem natureza de direito público, e têm eficácia através da jurisdição que é a exercida pelo Estado por meio de uma de suas funções básicas.

Quanto ao objetivo, o direito processual visa resguardar a própria ordem jurídica, solucionando efetivamente os conflitos de interesse e, dessa forma, assegurando a paz social. No entanto, há os seguidores de uma antiga corrente civilista que defendem que o objetivo é a tutela dos interesses individuais ameaçados

⁶ SOUZA, Gelson Amaro. **Curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. Presidente Prudente, SP: Data Júris, 1998. p.40.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. volume 1. p.06.

ou violados. Para Humberto Theodoro Júnior, o direito processual funciona também como meio de solução de conflitos individuais, sendo um objetivo mediato, enquanto a busca da paz social e segurança da ordem jurídica é o objetivo imediato e principal.⁸

Assim, o direito processual tem sua importância na relevante função mediata para alguns, imediata para outros, ou mesmo, mediata e imediata simultaneamente.

2.2 Lide, jurisdição e ação

Para melhor entendimento do presente trabalho monográfico, necessário se faz a abordagem de pontos relevantes do direito processual. Será apresentado um breve estudo sobre a lide, a jurisdição e a ação, entretanto, esta análise será feita sem a grande profundidade ou complexidade que lhe possa ser pertinente.

Não há como falar em produção oficial de provas sem falar em processo que é instrumento da ação, e esta, por sua vez, é meio de atuação das partes levada ao Poder Judiciário para que, este, através da jurisdição, ponha fim ao conflito de interesses.

No mundo há uma limitação de bens, quando duas ou mais pessoas interessam-se pela mesma coisa surge um conflito. Os chamados bens da vida são objetos de constantes disputas. É a partir desse conflito de interesse que há o surgimento da lide.

O conflito de interesse surge justamente quando mais de um sujeito procura utilizar ou querer para si o mesmo bem. É o que ensina Humberto Theodoro Júnior:

⁸ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.08.

Há *litígio* quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem não encontra uma solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes. Aí o primeiro persistirá na exigência de que o segundo lhe entregue o bem e este resistirá, negando cumprir o que lhe é reclamado.⁹

O vocábulo *lide* e *litígio* são usados como sinônimos tanto pelos doutrinadores como pelo Código de Processo Civil.¹⁰

O conceito mais difundido de *lide* é o dado pelo jurista italiano Francesco Carnelutti que define *lide* como um conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida.

Gelson Amaro de Souza refere-se à *lide* como “o resultado de uma pretensão insatisfeita em razão da resistência encontrada fora do processo e que faz nascer o interesse processual”.¹¹

Para a melhor compreensão de *lide* é necessário saber, também, o que é interesse, pretensão e bens da vida.

Interesse, para Carnelutti é “a posição favorável para a satisfação de uma necessidade” assumida por uma das partes e pretensão é a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um próprio.¹² E, bens da vida são coisas úteis e necessárias à vida do ser humano para sua sobrevivência e, também, para seu conforto.

Outro aspecto a ser explorado é o nascimento da *lide*. Alguns doutrinadores entendem que ela surge mesmo antes do processo. Para outros, entretanto, seu nascedouro ocorre com a instauração deste, antes disso existe apenas o conflito de interesses.

⁹ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.31.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de Processo Civil**. 2.ed. Campinas: Millenium, 1998. volume 1. p.260.

¹¹ SOUZA, 1998. p.12.

¹² CARNELUTTI apud THEODORO JÚNIOR, op. cit., p.31.

Quando há um conflito de interesses em que as partes não conseguem resolvê-lo, busca-se o Poder judiciário para que ele, parte desinteressada no resultado, diga, com imparcialidade, quem tem razão.

O Estado, ao longo do tempo, foi se aperfeiçoando, se fortalecendo e aumentando seu poder e influência sobre a população. Substituiu a justiça privada e formou um Estado de direito de relevância ímpar na sociedade.

Atualmente, o Estado detém para si o monopólio sobre o direito, definindo leis e, também, aplicando-as. O professor Humberto Theodoro Júnior apresenta casos excepcionais que lembram a justiça privada, onde havia a defesa do direito pelas próprias mãos como, por exemplo, a legítima defesa (art. 188, inc. I, CC/2002), a apreensão do objeto sujeito ao penhor legal (art. 1467 a 1472, CC/2002) e, o desforço imediato no esbulho possessório (art. 1210, §1º, CC/2002).¹³

A jurisdição faz parte dessas funções do Estado. Somente ele que pode, oficialmente, dizer de quem é o direito. Não há que se confundir função jurisdicional com funções legislativa e administrativa, haja vista a diferença precípua na finalidade de cada. O fim maior da jurisdição é pacificação social. Através da função jurisdicional exercida pelo Estado se mantém a ordem jurídica intacta.

Sobre os escopos da jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco, conclui:

A jurisdição não tem *um escopo*, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).¹⁴

¹³ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.30.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.317.

Segundo tal doutrinador, é preciso fazer um estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual para encontrar os escopos da jurisdição. Mister se faz extrapolar o objetivo puramente jurídico do instituto, encarando também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal.¹⁵

Etimologicamente, a expressão jurisdição decorre da junção de duas expressões latinas, *juris* (direito) e *dictio* (dizer). Entende-se, assim, jurisdição como o poder de dizer o direito. Poder este, conferido exclusivamente ao Estado.¹⁶

Sobre o fato de o Estado ter poder exclusivo sobre a jurisdição, Gelson Amaro de Souza, que defende essa exclusividade, relata:

Pode se dizer que, jurisdição é a exteriorização do direito-dever que tem o Estado, de através do Poder Judiciário, dizer o direito, pondo fim às controvérsias, solucionando a lide, segundo a justiça ou segundo o direito. Dissemos direito-dever, isto porque o Estado tem o direito de exercer a jurisdição exclusivamente, não permitindo que outro a exerça. Dever, porque é dever do Estado prestar a jurisdição sem fugir à apreciação de caso algum.¹⁷

Dessa forma, não há dúvida que jurisdição é o poder, conferido à máquina judiciária, de dizer o direito no processo de conhecimento. Já, no processo de execução a jurisdição tem o poder, não apenas dizer o direito, mas também, de realizá-lo coativamente.

¹⁵ I DINAMARCO, 2000, p.153.

¹⁶ Sobre jurisdição ser poder exclusivo do Estado, alguns doutrinadores têm opiniões divergentes, pois consideram que a arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307/96, também tem natureza jurisdicional. Para Nélson Nery Júnior, *v. g.*, “a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O arbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial [...]”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: RT, 1997, p.1300. No mesmo sentido, Carlos Alberto Camona sustenta: “O legislador optou, assim, por adotar a tese da *jurisdicionalidade da arbitragem*, pondo termo à atividade homologatória do juiz [...]”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. Um Comentário à Lei 9307/96. São Paulo: Malheiros, 2000. p.38. Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, vê na arbitragem uma natureza parajurisdicional, dizendo que a “expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do *direito processual constitucional*”. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.29.

¹⁷ SOUZA, 1998, p.23.

Na jurisdição, o Estado substitui os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar, por meio da pacificação do conflito que os envolve, o maior bem jurídico, o qual é a justiça. Desse modo, jurisdição é o poder-dever de aplicação do direito objetivo conferido ao magistrado enquanto agente investido em tal função.

O artigo 1º do Código de Processo Civil menciona justamente tal função estatal: “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”.

Ao referir-se à jurisdição logo sobressalta a mente que há um conflito de interesses, e que o Estado é chamado pelas partes para solucioná-lo através da jurisdição. A jurisdição contenciosa é a regra, entretanto, é necessário lembrar que existe a jurisdição voluntária, como menciona o artigo 1º do Código de processo Civil. Neste tipo de jurisdição não existe conflito de interesses.

Tal jurisdição é considerada uma administração pública de interesses privados. Isso ocorre dada a relevância de alguns direitos privados.

Moacyr Amaral dos Santos, sobre jurisdição voluntária, ensina:

A fim de assegurar a ordem jurídica, intervém o estado até mesmo na administração dos mais diversos interesses privados, pelos mais diferentes órgãos. Por outras palavras, considerando a significação que têm para o Estado determinadas categorias de interesses privados, a lei lhe confere o poder de intervir na sua administração, conquanto com isso venha a limitar a autonomia da vontade dos respectivos titulares.¹⁸

A jurisdição contenciosa é a mais conhecida e coaduna melhor com a tutela estatal. Assim também é o entendimento de Moacyr Amaral dos Santos que diz que a jurisdição contenciosa é “a verdadeira e legítima jurisdição, que tem por objeto a

¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral (atualização, SANTOS, Aricê Moacyr Amaral), **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.78. O autor diz ainda, na p. 79 deste livro que “como na jurisdição voluntária não se resolvem conflitos, mas apenas interesses, não se pode falar em *partes*, no sentido em que esta palavra é tomada na jurisdição contenciosa, em que uma das partes pede contra ou em relação à outra . Na jurisdição voluntária há apenas *interessados*, isto é, titulares de interesse”.

composição do conflito de interesses”. Diz ainda que essa espécie de jurisdição não versa apenas em face de litígios, pois o réu pode ser revel, ou mesmo, confessar a pretensão do autor. Assim, acredita que ela se exerce em face de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão, ou seja, o objeto dessa jurisdição é as lides.¹⁹

Logo, o Estado, quando provocado, substitui os titulares dos interesses em conflito para buscar a pacificação do problema, que foi levado a seu conhecimento, de forma imparcial.²⁰

O meio utilizado para se provocar o Poder Judiciário na busca de uma solução para o conflito é a ação.

Segundo o famoso processualista, Enrico Tullio Liebman, “ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”.²¹

O direito de ação, no Brasil, é garantia constitucional devidamente especificada no artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição Federal não apenas recepcionou explicitamente o direito de ação, mas também, o elevou a categoria de princípio fundamental. Desse modo, o Estado não poderá se eximir de apreciar nada que chegue ao seu poder, ainda que seja para dizer à parte que ela é carecedora de razão ou mesmo de legitimidade.

¹⁹ SANTOS, 2002, p.76 - 77.

²⁰ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.31. Tais autores declaram que Jurisdição é compreendida como poder, função e atividade ao mesmo tempo. “Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”.

²¹ LIEBMAN apud THEODORO JÚNIOR, 2001, p.43.

Diante disso, o doutrinador, Arruda Alvim concluiu que tal direito não é um efetivo direito à tutela jurisdicional, mas sim, direito à possibilidade de pedir essa tutela.²²

Antes de analisar se a parte tem ou não razão, chamada pelos processualistas de mérito, analisa-se, se há pressupostos processuais e condições da ação.

Os pressupostos processuais serão analisados em momento oportuno, por hora, mister se faz apenas saber que são requisitos imprescindíveis analisados preliminarmente, ou seja, antes do mérito.

A respeito das condições da ação, são três e devem observadas na sua propositura. Alguns doutrinadores afirmam que são condições de existência, outros, apenas condições para seu exercício. Tais condições são: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte.

A possibilidade jurídica do pedido consiste em haver previsão de providência jurisdicional no ordenamento jurídico, podendo, a *posteriori*, decidir se a parte está certa ou não. Assim, entende-se como recepcionada a possibilidade de análise da pretensão apresentada.

O pedido deve estar em conformidade com as normas jurídicas. Como exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é cabível citar a cobrança de dívida de jogo proibido.

²² ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a. volume1. p.441 - 442. Ação “é o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende da manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material)”.

No direito privado, quando a lei for omissa sobre um assunto, pode-se praticar o ato que a lei não proíbe, todavia, na prática desse ato não defeso expressamente pela lei, deve-se observar a moral e os bons costumes.

Sobre o interesse de agir, outra condição da ação, Cintra, Grinover e Dinamarco relatam:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair alguma útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*.²³

Há um binômio que integra o interesse de agir: necessidade e adequação. Ou seja, só haverá o interesse de agir quando houver a necessidade de ingressar com uma ação para conseguir o que se deseja e quando houver adequação da ação que consiste na ação própria para o pedido.*

Para que exista realmente o interesse de agir é preciso que a pretensão seja necessária, isso quer dizer, que não há outro meio de conseguir a satisfação de maneira extrajudicial, ressaltando que não há possibilidade de autotutela, como regra.

A adequação refere-se à relação existente entre a pretensão apresentada e ao provimento jurisdicional solicitado. O provimento deve ser meio apto para solução do litígio.

A terceira condição da ação aqui apresentada é a legitimidade de parte. A legitimidade *ad causam* é o mesmo que existência de pretensão subjetivamente

²³ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.259.

* O que é garantido constitucionalmente é o direito de ação, por isso, para se promover uma ação não é necessário por o nome dela, contudo deve-se propor a ação adequada. Por exemplo, se o indivíduo não tem um título executivo é preciso que se promova a uma ação de conhecimento antes da propositura da ação de execução, pois, sem o título executivo constituído faltaria o interesse de agir, por não haver adequação.

razoável. Nos dizeres de José Frederico Marques: “Aquele que pede a tutela jurisdicional em relação a um litígio deve ser o titular da pretensão formulada ao Judiciário, e deve apresentá-la em face de quem é o sujeito passivo dessa mesma pretensão [...]”.²⁴

Entende-se que só é possível propor uma ação quem for parte legítima; e por parte legítima, o titular de direito próprio capaz de postular, em seu nome, seu direito, ainda que representado ou assistido, pois a capacidade de exercício é condicionada nos termos da lei civil, diferente da capacidade de direito.

Tal condição da ação está prevista no artigo 6.º do Código de Processo Civil, que dispõe que ninguém poderá ir a juízo para defender direito alheio, salvo, quando autorizado por lei, hipótese em que se configura a legitimação extraordinária, também conhecida como substituição processual. Logo, por via de regra, entende-se que somente quem alega ser titular de um direito poderá ir a juízo defendê-lo; excepcionalmente pode ocorrer a substituição processual.

Ressalta-se que as condições da ação não se confundem com os elementos da ação, os quais são: Partes, causa de pedir e pedido.

As partes tratam-se de pessoas diretamente interessadas na solução do litígio, que participam da relação processual. Em sentido técnico, partes são o autor (ou autores) e o réu (ou réus), que figuram na demanda. Define-se, em poucas palavras, autor como sendo aquele que pede a prestação jurisdicional; réu, aquele em face de quem se pede.

O Ministério Público pode ser parte em uma ação, a depender da qualidade em que atua no feito, a exemplo da legitimação extraordinária que ocorre nas ações civis públicas. O membro do *parquet*, quando a lei prever que deva atuar, ao menos,

²⁴ MARQUES, 1998, p.303.

como *custus legis* na causa, deve ser pessoalmente intimado dos atos que deva estar presente, sob pena de nulidade do feito.

Poderá, outrossim, no campo da jurisdição voluntária, existir uma ação sem réu, a exemplo da ação de separação consensual, em que as duas partes são autores, inexistindo o réu. Há, também, ações sem autores como é o caso de inventários abertos *ex officio*.

Cintra, Grinover e Dinamarco evidenciam que “o conceito de parte não interfere com o de parte legítima. A parte pode ser legítima ou ilegítima, nem por isso perdendo sua condição de parte”.²⁵

Sobre a causa de pedir, são fatos e fundamentos jurídicos que possibilitam ao autor procurar o Poder Judiciário para solucionar o conflito de interesse.

Ao procurar o mecanismo judiciário, o indivíduo está querendo formular um pedido. Logo, os fatos que geraram o seu pedido devem ser expostos ao juiz, bem como, as conseqüências jurídicas que podem ser extraídas desses fatos com o fim de gerar segurança nessas relações jurídicas em litígio.

Tal elemento (causa de pedir) se divide em: causa de pedir remota (descrição do conflito e da lesão sofrida) e, causa de pedir próxima (descrição da conseqüência jurídica resultante da lesão ao direito).

O pedido, outro elemento da ação, configura o requerimento, perante o Estado-juiz, da providência que extinguirá o conflito; ou seja, aquilo que o autor quer obter do Poder Judiciário ante a resistência do réu em conceder-lhe.

Obviamente, os autores de ações não podem solicitar provimentos jurisdicionais sem nenhum pedido, uma vez que, o Poder Judiciário não é órgão

²⁵ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.262.

consultivo. Visa a resolução de litígios aplicando a lei aos casos concretos apresentados.

Costuma-se distinguir pedido mediato e pedido imediato. Para Humberto Theodoro Júnior, pedido imediato é o provimento jurisdicional que se espera; é aquele emanado do Estado-juiz capaz de levar a efeito a pretensão deduzida relativa ao bem da vida. Pedido mediato e, conseqüentemente secundário, é o bem da vida que se quer obter na relação jurídica levada ao Poder Judiciário.²⁶

Por fim, é preciso entender que o direito de ação é anterior a própria ação. Segundo Gelson Amaro de Souza, o direito de ação pode existir e não ser utilizado. Sendo anterior, quando se propõe uma ação, o direito a ela já existe; caso contrário, o autor seria carecedor da ação.²⁷ Com isso, é possível observar uma verdadeira distinção entre o direito de ação e a própria ação.

2.3 Processo

A palavra processo tem seu sentido etimológico no brocardo latino *procedere* que é composto da palavra *pro* (para diante) e *cadere* (cair, caminhar) que, por sua vez, pode ser traduzido como caminhar para frente ou marcha adiante.

De importância suma para o Direito Processual, processo é o instrumento necessário à composição da lide utilizado pelo Estado-juiz. Visa atingir os escopos jurisdicionais supramencionados: políticos (realização da justiça), jurídicos (resolução do conflito de interesses) e sociais (pacificação social).

²⁶ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.49.

²⁷ SOUZA, 1998, p.39.

Com efeito, o processo não tem um fim em si mesmo, haja vista que ninguém movimenta a máquina judiciária senão quando movido pela necessidade de pronunciamento do poder judiciário acerca da titularidade de um bem da vida, ou ainda, de proteção ou satisfação deste.

Cândido Rangel Dinamarco espousa a idéia da instrumentalidade do processo, isto é, para ele, o processo é apenas instrumento na busca da solução dos escopos jurisdicionais:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia de defesa do processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.²⁸

Nos dizeres de Moacyr Amaral dos Santos “pode se conceituar processo como complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei aos lides ocorrentes, por meio de órgãos jurisdicionais”.²⁹

Para que a atividade jurisdicional do Estado pudesse ser exercida, foi criado um mecanismo apto, não dando a essa função um caráter discricionário. Esse sistema de atuação é o que se chama de processo, sendo assim, pode se notar que a função jurisdicional é subordinada a um conjunto de atos legais predeterminados.

Calamandrei entendia processo como “uma série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”.³⁰

²⁸ DINAMARCO, 2000, p.23.

²⁹ SANTOS, 2002, p.13.

³⁰ CALAMANDREI apud THEODORO JÚNIOR, 2001, p.39.

Sobre a natureza jurídica de processo já se apresentaram diversas teorias em épocas diferentes.

Para os romanos, o processo tinha a natureza de contrato. Segundo essa teoria, as partes realizavam um acordo e se obrigavam ao processo e a seus resultados; ofereciam, ao juiz, os elementos que achavam necessários para que ele tomasse sua decisão.

No século XIX, surgiu uma outra teoria que vislumbrava processo como um quase-contrato, pois apesar de estar ainda enquadrado como direito privado, entendiam que não era simplesmente um contrato, sua natureza ia além disso; não era ato voluntário das partes a relação se formava pelo *litis contestatio*.

Em meados do século XIX, Oscar Bulow, em sua obra clássica Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, apresentou a teoria predominante, a qual considera o processo como sendo relação jurídica processual, tendo sujeitos, objetos e pressupostos distintos da relação jurídica material, buscando, dessa forma, a atuação da lei através do órgão jurisdicional.

Houve resistência por alguns juristas que adotaram outras teorias, como a teoria que considerava o processo uma situação jurídica. Goldschmidt criticou a teoria de Bulow, negando a existência da relação jurídica. Outro crítico foi Jaime Guasp, que atribuiu ao processo natureza de instituição.³¹

Na análise da expressão processo, é necessário que seja feita distinção da expressão procedimento, haja vista a confusão que muitos apresentam entre elas. O processo, como já foi dito, é um método; procedimento, também denominado *rito*, é a forma de exteriorização do processo, ou seja, é apenas um meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo, ordenando a maneira que serão praticados os atos.

³¹ SANTOS, 2002, p.274.

É importante ressaltar que o processo é autônomo, não dependendo da existência de direito material da parte que invoca, basta apenas a existência dos pressupostos processuais para que possa ser conhecido.

Para que se análise mérito de uma ação é necessário que o processo (instrumento pelo qual a ação se exteriorizará) preencha alguns requisitos para que seu desenvolvimento seja válido e regular. É isso é chamado: pressupostos processuais.

A doutrina é pacífica quanto a quais são os pressupostos, porém os divide de várias maneiras diferentes.

Na análise dos pressupostos processuais de existência, também denominado pressupostos de constituição, segundo Arruda Alvim, é possível observar a demanda, a jurisdição, a citação e a capacidade postulatória. Tais pressupostos serão, a seguir, analisados.

Primeiramente, para que haja processo é necessário uma demanda, e esta, é exteriorizada na forma de petição inicial, a qual há a presença de pretensão e pedido.

Posteriormente, será analisado se é ou não válida, pois, segundo Arruda Alvim, um processo pode ser instaurado mesmo com uma demanda inválida.³²

Sobre jurisdição, para que ocorra a existência do processo é necessário que se formule o pedido a alguém investido de jurisdição, isto é, para um órgão

³² ALVIM, 2003a, p.549.

jurisdicional mesmo que incompetente, pois sua competência será analisada depois de instituída a relação processual.*

A relação processual só se completa quando é trilateral, logo, necessário se faz a citação do demandado. Entretanto, não se deve dizer que não exista processo sem a citação, esta é chamada de relação processual linear.³³ Os casos mais comuns de relação jurídica sem a presença do réu referem-se a concessão de medidas liminares em cautelar (art. 804, CPC), em possessórias (arts. 928 e 929 do CPC), nunciação de obra nova (art. 937 do CPC), entre outras.

Quanto a capacidade postulatória, outro pressuposto processual de existência conferido pelo legislador nos artigos 36, 37 e 38 do CPC, refere-se a necessidade de alguém apto para se expressar no processo em nome da parte. É a exigência da presença do advogado na postulação em juízo.*

Depois de constituída a relação processual, deve ser observada a existência dos pressupostos de validade ou, desenvolvimento regular.

O primeiro pressuposto diz respeito a uma petição inicial regular e apta para que o processo possa produzir efeitos. O artigo 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil define o que é petição inepta; e, quando for inepta, o processo será extinto sem o julgamento do mérito (art. 267, inc. I, CPC).

Na petição inicial deve constar todos os requisitos do artigo 282 do CPC, sendo apta quando retratar um pedido que, em tese, seja possível ou uma pretensão

* Ressalta-se que para a análise da pretensão do autor devem ser preenchidos os requisitos de existência e os de validade. Apesar dos pressupostos de existência fazer nascer a relação processual é necessário que seja válida.

³³ SOUZA, 1998, p.68.

* Há exceções referentes a este pressuposto. É possível a existência de algumas demandas sem a presença de advogado como, *v.g.*, a demanda sem advogado em Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95, art. 9º) , na Justiça do trabalho (art. 791, CLT) e o *Habeas Corpus* (art. 5, inc. LXVIII, CF).

viável.³⁴ Logo, a demanda regular é requisito essencial de validade e desenvolvimento do processo.

A competência do juízo e a imparcialidade do juiz constituem outros requisitos de validade do processo.

A competência refere-se a atuação da jurisdição que é una, porém distribuída para melhor atender a sociedade. Assim, todo juiz é plenamente investido de jurisdição, mas seu exercício é limitado a determinadas regiões territoriais, matérias, ou mesmo, limitado sobre o valor da causa.³⁵ Por isso, para que ocorra o desenvolvimento regular do processo, deve-se endereçar a petição inicial ao juízo correto.

Também é necessário que quem vá analisar o processo não tenha interesse pessoal no resultado, sendo imparcial e tendo como único interesse à obtenção da paz social.

A imparcialidade do juiz é garantia constitucional conferida no artigo 5º incisos, XXVII, LII, LIV da Magna Carta, os quais veda juízo ou tribunal de exceção, preceituando o julgamento feito pelo juiz natural, atendendo ao devido processo legal. Quando a imparcialidade for quebrada a parte pode utilizar as exceções de impedimento ou suspeição para obtê-la novamente.

Dada a importância deste pressuposto para o presente estudo, a imparcialidade do juiz, que reconhecida no direito público internacional como princípio humano fundamental, será pormenorizada em capítulo próprio.

³⁴ ALVIM, 2003a, p. 554.

³⁵ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.230. "Chama-se competência essa *quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos* (Liebman)".

A *legitimatío ad processum* é o último dos requisitos de desenvolvimento (art. 7º, CPC). Trata-se da capacidade de estar em juízo. Nem toda pessoa tem capacidade de estar em juízo, entretanto, todas têm capacidade de gozo.

Não se deve confundir a *legitimatío ad processum* com a *legitimatío ad causam*, referente à condição da ação, que é fornecida pelo direito substancial. Entretanto, ambas legitimidades podem coincidir se numa única pessoa.

Além dos pressupostos processuais de constituição e validade, há ainda os pressupostos processuais negativos, os quais são: a litispendência e a coisa julgada. Estes requisitos não podem estar presentes para que haja o regular andamento do processo.

Tais pressupostos são chamados de requisitos extrínsecos por encontrarem-se fora da relação processual. Mas, mesmo estando além do processo, causam reflexos.

A litispendência diz respeito à duplicidade de processos idênticos, a coisa julgada ocorre quando se repete ação que já foi decidida por sentença não cabendo mais recurso (art. 301, §3º, CPC). Pode haver casos em que não houve ação autônoma, mas houve decisão definitiva em uma ação declaratória incidental; quando isso ocorrer não será possível intentar uma nova ação.³⁶

Diante de tudo o que foi dito sobre processo, conclui-se que ele realmente é que um instrumento a serviço da paz social. O Estado utiliza o processo como modo de conseguir a resolução dos conflitos. Cintra, Grinover e Dinamarco ensinam:

O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem – estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminado os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada, por três ordens de objetivos que através

³⁶ ALVIM, 2003a, p.559

dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídicos*. A consciência dos escopos da jurisdição e, sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (v. *supra*, n.4) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.³⁷

Abordando o aspecto positivo da instrumentalidade do processo, dá-se ênfase a efetividade do processo, buscando cumprir a sua função sócio-político-jurídica, atingindo assim, todos seus escopos, ou seja, pacificar seguindo os critérios da justiça.³⁸

A reforma que vem ocorrendo no Código de Processo Civil nos últimos tempos só acentua o que foi exposto sobre a busca da efetividade do processo, culminando, assim, para obtenção de decisões úteis.

2.4 O processo de conhecimento

O processo, como instrumento de acesso à ordem jurídica justa, foi dividido pelo legislador em vários. O artigo 270 do Código de Processo Civil dispõe: “Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III), e os procedimentos especiais (Livro IV)”.

Dessa forma, a parte deve utilizar a providência jurisdicional mais adequada à situação proposta.

O processo de conhecimento tem, como o próprio nome já diz, o objetivo de buscar o conhecimento de fatos ainda desconhecidos. Este conceito é muito vago,

³⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.41.

³⁸ DINAMARCO, 2000, p.319. O autor diz que o aspecto negativo da instrumentalidade do processo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio ao emprego exagerado de formalismo processual.

mas antes de analisá-lo melhor, faz-se necessário um breve relato sobre o processo de execução e o processo cautelar.

O processo de execução, regulamentado nos artigos 566 e seguintes do Código de Processo Civil, consiste em uma tutela jurisdicional executiva, ou seja, já é reconhecido o direito a alguém, a este cabe apenas promover a execução. Tal processo se presta à realização de direito já definido. A tutela jurisdicional é satisfativa.

O professor, Gelson Amaro de Souza instrui: “Enquanto o processo de conhecimento tem por objetivo solucionar o conflito dizendo o direito aplicável ao caso, no processo de execução já não se visa definição do direito. Visa tão somente a realização do direito já definido”.³⁹

O processo cautelar, delimitado nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, por sua vez, não visa definir, tampouco, realizar o direito. Tal processo tem caráter emergencial e provisório e seu objetivo é o de garantir e resguardar um direito. A cognição feita neste processo é superficial e não exauriente

Às vezes, para que a tutela jurisdicional seja eficaz, é necessária uma intervenção instantânea, entretanto, ordinariamente, isso não ocorre, então, para que o direito seja assegurado, foi criado o processo cautelar.

Para que seja concedida a tutela provisória exige-se a presença de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora). Consistem na presença indícios que realmente demonstram o direito e o perigo em perdê-lo por consequência da demora. Sendo assim, o provimento cautelar opera-se imediatamente como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo.⁴⁰

³⁹ SOUZA, 1998, p.64.

⁴⁰ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.317.

O processo de conhecimento, regulado no Livro I do Código de Processo Civil (artigo 1º e seguintes), também chamado de processo de cognição, é o processo onde o magistrado vai dizer o direito. Nesse caso, a cognição é plena. É somente no processo de conhecimento que o Estado-juiz analisa a questão exaustivamente para, então, dar o direito a quem verdadeiramente o tenha.

O processo de conhecimento pode trazer tipos diferentes de provimento, dependendo do que foi pedido ao Judiciário. A sentença de mérito desse tipo de processo pode se declaratória, constitutiva ou condenatória.

Diz-se que a sentença é declaratória, ou meramente declaratória, quando simplesmente declarar um direito. Segundo o artigo 4º da Lei Processual Civil, o interesse do autor pode limitar-se a uma declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica (inciso I) ou, de uma declaração de autenticidade ou falsidade de documento (inciso II).

Sobre a sentença constitutiva, esta não visa uma simples declaração da existência de um direito, mas sim, a constituição de um direito inexistente, ou ainda, a desconstituição de um direito existente; é o que se chama de sentença constitutiva negativa. Pontes de Miranda afirma que a ação constitutiva visa modificar ou extinguir alguma relação jurídica.⁴¹

Já a sentença condenatória, como o nome já diz, aspira a condenar o réu a determinado comportamento que pode ser positivo ou negativo (fazer ou deixar de fazer algo), ou seja, acolhendo a pretensão do autor, é imputada uma sanção ao réu. Tal sentença concede ao autor o direito a uma execução forçada. Dessa forma, se o réu não cumprir o que determina a sentença, o autor terá direito a execução da sentença por meio de uma ação executória.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de apud SOUZA, 1998, p.63.

O processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário, visa uma cognição plena e exauriente. Segundo Kazuo Watanabe, mesmo o processo dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/95) tem cognição plena apesar da extrema simplicidade. O processo de conhecimento não aceita uma cognição superficial e limitada.⁴²

Tendo em vista que o processo de conhecimento baseia-se em uma cognição exauriente, não há dúvidas que a fase probatória desse processo deva ser suficiente para se trazer a verdade real dos fatos, buscando um provimento justo, não se contentando com uma verdade ficta ou presumida ainda que o direito material pleiteado seja disponível.

2.5 Figura do juiz

Antes do surgimento dos juízes, havia outras formas de tentar a pacificação social. Nos primórdios da civilização, na fase da vingança privada, os conflitos se solucionavam através da autotutela, onde o que prevalecia era a vontade do mais forte, visto que as lides eram resolvidas mediante luta corporal.

A autocomposição foi outra forma encontrada, pelos povos antigos, como meio de solucionar seus problemas. Havia, normalmente, desistência ou submissão de um em relação ao outro, ou mesmo concessões mútuas. Mais tarde, nasceu a figura do árbitro como solucionador do litígio. Este era escolhido por ambas as partes para proferir uma decisão, a qual, as vinculavam.

⁴² WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000. p.115.

Na medida em que a vida em sociedade foi tornando-se mais complexa, foi surgindo a figura dos julgadores. Estes eram pessoas de confiança do soberano; eram escolhidos por ele.

O direito romano merece destaque na formação da sociedade jurídica, sobretudo, no que diz respeito aos juízes. Na antigüidade, havia em Roma a presença do magistrado e o juiz como figuras distintas; cada um com uma função diferente. O primeiro tinha como função determinar as conseqüências jurídicas dos fatos apontados pelas partes litigantes; ao segundo, o juiz privado, cabia sentenciar de acordo com os princípios do direito. Foi no processo extraordinário que nasceu a figura do magistrado-juiz como funcionário do Estado.

Entretanto, durante a Idade Média ocorreu uma queda no poder estatal e os julgamentos novamente tornaram-se privados em sua maioria.

Passada a fase negra da história, com o surgimento do Estado Moderno, os poderes do juiz ficaram, ainda, subordinados a vontade dos seus soberanos.

Apenas com a formação do Estado de direito social-democrata é que o poder de julgar do magistrado tornou-se o que é hoje.⁴³

Vicente Miranda, com primazia professa:

O juiz, no anonimato do Palácio da Justiça, atua cotidianamente na construção política e jurídica da Nação. Cada decisão de um Magistrado é a realização de um ato de soberania, fazendo valer a ordem jurídica e fazendo-a atuar eficazmente, lançando a paz por sobre eventuais conflitos políticos, sociais, econômicos e familiares.⁴⁴

Incluso no capítulo IV (artigos 125 a 138), do título IV, do Código de Processo Civil brasileiro, o juiz é sujeito da relação processual da qual também se compõe as

⁴³ GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.10 et seq.

⁴⁴ MIRANDA, Vicente. **Lições de Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p.30.

partes. Ele se coloca entre e acima das partes como órgão desinteressado exercendo poder-dever jurisdicional.

Sérgio Alves Gomes, sobre o magistrado ensina:

Ao juiz cabe zelar pela efetiva garantia do direito de defesa, para que a igualdade entre as partes seja preservada e para que aconteça no processo a dialética do contraditório, de modo a tornar possível a prestação jurisdicional válida e justa. Tal validade dependerá também do respeito ao instituto da defesa. A justiça da decisão decorrerá da apreciação eqüitativa das razões argumentadas e das provas produzidas por *ambas* as partes e não apenas as oriundas do demandante.⁴⁵

Muitas são as funções conferidas a este defensor da justiça. Inúmeras são as classificações doutrinárias sobre seus poderes. Entretanto, é cabível salientar que o poder do juiz é único e a divisão que se faz é somente para demonstrar como o magistrado utiliza seu poder durante o cumprimento de sua função estatal.

Na classificação de Cintra, Grinover e Dinamarco, os poderes do juiz podem ser agrupados em dois grandes grupos:⁴⁶

No primeiro grupo estão os poderes administrativos, também chamados de poderes de polícia. Estes poderes são exercidos pelo juiz devido ao processo. Tem o intuito de assegurar a ordem social e impedir a perturbação da instrução processual.

Os outros são os denominados poderes jurisdicionais relativos à própria atividade jurisdicional, ou seja, são os poderes concedidos ao juiz no comando do processo. Esses poderes podem dar logo solução à lide, ou conduzir o feito de acordo com o procedimento legal, resolvendo incidentes que aparecem. Assim, esses poderes podem ser divididos em poderes meios e os poderes fins.

⁴⁵ GOMES, 2001, p. 61.

⁴⁶ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p. 294.

Os poderes meios referem-se aos poderes ordinários que, apesar de ser de suma importância, não tem caráter decisório, são relacionados à condução do processo. Os poderes instrutórios, compreendidos dentre os poderes meios, tem grande relevância, visto que, é a partir da atividade instrutória que será formado o convencimento do magistrado.

Os poderes fins, por sua vez, compreendem aos poderes decisórios e os de execução.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, nos poderes decisórios propriamente ditos o julgador visa preparar ou obter a declaração da vontade concreta da lei frente ao caso real. Esses atos compreendem, de acordo com o artigo 162 da Lei Adjetiva Civil, à sentença, à decisão interlocutória e aos despachos, também denominados de despachos de mero expediente.⁴⁷

No que se refere aos poderes de execução, são poderes onde ocorrem a realização de atos executivos. Procura-se a concretização da efetiva declaração de vontade concedida pelo juiz nos atos decisórios propriamente ditos através de providências concretas sobre o patrimônio do devedor para satisfação do direito do credor.

Dentre os poderes supramencionados, o poder de instrução do juiz no processo é o merece maior notoriedade neste trabalho, dado o tema da monografia.

Denomina-se fase instrutória aquela destinada a formar o livre convencimento do juiz, e poderes instrutórios são aqueles conferidos ao juiz referentes a esta fase.

O juiz relaciona-se com a prova em três momentos distintos. O primeiro refere-se a admissão e determinação da prova, outro momento é o de participação na produção da prova e o terceiro, o de valoração da prova.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.200.

É função precípua das partes a produção de provas e, ao juiz, cabe admiti-las ou não, levando em consideração sua relevância para o processo. Entretanto, o juiz também pode determinar a produção de provas, subsidiariamente, sempre que julgar necessário, como determina o artigo 130 da Norma Processual Civil.

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.

Vicente Miranda, a esse respeito relata:

Também o julgador não pode substituir a atividade das partes no campo probatório. A estas é que incumbe a demonstração probatória. Se, após tal demonstração, sentir-se o juiz inabilitado para decidir, verificando que há necessidade de produzir outras provas além daquelas trazidas pelas partes para formação de seu convencimento, poderá agir de ofício.⁴⁸

Há, inclusive, outros dispositivos do Código de Processo Civil que asseguram a participação do juiz na produção de provas como, *v.g.* o artigo 342, em que “o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes [...]”; o artigo 355, o qual confere ao juiz o poder de “ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que ache em seu poder”; o artigo 360, que preconiza que “quando o documento ou coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo [...]”; o artigo 382, que declara que “o juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos [...]”; o artigo 399, em que ‘o juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II – os procedimentos administrativos [...]; o artigo 418, que diz que “o juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas [...]; II – a acareação de 2

⁴⁸ MIRANDA, Vicente. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.216.

(duas) ou mais testemunhas [...]”; o artigo 426 que relata: “Compete ao juiz: I- indeferir quesitos impertinentes; II – formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa” e, o artigo 440, o qual admite que “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas [...]”.

Sempre que o magistrado não tiver formado seu convencimento a respeito dos fatos que deva julgar poderá requerer a produção de novas provas, ou ainda, participar delas.

Apesar do dispositivo 130 do Código de Processo Civil e de outras normas expressamente admitir a determinação de ofício de colheita de provas, há um posicionamento jurídico mais conservador que defende a produção de provas exclusivamente como atividade das partes, limitando ao máximo o poder do juiz na instrução probatória.

Todavia, a posicionamento mais moderno é a favor da atividade do juiz na fase instrutória do processo de conhecimento, admitindo, o magistrado, não como um mero espectador do processo, e sim, como interessado. Seu interesse na solução do conflito consiste em um interesse social, geral.

Por isso é que, se de um lado no estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra-se limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor de segurança aos litigantes.⁴⁹

Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior será a chance de uma decisão proferida de acordo com a justiça.

José Roberto dos Santos Bedaque, sobre o tema diz:

⁴⁹ DINAMARCO, 2000, p.200.

Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar 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 mais possível da verdade, pois sua missão é de pacificar com justiça. E com isso somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.⁵⁰

Sendo a atuação do direito substancial um dos escopos do processo, não deve prevalecer um julgamento inexato em detrimento de um justo só porque um posicionamento conservador não admite a produção de provas *ex officio*.

De mais a mais, se a finalidade da prova é formar o convencimento do julgador, não poderia ele, o principal destinatário da prova, permanecer alheio à sua produção.⁵¹

Ainda sobre provas, é função do juiz fazer um juízo de valor sobre as provas colhidas no processo. Cabe ao magistrado analisar o conjunto probatório e formar seu convencimento, como denota o artigo 131 da Lei Processual Civil.

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

Por isso, nada mais correto que conceder ao juiz a possibilidade de produzir provas para formar sua convicção.

O professor José Carlos Barbosa Moreira, com acerto diz:

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.14 e 15.

⁵¹ GOMES, 2001, p.244.

[...] o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito.

Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerente à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não substitui às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno.⁵²

Na doutrina processual mais recente quase não há mais preconceito sobre a participação efetiva do magistrado na colheita de provas dentro dos poderes instrutórios do juiz.

⁵² MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano X, n.37, jan. – mar. 1985. p.146.

3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

3.1 Introdução

Ao referir-se ao ativismo judicial, necessário se faz adequá-lo aos princípios constitucionais processuais, posto que, tais princípios são os dogmas do direito processual e, sendo assim, não devem ser infringidos. São normas gerais fundamentais, compõem a base do ordenamento jurídico.

Segundo De Plácido e Silva, princípios “no sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa”.⁵³

Os princípios constitucionais ocupam posição superior às demais regras de direito. As demais normas, quando em conflito com os princípios constitucionais, são consideradas inconstitucionais e, então, não devem vigorar; trata-se de um controle de constitucionalidade de normas, preconizado inicialmente por Hans Kelsen na Constituição Austríaca de 1920.⁵⁴

Entretanto, em algumas situações pode ocorrer confronto entre princípios, nesse caso, o melhor a ser feito é um balanceamento entre os princípios por um critério de pesos e medidas, otimizando o mais relevante em detrimento do outro. Segundo Canotilho, “princípios coexistem, as regras antinômicas, excluem-se”.⁵⁵

⁵³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 4, p. 447.

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.22.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud RAMOS JÚNIOR, Galdino Luis. **Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.08.

Ao buscar a aplicação do direito aos casos concretos através das normas em geral, deve-se, cautelosamente, observar se tais normas não se confrontam com os princípios fundamentais.

Nélson Nery Júnior, sobre os princípios fundamentais, ensina com primazia:

[...] os *fundamentais* ou *gerais*, são aqueles princípios, “sobre os quais o sistema jurídico pode fazer a opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando”.⁵⁶

Cintra, Grinover e Dinamarco, dando a devida importância aos princípios, completam: “[...] é, sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo”.⁵⁷

Os princípios constitucionais do direito processual tratam-se de princípios assegurados pela Constituição Federal que regulam a base do direito processual. São verdadeiras normas de direito processual encontradas na Lei Maior.

Neste contexto, o ativismo judicial deve pautar-se nos princípios constitucionais. Na análise pormenorizada de cada um é possível observar que a atividade probatória oficial não apenas os respeita, mas também, os auxilia a garantir sua eficácia.

⁵⁶ NERY JÚNIOR, op. cit., p.28. Neste trecho do texto o autor cita-se.

⁵⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.51.

3.2 Princípio do devido processo legal

O Direito Processual Civil tem como base, como princípio fundamental, o devido processo legal. É a partir dele que decorre todos os demais princípios processuais. Logo, estando garantido o devido processo legal, todos os outros princípios processuais também estarão.

O primeiro ordenamento que garantiu o *due process of law* foi a *Magna Charta* de João Sem Terra, em 1215, quando a *law of land*; sem ainda mencionar expressamente a expressão. O termo atual, devido processo legal, foi utilizado somente, no ano de 1354, em lei inglesa.⁵⁸

No direito brasileiro, a Constituição Federal preconizou expressamente o princípio no artigo 5º, inciso LIV, da seguinte forma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O ativismo judicial, tema deste estudo, não afasta o devido processo legal. São assegurados às partes todos os atos legalmente preconizados no processo. Com tal princípio encontra-se garantido o acesso à justiça e, também, a efetividade do processo.

Nelson Nery Júnior entende que, genericamente, o *due process of law* é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, dizendo, assim, que se tem o direito de tutela àqueles bens da vida em sentido amplo e genérico. Tudo o que for dito sobre tutela à vida, liberdade e propriedade esta sob a proteção desse princípio.⁵⁹

A amplitude da cláusula do devido processo legal na Constituição vigente assegura todos os demais princípios constitucionais fundamentais que dela derivam.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, 1999, p.31.

⁵⁹ Ibid., p.33.

Por conseguinte, os demais princípios a seguir expostos são, como já dito, um desdobramento, uma conseqüência do *due process of law*. Todavia, serão analisados separadamente com intuito de observar suas amplitudes e aplicações.

3.3 Princípio da isonomia

Estabelecido no *caput* do artigo 5º da Magna Carta Nacional, o princípio da isonomia relata: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

A Constituição Federal traz ainda, outros dispositivos que se referem ao princípio da igualdade, entre eles, o artigo 226, § 5.º, que estabelece a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal

No processo civil, a partir desse princípio deve-se entender que, as partes, em litígio, têm que receber, do juiz, tratamento idêntico. Lembrando-se sempre que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente, os iguais; e desigualmente, os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Cintra, Grinover e Dinamarco, sobre o princípio da igualdade, diz:

A absoluta igualdade, não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que impugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.⁶⁰

⁶⁰ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.53 e 54.

Para assegurar tal princípio, os dispositivos processuais trazem às partes normas de tratamento específico como, *v. g.*, a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do consumidor (art. 6º, inc. VIII do CDC).

Há outras prerrogativas concedidas no Código de Processo Civil, no intuito de garantir a verdadeira igualdade. A dilação dos prazos processuais à Fazenda Pública e ao Ministério Público, constantes no artigo 188, é uma delas.

A busca de provas, subsidiariamente, determinada pelo juiz, é também, ato que atende ao princípio da isonomia, visto que, o magistrado, na tentativa de buscar o justo, traz ao processo a igualdade, consagrando o acesso à justiça e a paridade à parte hipossuficiente.

A tarefa do juiz de trazer equilíbrio às partes no processo não é simples. As condições para a efetiva igualdade devem ser minuciosamente observadas para não garantir vantagem a nenhuma das partes.

Ademais, a igualdade, constitucionalmente assegurada, pode ser encontrada, inclusive, entre os deveres do juiz, no Código de Processo Civil, artigo 125, inciso I. Não haveria razão de estabelecer um sistema jurídico tão complexo para solucionar conflitos se a igualdade de tratamento entre as partes não estivesse garantida.

É ainda possível encontrar, intrinsecamente, tal princípio ao analisar o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.

Desse modo, entende-se que tal princípio é amplamente assegurado na atividade probatória oficial, tendo como intuito trazer ao processo a realização dos escopos jurisdicionais.

3.4 Princípio do contraditório

Admitido também no artigo 5º da Constituição Federal, o princípio do contraditório encontra-se no inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A Constituição de 1988 trouxe uma importante inovação ao garantir o contraditório no processo civil e administrativo, haja vista que a Carta Maior anterior previa tal garantia apenas ao processo penal (art. 153, § 16, CF de 1969).

Atualmente, o contraditório é assegurado às partes, tanto no processo judicial quanto no administrativo; aos acusados em geral. É dado o direito constitucional à ampla defesa e, também, todos os meios e recursos a ela inerentes, proibindo, ao órgão decisório, a prolação de qualquer sentença sem ouvi-los, sob pena de decretação de nulidade processual.

Tal princípio encontra-se intimamente ligado aos princípios da igualdade das partes e do direito de ação, visto que o direito de ação e de defesa constituem-se manifestações do contraditório, imprescindíveis ao Estado democrático de direito.

O magistrado coloca-se entre as partes, mas equidistante delas, ouvindo ambas. Sempre que ouvir uma, terá que ouvir a outra. Com isso formará seu convencimento de forma imparcial. Portanto, a dialética do processo, isto é, a contraposição das verdades do autor e do réu, é que leva o juiz a uma justa decisão, extraindo da tese e da antítese, a síntese.

Há ainda que salientar que é concedida às partes, em decorrência do princípio da paridade, a igualdade de instrumentos, ou seja, é dada às partes a mesma oportunidade de resposta como, *v.g.*, a produção de provas.

Na participação ativa do juiz referente à colheita do material probatório não é diferente. A prova produzida por iniciativa oficial deve respeitar o princípio em epígrafe e, sendo assim, é dado às partes o direito de se manifestarem em relação a ela.

Tal princípio é garantido tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas. Sua finalidade não é apenas a igualdade processual, mas visa, também, garantir a preservação dos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual, entre outros. Por isso, o contraditório atinge a todos que tiverem uma pretensão material a ser deduzida no processo, incluindo, assim, autor, réu, litisdenunciado, oponente, assistente litisconsorcial, membro do Ministério Público, ainda que esteja exercendo função de fiscal da lei.⁶¹

O julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC) não constitui ofensa a esse princípio, pois somente ocorrerá se houver sido decretado os efeitos da revelia, neste caso, já terá sido dado, ao revel, a oportunidade de ser ouvido.

O inquérito policial, que é procedimento inquisitório, não há o contraditório. Porém, é apenas um procedimento preparatório que visa reunir provas para, eventualmente, ser promovida uma ação judicial. Contudo, as provas utilizadas na ação devem obedecer ao contraditório.

No caso de liminar *inaudita altera pars*, também não há derrogação ao princípio constitucional. Isto porque a parte terá oportunidade de ser ouvida posteriormente, e mais, diante do caráter provisório da medida, esta poderá ser modificada a qualquer tempo. A não concessão da medida liminar poderia resultar na ineficácia da atividade jurisdicional devido à demora, ou mesmo, devido à ciência prévia da parte contrária sobre o ato. Entretanto, para que a medida ganhe caráter definitivo, é necessário atender ao princípio em mote.

⁶¹ NERY JÚNIOR, 1999, p.129.

Outra matéria muito discutida em relação ao contraditório é a utilização de prova emprestada.

Esta, trasladada de outro processo, para que produza efeitos é necessário que as partes sejam as mesmas nesse novo processo, devido à necessidade de observância do princípio do contraditório. Ainda assim, caberá ao juiz atribuir-lhe o valor que julgar merecido.

A efetividade da justiça depende da observância dos princípios constitucionais, e assim também o é com o aludido princípio.

3.5 Princípio do juiz e do promotor natural

Segundo o artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e ainda, no inciso LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Como, relata o dispositivo, é defeso, no Brasil, a criação de tribunal de exceção, isto é, a formação de juízos, apenas, para julgar determinada causa, onde há já existe jurisdição competente. O poder jurisdicional do Estado é único, o que existe são as justiças especializadas, com previsão constitucional; não se trata de tribunais de exceção.

O juízo especial, ou justiça especial, é aquela criada pela própria Constituição, que não fere o princípio do juiz natural, é prevista anteriormente, é abstrata e geral, e julga matéria específica prevista em lei. Na Lei Maior estão previstas como justiça especial a Justiça do trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar.

O juiz natural é uma prerrogativa aplicada somente às hipóteses de competência absoluta, como preceito de ordem pública. Nos casos de competência relativa, pode haver competência alternativa ou cumulativa. Porém, mesmo nesses casos, subsiste a jurisdição que é única, mas dividida para melhor atender sua função.

Somente é juiz aquele integrado ao Poder Judiciário, em conformidade com a lei. E este juiz só poderá exercer sua função no limite de sua jurisdição. Há ainda que se ressaltar que só é permitido o exame de questões processuais, ou mesmo do mérito, assim como a atividade probatória oficial, depois de fixada a competência e observada a imparcialidade do juiz.

Sobre o princípio do promotor natural, a Constituição Federal, no artigo 129, inciso I, conferiu-lhe exclusivamente a função de promover a ação penal pública. Com isso, entende-se que “processar”, como dito no artigo 5º, inciso LIII da Carta Constitucional é prerrogativa do Ministério Público, quando for ação penal pública.*

É necessário, para garantia do princípio do promotor natural que seja investido no cargo de promotor de Justiça que haja existência de órgão de execução, e ainda, a lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor de Justiça no órgão de execução, salvo, as hipóteses legais de substituição e remoção, e por fim, a definição em lei das atribuições do órgão.⁶²

Como garantia constitucional, toda e qualquer lide deve ter um juiz natural e imparcial, da mesma forma, um promotor, quando necessária sua atuação.

* Como exceção, é possível a propositura de ação penal privada, nos casos de crimes de ação penal pública, quando o Ministério Público não intentá-la no prazo legal. (artigo 29 do Código de Processo Penal).

⁶² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro apud NERY JÚNIOR, 1999, p.89.

3.6 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Também denominado princípio do direito de ação, está previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o qual relata: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito de ação é um direito público subjetivo atribuído a toda e qualquer pessoa indistintamente, incluindo, não apenas as pessoas físicas, como também, as jurídicas e entes despersonalizados como a massa falida e o espólio, por exemplo. Nelson Nery Júnior, com acerto, diz que estão contemplados, também, os direitos difusos e coletivos, e não apenas os individuais.⁶³

A garantia constitucional de acesso à justiça não significa a garantia de um processo gratuito. Todavia, há de se impor a taxa judiciária de forma que esta não inviabilize o direito de ação para que não seja considerada inconstitucional.

As barreiras que limitam o exercício do direito de ação são: a falta de pressupostos processuais e de condições da ação. Porém tais barreiras não ofendem tal princípio, pois o que ocorrerá é um processo onde o mérito não será analisado e isto não quer dizer que o Estado se eximirá da pronuncia.

A norma infraconstitucional onde também se pode observar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é a do artigo 126 do Código de Processo Civil, a qual proíbe o juiz de eximir-se de sentenciar ou despachar por lacuna ou obscuridade legal.*

⁶³ NERY JÚNIOR, 1999, p.94. O doutrinador diz ainda que o juízo arbitral não constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação, porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem e, as partes, quando celebram a convenção, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. O Poder Judiciário não esta negando a aplicação da atividade jurisdicional, apenas dando uma opção para parte.

* A lacunas podem ser próprias ou impróprias. As primeiras dizem respeito as imperfeições de conteúdo, enquanto as outras referem-se a imperfeições técnicas.

Tal dispositivo ainda lhe confere o poder de utilizar-se da analogia, bons costumes e princípios gerais de direito quando houver lacuna. A equidade também é possível em casos previstos em lei (art. 127, CPC). Dessa forma, não há que se deixar de pronunciar por falta de previsão legal.

Neste contexto, o ativismo judicial pode ser considerado como forma de auxílio à justiça, pois busca uma decisão mais satisfatória aos que procuram o Poder Judiciário.

Há que se lembrar que toda decisão proferida pelo magistrado deve ser motivada (art. 93, inc. IX, CF), isso causa uma certa tranquilidade social, pois é possível saber como e porque a decisão do juiz foi dada, podendo a parte, inclusive, recorrer na forma da lei, quando se sentir lesada.

Alguns doutrinadores trazem como sinônimos do direito de ação o direito de petição. Contudo são direitos distintos e por isso não devem ser confundidos.

A Constituição Federal assegura no artigo 5º, XXXIV, “a” o direito de petição, entretanto, ele é conferido para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. Disso tem-se que o direito de petição é um direito político e informal exercido por qualquer pessoa física ou jurídica.⁶⁴

A grande diferença do direito de ação e do direito de petição é o caráter pessoal do primeiro e, também, a necessidade da tutela jurisdicional. Já, o direito de petição é um direito de participação política, e por isso, é impessoal.⁶⁵

⁶⁴ NERY JÚNIOR, 1999, p. 95

⁶⁵ NERY JÚNIOR, loc. cit.

Analisando ainda o art. 5º, XXXV, da CF, pode-se nitidamente observar a indelegabilidade do poder jurisdicional. Ou seja, o poder de jurisdição é conferido exclusivamente ao Poder Judiciário.*

Enfim, é garantido constitucionalmente o poder de iniciativa de provocar a atividade jurisdicional do Estado sempre que ocorrer lesão, ou mesmo, ameaça ao direito, não podendo este eximir-se por qualquer motivo.

3.7 Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais está expressamente descrito no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988: “[...] IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

O dever de motivação surge como uma manifestação do Estado de direito, afinal, a fundamentação das decisões traz a segurança jurídica, afastando, conseqüentemente, o caos social.

Nesta conjuntura o ativismo judicial é de suma importância, porquanto, o juiz, ao utilizar seus poderes instrutórios oficias, tem como objetivo esclarecer os fatos formando sua convicção e, conseqüentemente, motivando, de forma mais clara, sua decisão.

Motivar significa demonstrar, ou seja, o magistrado deve dizer o que o levou a tomar aquela decisão, isto é, os motivos de fato e de direito que formaram seu convencimento. O aludido princípio passa, inclusive, a ser corolário do princípio da

* vide nota 16.

ampla defesa, assegurando às partes a legalidade e a justiça das decisões, além da imparcialidade do juiz.

A motivação não está apenas preconizada constitucionalmente, há normas infraconstitucionais referentes à necessidade de fundamentação das decisões. O artigo 458, inciso II da Lei Processual Civil exige que o magistrado mencione os fundamentos de fato e de direito que o levaram a sentenciar daquela forma. No mesmo sentido, o artigo 165 do ordenamento em epígrafe manda fundamentar as demais decisões, ainda que de forma concisa. Do mesmo modo, o artigo 131 da norma em pauta admite, ao juiz, a livre apreciação das provas, no entanto, relata que é necessário que ele demonstre os motivos formadores de seu convencimento.

No caso de sentença onde não há julgamento de mérito, ou mesmo, sentença homologatória, o princípio da motivação subsiste; ainda que de forma sucinta não é dispensada a fundamentação da decisão.⁶⁶

A Constituição Federal, no artigo 93, inciso X, traz ainda, a necessidade de fundamentação das decisões administrativas proferidas por tribunais, não restringindo este dever apenas às decisões jurisdicionais. Assim, toda decisão do Poder Judiciário, ainda que seja administrativa, deve obedecer ao princípio a lume.

Não observado referido princípio, a própria Constituição Federal traz, como penalidade, a nulidade das decisões. Uma decisão do órgão jurisdicional imotivada é nula (artigo 93, inc. IX, CF).

Infelizmente é muito comum a infração a este princípio, principalmente no que tange a concessão de liminares. Por isso, há tantas reformas de decisões provisórias em tribunais superiores.

⁶⁶ NERY JUNIOR, 1999, p.177.

Deve se considerar que as decisões motivadas não são destinadas apenas as partes, para que possam eventualmente recorrer. Sua finalidade é ainda maior. A decisão é pública, e devidamente fundamentada para que seja possível observar a imparcialidade, a legalidade e justiça das decisões.⁶⁷ Dessa forma, traz tranqüilidade ao âmago da sociedade.

3.8 Princípio da publicidade dos atos processuais

O princípio da publicidade dos atos processuais é mais uma importante garantia ao exercício jurisdicional. A Constituição Federal vigente o assegura no artigo 5º, inciso LX e no, já citado, artigo 93, IX.*

Dada sua relevância, tal princípio foi proclamado pela ONU no artigo 10º da Declaração dos Direitos do Homem em 1948.

O princípio da publicidade é, sem dúvida, uma das maiores garantias do indivíduo no exercício da jurisdição. Visa assegurar a fiscalização popular sob o trabalho dos juízes, advogados e promotores públicos, através da livre consulta dos autos, bem como, a existência de audiências públicas.

O artigo 155 do Código de Processo Civil o repete atribuindo o dever de publicidade aos atos processuais. O princípio, entretanto, goza exceções, estas consistem em casos que o interesse social, ou mesmo o particular, venham a exigir a discricção e o anonimato. Logo, conclui-se que a publicidade é restrita quando se

⁶⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.68.

* CF, art 5º. “[...] LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem[...]”. E, CF, art. 93. “[...] IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão Públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes [...]”.

refere à violação de outros direitos constitucionais, especialmente, os direitos relativos à intimidade das pessoas e ao interesse público. Os direitos sopesados.

A publicidade pode ser restrita às partes, como menciona o parágrafo único do artigo 155 do CPC. É concedido o direito de consulta aos autos às partes, seus procuradores e a terceiros que demonstrar interesse.

O princípio da publicidade é mais uma garantia relativa ao Estado democrático de direito. Nem sempre foi assim, o caráter público das decisões foi medida tomada contra os juízos inquisitivos anteriores a Revolução Francesa.⁶⁸

De fato, com a publicidade do processo há uma responsabilidade mais acentuada da atividade jurisdicional, e uma garantia maior de imparcialidade e justiça.

3.9 Princípio da proibição da prova ilícita

O artigo 5º, LVI da Constituição Federal proíbe a utilização de provas obtidas ilicitamente dizendo: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, no artigo 332, admite como prova apenas aquelas obtidas por meios legais ou moralmente legítimos.

Primeiramente, há que se definir o que é prova ilícita. O termo é muito impreciso na doutrina. Segundo Nelson Nery Júnior, a ilicitude da prova pode ser

⁶⁸ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p.69.

material ou moral. Daí, tem-se como ilicitude material, a prova obtida através de um ato contrário ao direito, conseguindo um dado probatório. Já a ilicitude formal, embora lícita sua origem, sua produção deriva de forma ilegítima; refere-se ao momento introdutório da mesma.⁶⁹

Não há que se questionar a licitude da prova produzida pelo juiz, pois a conduta de produzir provas é expressamente admitida no artigo 130 do Código de Processo Civil, ademais, é respeitado o devido processo legal.

Ponto muito debatido nesse princípio é a admissão constitucional da escuta telefônica, encontrada no artigo 5º, inciso XII da Norma Constitucional. Esta autoriza a escuta telefônica no âmbito penal, mediante ordem judicial, em casos que a lei autoriza.

Assim, para que seja admitida a escuta telefônica é necessário que haja indícios de autoria (artigo 2º, I, Lei n. 9.296/96), que seja a única forma de realizar a prova (artigo 2º, II da lei n. 9.296/96), e ainda, que a infração que se pretenda provar seja grave, isto é, apenada com reclusão (art. 2º, III, Lei n. 9296/96).

As provas obtidas através de escutas telefônicas autorizadas, com intuito de viabilizar a instrução criminal no processo penal, podem ser admitidas no processo civil como provas emprestadas, desde que, sejam respeitados o contraditório e os demais requisitos de validade.⁷⁰

O professor José Carlos Barbosa Moreira, que critica a restrição constitucional da legalidade da escuta telefônica à esfera penal, acreditando que a Constituição Federal deveria tê-la admitido também na esfera cível, diz que a utilização da prova emprestada na área cível é “autêntica fraude à Constituição” posto que,

⁶⁹ NERY JÚNIOR, 1999, p.155.

⁷⁰ Ibid., p.159.

odiosamente, ela não permite. O doutrinador completa: “A prova ilícita expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela”.⁷¹

Em tese, não devem ser admitidas provas obtidas ilegalmente. Todavia, esse princípio, assim como os demais, não são absolutos. Quando em confronto com outros princípios é necessário que se faça um juízo de pesos e medidas, analisando-se, concretamente, os bens jurídicos a serem tutelados. Por exemplo, seria injusto prevalecer o princípio em tela sobre o princípio da liberdade da pessoa, se aprova ilícita fosse provar a inocência de alguém e não houvesse outra forma de fazer isso.

É necessário em alguns casos utilizar o princípio da proporcionalidade para atingir a justiça, mesmo que isso implique em dar ao magistrado poder para fazer juízo de valor. A concessão desse poder ao julgador é motivo de críticas. Os censuram o juízo de valor feito pelo juiz acredita que isso poderia dar muitos poderes aos juiz e conduzir à arbitrariedade. Contudo, há muitos casos em que a subjetividade do juiz atua como, *v. g.* na expressão *bons costumes*.⁷²

A inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no ordenamento constitucional visa exatamente coibir injustiças, sendo assim, não seria correto utilizar tal princípio de forma absoluta promovendo injustiças e confrontando-o com todo o sistema constitucional e com o Estado democrático de direito.

3.10 Princípio do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição é a garantia de um novo julgamento por órgãos jurisdicionais de instância superior, também denominada de segunda instância.

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Sexta série. Saraiva: São Paulo, 1997. p.120.

⁷² *Ibid.*, p.110.

Há vários fundamentos para a admissão do duplo grau de jurisdição. A possibilidade da decisão de primeiro grau ter sido injusta ou incorreta é uma delas; outra, é que o julgamento proferido por um órgão mais experiente e ainda, em regra, colegiado, em maior probabilidade da decisão ser mais justa; ou ainda, pode ser fundamentado no fato da decisão ser proferida por um órgão mais específico àquela matéria; outro fundamento refere-se a natureza política, isto é, o duplo grau pode ser visto como forma de controle de atos estatais. Na verdade, o duplo grau é mais utilizado para suprir o inconformismo da parte vencida.

Como é sabido, há um excesso de trabalho nos tribunais, o duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional deve ser respeitado, mas em tese, se os fatos forem exaustivamente demonstrados no primeiro grau, as partes que utilizam o duplo grau devido ao inconformismo, ou na busca de uma solução mais justa, poderia deixar de utilizá-lo, ou utilizá-lo menos, diminuindo assim, o trabalho dos juízes e desembargadores dos tribunais.

Tal princípio não está devidamente expresso na Constituição Federal, contudo, há referência a sua possibilidade ao analisar a competência dos Tribunais.

Porém, o legislador mesmo através de normas infraconstitucionais poderá suprimir o duplo grau.* Não é possível, entretanto, limitar o cabimento, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, dos recursos extraordinário e especial, que estão previstos na Constituição Federal (art. 102, inc. III e 105, inc. III, respectivamente), pois esses versam, em síntese, sobre violação de lei federal ou de norma constitucional.

Em matéria penal, há quem admita o princípio em epígrafe como norma constitucional expressa, posto que o artigo 8º, n.2, "h", da Convenção Interamericana

* O art. 34 da Lei n. 6.830/80 não permite apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs, suprimindo o duplo grau de jurisdição.

dos Direitos Humanos de 1969, também denominado Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário concede a possibilidade do duplo grau de jurisdição a toda pessoa acusada de um delito. E, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal admite como norma constitucional os princípios assegurados em tratados internacionais a que o Brasil faça parte.

No âmbito processual civil não há norma expressa, mas possibilidade do duplo grau é plena, desde que não suprimida por outra norma.

4 ACESSO À JUSTIÇA

Um dos fundamentos precípuos do ativismo judicial é a condução das partes ao real acesso à justiça através de decisões justas e eficazes. No sistema processual brasileiro a atividade probatória oficial ainda é tímida o que dificulta o acesso à justiça. Essa é uma barreira que deve ser derrocada.

O acesso à justiça é um dos temas mais discutidos entre os processualistas contemporâneos. Afinal, o sistema jurídico tem como função precípua à obtenção de justiça. O processo deve servir como um instrumento hábil a realizá-la.

O acesso à justiça conhecido nos séculos XVIII e XIX era, na verdade, um acesso formal à justiça. Consistia no direito formal do indivíduo propor ou contestar uma ação, ou seja, correspondia a uma igualdade formal de direito, e não a uma igualdade real e efetiva.⁷³

A preocupação com o acesso à justiça começou a acontecer realmente com as declarações de direitos coletivos que reconheceram direitos e deveres sociais. Desde então, a preocupação com acesso à efetiva justiça tem sido aumentada progressivamente.⁷⁴

Os Juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra, *Acesso à Justiça*, discutem o tema com maestria e ensinam:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁷⁵

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. (trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.09.

⁷⁴ Ibid., p.10-11

⁷⁵ Ibid., p.13.

Justiça tem um conceito muito subjetivo, por isso, diversas vezes, o que é justo para um, não é para outro. Por esse mesmo motivo, a definição de acesso à justiça é tão complicada. O doutrinador, Galdino Luiz Ramos Júnior apregoa que “[...] a expressão “acesso à justiça” engloba vários conceitos e, dentre os quais, o sentimento de busca por garantia de julgamento proferido, subjetivamente, por seres humanos justos”.⁷⁶

Ramos Júnior observa o acesso à justiça do prisma de serem as decisões proferidas por um órgão jurídico devidamente preparado e apto a dizer o direito. Entende que é o magistrado que tem o dever de sanar as pendências sociais, garantindo o acesso à justiça.⁷⁷

O processualista Cândido Rangel Dinamarco, ao referir-se sobre o acesso à justiça preconiza:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se a idéia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.⁷⁸

A Constituição Federal vigente assegura o acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV, dizendo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O que a Magna Carta brasileira declara, é de extrema importância ao acesso à justiça. Porém, apenas isso, não traz a garantia de efetivo acesso, sobretudo às camadas menos abastadas da população. O acesso à justiça não se limita na garantia do direito de ação; não basta dizer que todos podem utilizar a máquina judiciária quando sofrer, ou estiver na iminência de sofrer lesão a direito. É necessário que se apresente formas eficazes de utilização desse Poder.

⁷⁶ RAMOS JÚNIOR, 2000, p.39.

⁷⁷ Ibid., p.39

⁷⁸ DINAMARCO, 2000, p.304.

É preciso entender que não basta a Constituição garantir o acesso à justiça a todos, é necessário que haja medidas eficazes de concessão desse direito.

O problema de acesso efetivo à justiça não é exclusivo do Brasil. A maioria dos países discute o tema e tenta obter soluções viáveis. A verdade é que o acesso, pelo menos nesse país, não é alcançado, principalmente, devido a problemas econômicos e sociais. As desigualdades, possivelmente, continuarão a existir, então, é preciso adequar o sistema judiciário no sentido de tentar amenizar essas diferenças. Caso contrário, a decisão concedida pelo Poder Judiciário será, como diz Marcel Camus, “uma forma legal de promover injustiças”.⁷⁹

Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido, acredita na presença de inúmeros fatores aniquiladores da efetividade do processo, e diz que esses óbices são legais, econômicos, culturais e psicológicos.⁸⁰

Antes de começar analisar problemas e apresentar possíveis soluções, mister se faz, observar que muitos problemas de acesso à justiça são inter-relacionados, por isso, mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado, podem fazer exacerbar barreiras de outro.⁸¹ Por exemplo, suponha-se que como medida de acesso à justiça, seja permitido à parte, sem recursos, propor uma ação sem a presença de advogado, visto que, a contratação de tal profissional é muito onerosa. A outra parte, na lide, utiliza o advogado e ganha a ação, pois este tem os conhecimentos técnicos necessários. Neste caso, o barateamento da justiça não trouxe o acesso a ela.

Dentre os vários problemas sobre o tema, o alto custo do processo é um dos que mais afastam a população do Poder Judiciário. A injustiça ainda é maior quando

⁷⁹CAMUS, Marcel apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva. 1996. p..83

⁸⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002a. Tomo I, p.593

⁸¹CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.29

se refere a causas de pequena monta. Muitas vezes, o custo do processo é mais alto que o próprio valor da causa.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura no artigo 5º, inciso LXXIV a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Há uma lei infraconstitucional de 05 de fevereiro de 1950 (Lei nº 1.060) que já garantia a assistência judiciária aos necessitados.

A finalidade precípua da Lei de Assistência Judiciária é isentar o necessitado das despesas do processo. O artigo 3º da Lei nº 1.060/50 elenca as isenções da seguinte forma:

Art. 3.º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I – das taxas e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça;

III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no distrito Federal e nos territórios, ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V – dos Honorários dos advogados e dos peritos.

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal.

Dentre o alto custo do processo, esta a contratação de advogado. A referida lei assegura no artigo 5º e parágrafos, a garantia de Defensor Público, ou advogado indicado pela própria parte, ou pela Ordem dos Advogados aos litigantes beneficiados pela lei. A Constituição Federal traz a Defensoria Pública como órgão responsável pela prestação da assistência jurídica, dizendo: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

A Defensoria Pública vem cumprindo corretamente, seu papel no sentido de garantir assistência jurídica. Entretanto, o Estado de São Paulo, o mais rico da Federação, não tem, ainda, a Defensoria Pública propriamente dita. A prestação da assistência jurídica é feita pela Procuradoria do Estado, que muitas vezes, por meio de convênio, repassa o trabalho à Ordem dos Advogados do Brasil em suas Sub-Secções.

O convênio entre a Procuradoria do Estado e a OAB causa uma expansão na área de atuação dos advogados, que o vêem com mais uma fonte de renda; para alguns, especialmente os iniciantes, a única. Contudo, um outro problema, surge. A maioria dos profissionais nomeados para essas causas, onde não há a figura do Defensor Público, não atuam como, de fato, deveriam.

O esforço despendido nesses processos é muito menor que o produzido em processos particulares. Esse descaso ocorre porque, o advogado recebe pouco atuando como profissional de assistência judiciária, e ainda, porque não vê, na parte, um cliente em potencial. Cappelletti e Garth corroboram com o que foi mencionado acima dizendo:

Em economia de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos.⁸²

No Estado de São Paulo, o convênio feito entre a Procuradoria do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil tenta, através de diretrizes, excluir esse descaso dizendo que o advogado não poderá fazer distinção entre os assistidos e os seus clientes quanto à qualidade do serviço e do atendimento. Sobre isso, Galdino Luiz Ramos Júnior relata:

A revalorização da classe advocatícia, pelo menos no Estado de São Paulo, tem conscientizado o profissional de suas atitudes, lembrando-o dos juramentos feitos ao receber a carteira profissional, qual seja,

⁸² CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 47-48

principalmente, lutar pela justiça social, o que significa diminuir o choque de classes.⁸³

Com isso, espera-se que o advogado, que faz serviço na assistência jurídica, trabalhe com mais entusiasmo, ou pelo menos, sem descaso.

A garantia constitucional e a Lei n.º 1.060/50 são grandes avanços, entretanto, pelo problema demonstrado, e também por outros a seguir expostos, é evidente que ainda falta muito para garantir, verdadeiramente, o real acesso à justiça.

Sobre as parte, algumas considerações podem ser feitas.

As pessoas que tem mais recursos econômicos têm vantagens sobre as outras menos favorecidas. Isso ocorre porque, aquelas têm como pagar o litígio e podem suportar a demora do julgamento. A injustiça pode ser ainda maior quando se está diante de julgadores passivos que deixam a tarefa de obter e apresentar as provas às partes.⁸⁴

Sobre o problema da desigualdade das partes no processo, o professor, José Carlos Barbosa Moreira relata:

Desnível grande por entre as partes, por esse prisma, além dos desequilíbrios que diretamente provoca, em regra constitui matriz de outros desníveis, que também se refletem no processo. Sabe a lugar-comum a observação de que o litigante de melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações relevantes, está em condições mais favoráveis para armar-se de provas, utiliza os serviços de advogados mais competentes, e assim por diante. Ninguém ignora tampouco que ele pode resistir com menor sacrifício aos inconvenientes da longa duração dos pleitos, e até, eventualmente, daí tirar proveito para constranger o adversário a um acordo que não aceitaria noutras circunstâncias. Pior do que tudo: o alto custo dos serviços judiciários já *a priori* representa causa de discriminação, na medida em que desestimula o recurso à Justiça por parte de pessoas desprovidas de meios.⁸⁵

⁸³ RAMOS JÚNIOR, 2000, p. 43

⁸⁴ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.21-22

⁸⁵ MOREIRA, 1985, p.142

A atividade do magistrado, especialmente, quando se refere à falta de recursos da parte ou, das partes, é medida de extrema importância. O acesso à justiça, como já dito, vai além do direito de propor uma ação, busca-se também o acesso à ordem jurídica justa. Por isso, para acabar com as desigualdades entre as partes no processo e buscar equilíbrio na instrução probatória, o juiz deve, sempre que necessário, atuar mais ativamente visando obter provas suficientes para formar sua convicção e apresentar ao processo a ordem jurídica justa.

Barbosa Moreira entende, outrossim, que o artigo 125, inciso I, do *Codex* de Processo Civil preceitua a igualdade de tratamento para as partes independentes de níveis culturais, sociais e econômicos. Por isso, há necessidade do papel ativo do juiz. A atividade do magistrado serve para cobrir imperfeições e falhas de atuação dos litigantes.⁸⁶

Denota-se que o juiz ativo cumpre uma relevante função social, pois seu trabalho contribui suprindo carências de recurso e de informações, ou mesmo, inferioridades ligadas à contratação de um advogado menos experiente.

Na incessante procura pelo acesso à justiça, a inércia do juiz, perante o processo, é mais um obstáculo a ser derrubado.

Tendo como escopo fundamental da jurisdição, a busca pela paz social, o magistrado, como representante do Estado, tem o dever de procurar trazer aos autos a verdade e, dessa forma, proferir uma ordem jurídica justa, que acalme o âmago da sociedade. É aí que se encontra o verdadeiro fundamento e a real importância do chamado, ativismo judicial.

Quanto a hipossuficiência da parte, ela pode ser, não apenas econômica, mas também, cultural. Normalmente, a falta de recursos financeiros acarreta a pobreza

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 8, n.º 31, jul. - set. 1983, p. 203 – 204.

cultural, entretanto, não são só os despossuídos econômicos são carentes de educação (em sentido amplo); a falta de cultura básica atinge, inclusive, pessoas que tem alto poder aquisitivo.

A falta de conhecimento geral dessas pessoas causa, ainda, o desconhecimento jurídico básico de muitos direitos que elas têm, mas que, por ignorância, não sabem. Esses direitos são, principalmente, direitos sociais e coletivos, de segunda e terceira geração.

Os interesses difusos não respeitados acabam não chegando ao conhecimento o Poder Judiciário ou porque as partes, como já dito, na maioria das vezes, o desconhecem, ou então, porque o prêmio para o indivíduo que busca essa correção é pequeno demais frente aos problemas que é utilizar a máquina judiciária. Por isso, deixam esses litígios por conta do próprio Estado, que muitas vezes falha.⁸⁷

No Brasil, os interesses difusos e coletivos são regidos pela ação civil pública, disciplinada na Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985. Refere-se a danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estéticos históricos, turísticos e paisagísticos, ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo (artigo 1º da Lei 7.347/85).

Nesse tipo de ação é comum ter o Estado como sujeito ativo, pois a maioria da população, pelos motivos supracitados, se desinteressa. A legitimidade é conferida ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação (artigo 5º da Lei n.º 7.347/85). Para por fim a falta de iniciativa popular, o legislador entendeu ser viável conceder a legitimidade a associações. Isso faz com que, a população participe mais ativamente na conquista desses direitos ainda desconhecidos de muitos cidadãos.

⁸⁷ CAPPELLLETI; GARTH, 1988, p.26-27

Os obstáculos ao acesso à justiça são inúmeros; um outro a ser destacado é a imagem intimidadora que se tem dos profissionais de direito, dentre eles, os advogados, os promotores, os serventuários e, sobretudo, os juízes, que ao utilizarem a toga, tornam-se, aos olhos mais humildes, um ser inatingível. São vistos, por essas pessoas, como figuras opressoras; não impõem simplesmente respeito, mas também, temor e isso, só dificulta a justiça.

O tempo de solução do litígio no Poder Judiciário é outro fator desestimulante na busca pelo justo. Há processos que delongam anos, outros, até décadas para serem solucionados. Os efeitos dessa demora podem ser devastadores, principalmente, para os mais pobres, que não podem suportar as custas, ou, tem seu direito consumido pela inflação. Esses, normalmente, abandonam o processo, ou então, são “coagidos” a aceitar acordos de valores ínfimos.

O fato é tão grave, que a Convenção Européia para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável, é para muitas pessoas, uma justiça inacessível.⁸⁸

O tempo está intimamente ligado ao excesso de formalismo, e é esse um outro aspecto que dificulta o acesso à ordem jurídica justa.

Sobre o excesso de formalismo, o doutrinador, Dalmo de Abreu Dallari comenta:

Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça.⁸⁹

⁸⁸ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21

⁸⁹ DALLARI, 1996. p.80

A partir da afirmação acima, é possível perceber como há uma deturpação no que se refere à justiça. Atualmente, a justiça apresentada à sociedade é extremamente formal e burocrática. Há uma exaltação das formas em detrimento do justo.

José Carlos Barbosa Moreira ressalta a burocratização do Judiciário dizendo: “E há o excesso de burocratismo. Já disse, e convém repetir, que o juiz é convocado a praticar um sem-número de atos inúteis, e como isso vê a sua mesa intupida de autos sem nenhuma necessidade”.⁹⁰

O apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é herança do positivismo jurídico desenvolvido no século XIX, este, por sua vez, foi uma aplicação de um preceito de Platão desenvolvido por Aristóteles. Segundo ele, “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Com o fim do absolutismo, houve uma exaltação ao legalismo jurídico, visto que, este era considerado uma garantia de justiça.⁹¹

O excesso de formalismo faz com que o juiz, todos os outros profissionais do Poder Judiciário e, também, as próprias partes pratiquem atos inúteis, puramente burocráticos, causando a demora nos julgamentos, o que, muitas vezes, culmina à ineficácia da decisão tardia. Esse exagero traz conseqüências mais acentuadas quando se refere a causas de pequeno valor.

Cappelletti e Garth apresentam como uma possível solução para as causas de pequeno valor a criação de eficazes tribunais especiais onde a justiça é menos formal e mais célere. E ainda, advertem que a reforma deve ser severa, pois tribunais de pequenas causas não são novidades; o fato é que tais tribunais, na maioria das vezes, tornam-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos regulares. E isso ocorre, principalmente, devido à presença de advogados e,

⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 74, abr. – jun., 1994, p. 132.

⁹¹ DALLARI, 1996, p.81.

ao comportamento do juiz que se nega a abandonar o estilo tradicional, formal e reservado.⁹²

Outra crítica apresentada pelos doutrinadores supramencionados é que esses tribunais não são formados somente para credores cobrar dívidas de pequeno valor.

Ademais, não é porque o tribunal é de pequenas causas que as questões, ali solucionadas, são desimportantes para receber tratamento, supostamente, de segunda classe.⁹³

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 é a lei nacional que trata da criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Estes tribunais, popularmente chamados de tribunais de pequenas causas, são aptos à julgar litígios de menor complexidade. A lei elenca quais são as causas possíveis de serem solucionadas por esses juizados.

É no artigo 2º da Lei n.º 9.099/95 que se pode observar a presença de princípios característicos de uma justiça menos burocrática: “Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação”.

Uma justiça pautada nos princípios acima descritos é economicamente mais viável para o Estado, que tem uma redução de custos e, conseqüentemente, mais barata para as partes, visto que, isso torna, o processo, mais acessível. A celeridade da solução litigiosa é outra forma de garantia ao real acesso à justiça; sendo rápida, ela é eficaz e atraente para a população. Por conseguinte, o Estado ganha credibilidade.

⁹² CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 96 – 97.

⁹³ CAPPELLETTI, GARTH, loc. cit.

A Justiça Nacional está no caminho certo, os Juizados Especiais no Brasil não são um exímio modelo de justiça, mas já amenizou o problema das causas de pequeno valor, ou, pequena complexidade. Na busca pelo efetivo acesso à justiça, sobre as pequenas causas, os já citados, Garth e Cappelletti dizem:

[...] sem algum tipo especial de procedimento para as pequenas causas, os direitos das pessoas comuns freqüentemente permanecerão simbólicos. O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam á vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos que dispõem aqueles a quem eles se opõem.⁹⁴

Uma maneira de viabilizar o acesso à justiça é a modificação no sistema judiciário. Muitos acreditam no formalismo para obter a justiça, como já foi dito, devido à influência do legalismo. Esses pensam que o direito não precisa ser justo, basta ser legal. O que é uma heresia, pois mesmo Hans Kelsen, “o papa” do positivismo jurídico, teve seu fundamento primeiro em uma norma fundamental hipotética, e esta foi obtida através do que, para ele, era a idéia de justiça.⁹⁵

A necessidade da reforma da máquina judiciária é indiscutível, contudo, não se pode esquecer que os procedimentos atuais, altamente técnicos, foram moldados por séculos, sempre visando prevenir injustiças e a arbitrariedade de tiranos, principalmente, em Estados democráticos de direito, como é o caso do Brasil.

Sendo assim, qualquer mudança feita nos procedimentos judiciais devem ser cautelosamente observada para que não se perca direitos fundamentais e imprescindíveis, principalmente no que se refere ao devido processo legal onde estão o contraditório e a ampla defesa. Acabar com o excesso de formalismo e trazer no lugar uma justiça barata e de má qualidade não é o que se espera.

Cappelletti e Garth comentam:

⁹⁴ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 97.

⁹⁵ DALLARI, 1996, p. 83.

A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. É, se é verdade que a igualdade de toda perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.⁹⁶

Cândido Rangel Dinamarco, diz que as posturas ideológicas sobre o acesso à justiça reflete na técnica processual, e assim, a interpretação legal, feita por estudiosos atualizados, conduz a uma visão mais favorável aos anseios da sociedade. Contudo, admite que isso não é o bastante e, sobre as modificações do sistema processual, diz que há necessidade de incrementá-lo com novos instrumentos e novas técnicas para o manuseio dos antigos. Também julga ser necessário adaptar a mentalidade dos profissionais da classe jurídica para que vejam o processo como meio de obter a justiça, utilizando-o de forma mais eficaz. Acredita, o doutrinador, que a reforma, ainda em curso, do Código de Processo Civil brasileiro é uma forma de atender a necessidade que a população tem de justiça.⁹⁷

O problema do efetivo acesso à justiça, dada a importância do assunto, será ainda matéria de debate entre muitos profissionais da área jurídica, e com isso, fica a esperança que se encontre soluções cada vez mais viáveis.

⁹⁶ CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.165.

⁹⁷ DINAMARCO, 2000, p.306.

5 DAS PROVAS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

5.1 Breve histórico sobre provas

A prova, ao longo dos tempos, vem acompanhando a história das civilizações. É possível observá-la como forma de solução de conflitos nas sociedades mais antigas.

As civilizações arcaicas tinham a religião como base de suas vidas, esta influência era demasiada, tanto nos lares, nas famílias, como também, na cidade, no governo, inclusive, na justiça.

Destarte, é possível entender o caráter religioso das provas na antigüidade. Os juízos de Deus, denominados ordálias, baseavam-se na crença que Deus não deixaria de sustentar o direito do inocente, ademais, devido a forte influência da religião na cultura primitiva, tinham convicção de que nenhum indivíduo tomaria Deus como testemunha de uma mentira.

As ordálias consistiam em submeter alguém a uma prova na esperança que Deus protegeria o inocente e não deixaria sair com vida, ou sairia com um sinal evidente, se mentisse ou fosse culpado.⁹⁸

O papel do juiz na decisão do conflito era mínimo, pois as ordálias não visavam formar a consciência do juiz sobre a verdade dos fatos; tinha um objetivo maior, o qual consistia em mostrar a verdade pela vontade divina. Ao juiz cabia apenas acatar o que fosse demonstrado por Deus e declarar o resultado da prova.

⁹⁸ SALVIOLI apud SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 25.

Moacyr Amaral dos Santos apresenta várias formas de ordálias, dentre as mais conhecidas estão:⁹⁹

A prova pelo fogo: Havia várias formas dessa prova. Em uma, o acusado teria que passar por entre duas sarças, vestido de camisa embebida em cera. Noutra modalidade, o litigante teria que tocar com a língua em ferro quente, ou carregar uma barra de ferro em brasa por certa distância, ou então, caminhar descalço sobre ferros candentes. Se o indivíduo fosse inocente, nenhum mal lhe aconteceria na prática de tal prova.

A prova pela água fervendo: O acusado deveria tirar um ou mais objetos de uma caldeira de água fervente. Então, seria examinadas suas mãos após três dias, sendo mantida enfaixada durante esse tempo, e, caso fosse inocente, sua mão estaria ileso.

A prova pela água fria: Assim como na água quente, o suposto criminoso deveria mergulhar a mão em um recipiente com água fria, pois, sendo a prova de caráter divino, assim como a água fervente não causaria mal ao inocente, a água fria causaria dano ao acusado quando culpado. Havia, contudo, outras modalidades dessa prova, como, por exemplo, fazer os acusados atravessar a nado várias vezes um rio de águas frias, perdendo o que primeiro se cansasse. Outra forma era atirar ao rio o acusado com mãos e pés amarrados acreditando que se afundasse era inocente; caso contrário, era culpado, pois achavam que a água pura não receberia um culpado.

A prova do pão e queijo: Nesta prova, faziam o acusado ingerir certa quantidade desses produtos, considerando o sujeito culpado quando não conseguisse.

⁹⁹ SANTOS, 1970, p. 26 - 29. Os tipos de ordálias relatados nesta monografia foram obtidas através do livro citado. Moacyr Amaral dos Santos, por sua vez, faz referência, neste trecho, a autores como: Montesquieu, Salvioli, Belime, Neves e Castro, Gusmão e Meyer.

A prova pelo cadáver: Normalmente realizado poucas horas após o crime, o assassinado era conduzido à presença do suposto criminoso que seria culpado se novamente sangrassem as feridas do defunto, ou se lhe viesse espuma a boca. O acusado pronunciava juramento de inocência e apoiava os dedos sobre a ferida ou sobre o umbigo do cadáver, ou esfregava as feridas com um pedaço de lã, ou ainda, andava descalço sobre o corpo. A autoria era provada se a vítima sangrasse.

A prova do pão bento: Deveria, o acusado, ingerir pão bento. Se fosse culpado o pão deveria fazer uma ondulação logo que ingerido.

A prova da caldeira pendente: O acusado suspendia uma caldeira cheia de água e fazia orações. Se fosse culpado, a água agitaria e a caldeira viraria.

A prova pelas serpentes: Era lançado, o acusado, entre serpentes acreditando que elas só o morderiam se fosse culpado.

Montesquieu entendia que as provas pela água fervendo e pelo fogo, consideradas de extrema crueldade nos tempos mais modernos, não eram tão penosas assim, pois esses povos eram guerreiros e estavam habituados ao difícil manejo de armas arcaicas, tinham pele rude e calosa; a impressão do ferro quente e da água fervendo facilmente desapareceria em três dias, se não desaparecesse, era sinal de que o indivíduo era fraco e afeminado, o que era repudiado numa civilização desse porte.¹⁰⁰

Outro tipo de prova muito comum na antigüidade foi o juramento, que também tinha caráter religioso. O temor do povo pela providência divina garantia segurança ao juramento. Os antigos acreditavam em terríveis vinganças divinas e o crime de perjúrio era tido como um dos mais graves.

¹⁰⁰ MONTESQUIEU apud SANTOS, 1970, p.27.

Entretanto, com o passar do tempo, o juramento caiu em descrédito, então surgiu o duelo que se tornou a forma mais utilizada de ordália. Lembrando-se que, naquela época, a força e a coragem eram características essenciais dos povos.

O duelo, ou combate judiciário foi, por vários séculos, em quase toda a Europa, a prova mais utilizada, tanto na resolução de questões de fato como nas de direito. Todavia, muitos eram contra esse tipo de prova, mas, apenas no início do século XIV o duelo deixou de ser a prova de maior utilização para obtenção da verdade.¹⁰¹

Foi a partir daí que os povos utilizaram a prova testemunhal de maneira mais acentuada. Tornou-se, *a posteriori*, a prova por excelência predominando por séculos.

A prova literal só passou a ter respaldo quando a escrita tornou-se mais acessível à população, e isso ocorreu vagarosamente. Entretanto, mesmo nessa época onde a escrita era privilégio de poucos, a prova literal era utilizada, mas de forma restrita e subsidiária.

Aos poucos, a prova documental tornou-se mais utilizada que a prova testemunhal. Foi, no século XV, aproximadamente, que este meio de prova entrou em definitivo no sistema probatório. A partir daí, inicia-se de fato o direito probatório que foi se aperfeiçoando, paulatinamente, chegando ao que é hoje conhecido.¹⁰²

Permanecem como provas, no processo civil, a prova documental (arts. 364 e seguintes do CPC), a testemunhal (arts. 400 e seguintes do CPC). Acrescenta-se a estas, as perícias (arts. 420 e seguintes do CPC), a inspeção judicial (arts. 440 e seguintes do CPC), a confissão (arts. 348 e seguintes do CPC) e, o interrogatório

¹⁰¹ MONTESQUIEU apud SANTOS, 1970, p.36. "Deve-se a São Luís o primeiro grande golpe contra o combate judiciário. Sem autoridade sobre os senhores feudais, limita-se, por ordenança de 1260, a substituí-lo nos seus domínios pela prova por testemunhas, mas nem por isso deixou de exercer influência na cristandade da época."

¹⁰² Ibid., p.43

das partes (artigo 342 e seguintes do CPC). O juramento (artigo 415 do CPC) permanece no sistema probatório, mas é utilizado como compromisso e não como prova.

5.2 Conceito

O sentido etimológico de prova emana da palavra latina *probatio*, que deriva do verbo *probare*, por sua vez, significa “demonstrar”, “comprovar”, “examinar”.

Os litígios trazidos a um processo originam-se de fatos e, a partir do exame desses fatos, o juiz irá dirimir o conflito existente. As questões de fato expostas em um processo são solucionadas por meio de provas, “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.¹⁰³

O que se discute é se a prova pertence ao direito material ou ao direito processual. Para Moacir Amaral dos Santos, a indicação das provas, seu valor jurídico e sua admissibilidade estão contidos no direito material; ao direito formal pertence o modo de constituir e produzi-la em juízo.¹⁰⁴

Há ainda a posição de Humberto Theodoro Júnior que conceitua prova sob dois prismas: o objetivo e o subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, prova é instrumento utilizado para demonstrar a existência de um fato; subjetivamente, prova é instrumento que conduz a certeza, utilizada para formar a convicção do julgador.¹⁰⁵

¹⁰³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001. p.348

¹⁰⁴ SANTOS, Moacyr Amaral apud SANTOS, Ernane Fidelis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. In: FIUZA, César Augusto de Castro; AS, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Bretas C. Dias. **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001, p. 103.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.367

Sendo assim, pode-se concluir que prova é a forma que se utiliza para demonstrar os fatos alegados no processo, tentando convencer o juiz de que são verdadeiros, para que então, ele, o magistrado, possa julgar o conflito de maneira mais justa.

5.3 Finalidade e destinação

A finalidade da prova no processo é convencer o juiz dos fatos alegados. É a partir dela que será formada a convicção do magistrado.

A prova no processo não tem um fim moral ou filosófico, seu objetivo é apenas o de formar o convencimento do julgador sobre os fatos alegados no litígio. Por isso, na busca da justiça, mesmo alguns fatos confessos, quando de direitos indisponíveis, precisam ser provados, isto para que possa ser formado convencimento do juiz.

A destinação da prova no processo está diretamente ligada a sua finalidade. Por conseguinte, se a finalidade é convencer o juiz, a prova só poderá ter como destinatário o magistrado. Esta não é produzida visando convencer a parte contrária, terceiros interessados ou mesmo a sociedade, basta que o prolator da sentença avalie e forme sua convicção sobre os fatos.

As decisões do juiz devem ater-se às provas e circunstâncias dos autos. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior entende que “ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo, para o julgador não existe”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIR, 2001, p.370

O princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo 132 e parágrafo único do Código de Processo Civil pode ser, aqui, visivelmente observado. Tal princípio preceitua o melhor aproveitamento das provas por parte do juiz ao proferir que o magistrado que concluir a audiência julgará a lide em regra e, ainda, dá poder de mandar repetir as provas que julgar necessárias.

Sendo o juiz o destinatário das provas produzidas no processo, cabe a ele, quando entender necessário, o indeferimento de provas protelatórias e inúteis como denota a parte final do artigo 130 da Norma processual Civil. É o julgador que terá que analisar a relevância e pertinência das provas trazidas pelas partes.

5.4 Avaliação da prova

A fase probatória não se exaure apenas com a produção das provas, esta é somente uma fase. Há, ainda, a avaliação das provas e, então, a formação da convicção do magistrado.

A avaliação, nada mais é que um desenvolvimento intelectual do juiz sobre as provas trazidas ao feito.

Segundo Malatesta, “o convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinador e aperfeiçoador do primeiro, que constitui a certeza; a certeza é a crença da verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da certeza, como legítima”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MALATESTA apud SANTOS, 1970, p. 340.

Sendo assim, para que ocorra o convencimento do juiz é necessária a avaliação das provas, e isto, pode ser feito através de três sistemas de apreciação: O sistema da verdade legal, o da livre convicção do juiz e o da persuasão racional.

O sistema da prova legal, ou positiva, tem sua origem no processo bárbaro, especialmente, no rigoroso e formalista direito germânico que predominou em todo mundo até o século XVIII.¹⁰⁸

Mas, segundo José Carlos Barbosa Moreira, ainda na fase do Estado Liberal, predominava a prova legal. O direito processual encontrava-se numa atmosfera cultural marcada pelo individualismo. O povo queria, não só no plano econômico, como em todas outras áreas, um Estado não intervencionista, por isso, preferia um juiz inerte e distante do duelo entre as partes. A única função do juiz era de aplicar normas jurídicas a fatos.¹⁰⁹

A censura a este modo de apreciação de prova é que ocorre a supremacia do formalismo em detrimento da busca pela justiça. O valor da prova é previamente determinado.

*Sistema da prova legal é a ordem processual em que preponderem regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso que julga. Antecipando-se a este, o legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juizes em geral. Daí falar-se em *provas tarifadas*.*¹¹⁰

Ao juiz, neste sistema, são impostas regras preestabelecidas para a estimativa das provas. Cada prova tem valor inalterável e constante previsto em lei. O julgador limita-se a fazer uma verificação aritmética para sentenciar. Nesse sistema, oprime-se a convicção do juiz e exalta-se a verdade legal.

¹⁰⁸ CHIOVENDA e outros apud SANTOS, 1970, p.341-342.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IX, n.35, abr-jun, 1984, p.179.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. Tomo III, p.102.

Moacyr Amaral dos Santos critica o tarifamento das provas com maestria:

O juiz meramente *computador*, o juiz prêso (sic) ao formalismo e ao valor tarifado das provas, o juiz impedido de observar positivamente os fatos e coagido a dizer a verdade segundo que a lei que o seja, não constitui aquê (sic) poder a quem a sociedade atribui a função de soberania, como diz CHIOVENDA, não pode ficar na situação de um autômato, passivamente obrigado a apreciar os fatos colhidos no processo e a decidir por uma certeza que a lei lhe impões, mas contra a qual se revolta sua consciência de homem de bem.¹¹¹

Utilizar o sistema da prova legal valorada é desprestigiar o trabalho do magistrado, que terá, muitas vezes, que decidir contrário ao que acredita ser o correto.

Hodiernamente, esse tipo de apreciação não vigora. No direito pátrio, há apenas alguns resquícios desse sistema, como por exemplo, o valor de uma escritura pública de imóvel na comprovação da propriedade; contudo, mesmo neste caso, a presunção da prova não é absoluta.

Oposto a ele, é o que ocorre com o sistema da livre convicção do juiz. Este é originário do direito romano, onde eram dados, ao magistrado, amplos poderes na apreciação das provas. Em Roma, era permitido, ainda, ao julgador fugir da obrigação de decidir caso não tivesse formado sua convicção. No sentido absoluto, esse sistema não vingou, foi logo repellido ganhando lugar o sistema da persuasão racional do juiz.¹¹²

No sistema da livre convicção, também denominado de íntima convicção, o magistrado poderia julgar como melhor entendesse, sem se condicionar a regras, podendo, inclusive, julgar contrário às provas produzidas nos autos.

A crítica a tal sistema esta justamente no fato de dar totais poderes para o magistrado proferir a decisão. A verdade jurídica é formada pela consciência do juiz,

¹¹¹ SANTOS, 1970, p.356

¹¹² LESSONA apud SANTOS. Ibid., p.344.

que não é atrelada a qualquer regra legal. Nesse tipo de avaliação, na prolação do julgamento, o juiz não é obrigado a apresentar os motivos formadores de seu convencimento, o que dá azo a tirania e arbitrariedade.

Tal sistema, não foi, ao que consta, adotado, na íntegra, por nenhum povo civilizado.¹¹³

O último sistema a ser analisado é o da persuasão racional do juiz que, é um misto dos outros dois sistemas apresentados. Os romanos passaram a utilizá-lo em reação ao sistema da livre convicção¹¹⁴, entretanto, parece que só foi, realmente, apresentado como sistema nos Códigos Napoleônicos, estabelecendo, a partir daí, um sistema distinto do da prova legal e da livre convicção.¹¹⁵

O sistema jurídico brasileiro, como consta no artigo 131 do Código de Processo Civil, adotou esse sistema considerando-o o mais equilibrado. O sistema da persuasão racional refere-se a um julgamento feito de acordo com as provas produzidas nos autos. Na avaliação em epígrafe, não se admite a supremacia absoluta de uma prova sobre outra, logo, não há um tarifamento de provas.

O livre convencimento há de ser *racional*, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz: é obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade. Repudiam-se personalismos do juiz, cuja atividade se rege pelo princípio da impessoalidade.¹¹⁶

A convicção do julgador fica condicionada aos fatos que se funda a relação jurídica controvertida; às provas desses fatos, colhidas na causa; a regras legais e máximas de experiência, e por último, ao dever de motivar.¹¹⁷

¹¹³ SANTOS, 1970, p.346

¹¹⁴ LESSONA apud SANTOS, loc. cit.

¹¹⁵ SANTOS, loc. cit.

¹¹⁶ DINAMARCO, 2002b, p.106

¹¹⁷ SANTOS, op.cit., p.347

Ao dizer que o juiz fica condicionado aos fatos, deve se entender que o magistrado deverá relacionar as provas aos fatos para proferir sua decisão, pois é nos fatos alegados que o juiz irá encontrar motivos que ensejadores de seu convencimento.

Também é preciso ressaltar que o juiz deve formar seu convencimento a partir das provas trazidas aos autos. Assim, pressupõe-se que o julgamento será dado de acordo com as provas produzidas de forma legal e não *contra legem*.

Se permitisse que o juiz julgasse fora dos elementos trazidos nos autos, estar-se-ia frente ao sistema da livre convicção e não ao da persuasão racional.

Sobre ser, o juiz, condicionado às regras legais e máximas de experiência, vale dizer que este não pode julgar contra elas. Se o direito preconiza algo, não pode o julgador ir contra o ordenamento. Ou ainda, ser contrário a aquilo que comumente acontece. Os chamados juízos empíricos devem ser considerados.¹¹⁸

O Código de Processo civil, no artigo 335, relata que na falta de normas legais o juiz fica sujeito às regras de experiência, isto é, informações científicas e culturais do magistrado podem ser utilizadas nas decisões judiciais. Contudo, no caso da utilização de conhecimentos pessoais do julgador, há de se esclarecer que tais aptidões não dispensam a utilização de exame pericial.

Não obstante ao que já foi dito, no sistema da persuasão racional o juiz tem a obrigação de motivar sua decisão (artigo 93, IX, CF). Deve demonstrar com clareza os motivos e fundamentos formadores de seu convencimento. É na motivação que se apura o trabalho intelectual do juiz na avaliação da prova.¹¹⁹

¹¹⁸ CHIOVENDA apud SANTOS. Ibid., p.351.

¹¹⁹ SANTOS, 1970, p.352.

O juiz nunca deve decidir contra a sua consciência, porém, a convicção não pode decorrer simplesmente, de apreciações subjetivas do julgador, deve-se considerar os fatos, circunstâncias do processo e as provas obtidas legalmente.

A preferência por esse sistema decorre de pressuposto lógico e político. Lógico porque, a possibilidade de erro no sistema analisado é menor do que nos outros, devido à necessidade de motivação das decisões. E, a persuasão racional também causa maior responsabilidade ao julgador que decide a lide atendendo a sociabilidade de seu convencimento.¹²⁰

A tendência ao sistema por decorrência de pressuposto político encontra sustento no fato de ser o mais equilibrado tipo de avaliação de provas. Couture diz que se conseguiu, após séculos, por o direito no justo ponto de equilíbrio, evitando o despotismo e a tirania do juiz.¹²¹

Encontra-se o resquício do sistema legal no fato da lei determinar quais meios de prova são permitidos. Contudo, cabe ao juiz analisá-las ponderadamente, formando sua convicção. João Monteiro entende que a melhor maneira de julgar é fundindo os dois primeiros sistemas para que o julgamento venha da consciência do juiz iluminada pelas provas produzidas nos autos.¹²²

Para Carnelutti, a avaliação das provas se faz através de regras de experiência, as quais tornam-se legais quando tem emprego obrigatório. Entretanto, nem toda prova é regulada por lei, e ainda, nem sempre as regras de avaliação utilizadas nas provas excluem toda liberdade do juiz. Mister se faz utilizar a experiência do juiz com as provas avaliadas legalmente.¹²³

¹²⁰ SANTOS, 1970, p.357.

¹²¹ COUTURE apud SANTOS. Ibid., p.358.

¹²² MONTEIRO apud SANTOS. Ibid., p. 360.

¹²³ CARNELUTTI, apud SANTOS, Ibid., p. 360 – 361.

Ao juiz é dado o poder de decisão. Esta, como preconiza a Magna Carta, deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF), porém, é sabido que a decisão deve pautar-se em fatos e circunstâncias presentes nos autos, ainda que inalegados.

No mesmo sentido está o artigo 131 do Código de Processo Civil: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstância dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

O professor Antônio José de Souza Levenhagem, sobre o assunto, complementa:

Existe, portanto, a liberdade, porém não absoluta, e limitação imposta pelo Código é sobremaneira salutar e democrática, pois se ao juiz fosse conferida a faculdade de, discricionariamente, formar o seu convencimento, seria implantar-se a tirania judiciária, com a negação e a ineficácia de todo direito de defesa.¹²⁴

Diante disso, fica evidente que a convicção do juiz, no sistema de avaliação de provas brasileiro, deve ser feita com base em fatos e circunstâncias dos autos, nas provas produzidas sobre esses fatos, nos meios legais ou moralmente legítimos, e ainda, a decisão deverá ser devidamente motivada.

5.5 Objeto

O objeto a ser provado no processo, em regra, é a alegação de um fato trazida aos autos. O direito, pelo princípio *jura noviti curia*, (o juiz conhece o direito), não é

¹²⁴ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Art. 1º a 269. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.145.

objeto de prova; excepcionalmente deverá ser provado nos autos. Isso, como determina o artigo 337 do CPC, ocorrerá quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

A prova utilizada quanto aos fatos, como ensina Humberto Theodoro Júnior, poderá ser direta ou indireta. Sendo direta quando demonstrar a existência do próprio fato narrado e, será indireta, também chamada de indiciária, quando analisar indícios sobre as alegações dos autos. É secundária e necessita de um juízo lógico, através dela presume-se que os fatos alegados são ou não verdadeiros, pois não analisa o *fato probando*, mas fatos auxiliares¹²⁵.

Mister consignar que nem todos os fatos devem ser objeto de provas no processo civil.

Segundo o artigo 334 do CPC, “Não dependem de prova os fatos: I - notórios, II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, III – admitidos, no processo como incontroversos, IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Os fatos notórios são acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestáveis, são aqueles fatos que fazem parte da cultura, da informação geral dos indivíduos. Desse modo, a prova destes é inútil e contrário ao princípio da economia processual.

Há ainda que se esclarecer que tal notoriedade pode ser relativa, isto é, a apenas determinada região, ou mesmo, a um grupo social ou profissional. A prova, nesse caso, demonstra-se desnecessária.

Sobre os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, estes não precisam ser provados, pois não há conflito em relação a eles. Não há que

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, 2001, p.369.

se perder tempo provando algo que não tem a veracidade discutida. No caso da confissão e da prova, o legislador entendeu não ser preciso a produção de novas provas. Todavia, quando os fatos forem relativos a direitos indisponíveis a confissão da parte contrária não gera efeitos absolutos e devem ser provados. É o que ensina Arruda Alvim dizendo:

[...] a confissão da parte contrária não tem relevância alguma, no contexto das provas, senão o mero peso psicológico se conferir com o conjunto probatório (art. 334, II, e art. 351 do atual CPC); este inc. II do art. 334 aloja-se mal debaixo do *caput* do artigo, dado que a confissão é meio de prova. O que, em verdade, quis a lei (art. 334, II) significar é o que ditos fatos confessados desnecessitam de *outra* prova, além da própria confissão.¹²⁶

Os fatos incontroversos, que também não são objetos de prova, são aqueles em que a parte contrária concorda com o adversário, ou ainda, não os contesta; ressaltando novamente que tal regra não se aplica a direitos indisponíveis.

O artigo 451 do Código de Processo Civil relata justamente que as provas deverão incidir sobre os pontos controvertidos que o juiz deverá fixar. Sendo assim, os fatos não controvertidos não necessitam serem provados.

Os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade têm como dispensáveis suas provas. Se a presunção for absoluta, ou seja, *jure et de jure*, não cabe prova, entretanto, se tal presunção for relativa, *juris tantum*, pode ocorrer a inversão do ônus da prova.¹²⁷

Diante do que se refere ao objeto da prova, fica claro que são os fatos controvertidos, sobre os quais recai o conflito de interesse, que devem ser submetidos à produção de provas no processo civil e, também, os fatos, mesmo que não controversos, mas que digam respeito a direitos indisponíveis.

¹²⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b. volume 2, p.488.

¹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. volume 2, p.181.

5.6 Provas ilícitas

As provas ilícitas já foram objeto de estudo do presente trabalho como princípio proibitório, contudo, há outras considerações a serem feitas.

Cândido Rangel Dinamarco define provas ilícitas como sendo “demonstrações de fatos obtidos por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios”.¹²⁸

Sobre a utilização das provas obtidas ilicitamente, há duas teses radicais. A primeira tese defende que deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade e, a prova mesmo que ilícita continua tendo o mesmo valor e, constitui elemento útil para formar a convicção do juiz. O outro extremo, entende que o direito não pode prestigiar um comportamento antijurídico, tampouco, consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado a norma jurídica com prejuízo alheio, conseqüentemente, a máquina judiciária não deve reconhecer a eficácia da prova obtida ilegalmente.¹²⁹

A Constituição Federal, como já relatado, é adepta ao segundo posicionamento, ou seja, não admite as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LV). A restrição trazida no texto constitucional visa assegurar a liberdade e a intimidade das pessoas contra atos arbitrários. A não obediência à Carta Maior causa a total ineficácia da prova realizada.

Contudo, a absoluta aplicação dessa teoria compromete seriamente o acesso à justiça. O princípio da proporcionalidade vem abrandando tal preceito. Busca-se,

¹²⁸DINAMARCO, 2002b, p.49.

¹²⁹MOREIRA, 1997, p.109.

por conseguinte, observar se a utilização da prova ilícita é mais prejudicial que seu não uso.

A própria Constituição Federal em suas garantias diz que a lei não excluirá da apreciação do órgão judicial lesão ou ameaça de direito. Portanto, quando houver confronto das provas ilícitas com o direito do cidadão deve-se sopesar os direitos e averiguar qual lesão será menor.

José Carlos Barbosa Moreira ensina que "[...] no direito geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar às últimas conseqüências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio".¹³⁰

O grande receio em adotar o princípio da proporcionalidade para admissão ou não das provas ilícitas é que isso aumenta o poder de julgamento subjetivo do juiz. Entretanto, como já foi explicado, há vários casos em que se utiliza o juízo de valor do prolator e, nem por isso, existe a tirania do magistrado. "Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme a Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade".¹³¹

A escuta telefônica, admitida constitucionalmente no artigo 5º, inciso XII*, é alvo de censuras.¹³²

A primeira diz respeito ao fato de haver na ressalva a necessidade de uma lei para que possa ser aplicada. O problema está no fato de que antes de editada tal lei, toda violação de sigilo seria ilegal, o que confronta com o espírito da norma.

¹³⁰ MOREIRA, 1997, p.108. O autor diz ainda que o legislador ao adotar um princípio, o faz, porque acha que está agindo corretamente, facilitando a boa administração da justiça.

¹³¹ Ibid, p.114.

* Art. 5º, XII, CF: "é inviolável o sigilo de correspondência e das telecomunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

¹³² MOREIRA, op. cit., p.115 et seq.

A lei que regulamentou a norma demorou oito anos para ser feita, é de 24 de julho de 1996 (Lei n. 9.296). Nesse lapso de tempo, a norma era considerada inválida, sem eficácia.

Outra crítica é sobre admitir a quebra somente do sigilo telefônico, não abrangendo tal norma às correspondências ou comunicações telegráficas. Nesse ponto, Barbosa Moreira comenta: “Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama”.¹³³

Por fim, a última crítica refere-se a infeliz distinção da norma entre o processo civil e penal, admitindo a escuta, apenas na esfera criminal.

A Constituição vigente, em vários outros dispositivos, equipara o direito processual civil e o penal. Não se pode, sensatamente, dizer que o direito penal é mais importante que o direito civil. Sobre isso, mais uma vez, é pertinente a lição do professor Barbosa Moreira:

Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais “grave” dos efeitos de uma sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito cível se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece se a infração não é punível senão com multa.¹³⁴

O problema das provas ilícitas é de difícil resolução, pois admiti-las seria prestigiar uma ilicitude, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico. A Constituição vigente veementemente proíbe as provas ilícitas, mas nenhum princípio é absoluto. O mais sensato seria conceder ao juiz liberdade para avaliar as situações concretas.

¹³³ MOREIRA, 1997, p.117. O jurista completa: “O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo”.

¹³⁴ Ibid., p.118.

5.7 Ônus da prova

A palavra ônus tem seu sentido etimológico derivado do latim *onus* que significa “carga”, “peso”, “fardo”. Ônus da prova, por sua vez, deriva do brocado latino *onus probandi*, que vem a ser, “encargo de provar”.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para decisões a serem proferidas no processo”.¹³⁵

Já nos dizeres de João Batista Lopes, “entende-se por ônus, a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; a obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro distraído”.¹³⁶

Há uma idéia de carga e não de obrigação ou dever (*strito sensu*). E esta carga recai sobre a parte que tem a prerrogativa de se desincumbir dele. Assim, no processo não há uma obrigação de provar, e sim, um ônus.

Na verdade, obrigação, dever e ônus são figuras distintas, não podendo ser confundidas.

A obrigação consiste em uma atitude que se deve tomar, sob pena de causar prejuízo à outra parte da relação jurídica, e que deixa de ser exigível, desde que cumprida. Caso deixe de ser cumprida, a omissão dará margem ao nascimento de pretensão por parte daquele a quem se deixou de cumprir a obrigação, condenando-se o devedor omissor à prestação, ou ao equivalente em dinheiro.

¹³⁵ DINAMARCO, 2002b, p.71.

¹³⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p.34.

O dever é entendido como normas de caráter perpétuo, ou seja, não se esgotam com seu cumprimento. Ao contrário, exige que os obrigados ao seu cumprimento continuem a cumpri-lo; sua não observância determina o lançamento de penalidade consistente em multa. Esta constitui verdadeira punição ao indivíduo faltoso no cumprimento do dever. Exemplo de dever no processo é a lealdade processual.¹³⁷

Por fim, o ônus difere dessas duas figuras supracitadas, pois este consiste em condutas transitórias e determinam, em decorrência de seu não atendimento, que recaiam as conseqüências desse comportamento sobre o próprio faltoso, não causando qualquer tipo de prejuízo para o outro pólo da relação jurídica. E ainda, se não cumprindo o ônus, não lhe será aplicada sanção processual.

O ônus ainda pode ser perfeito ou imperfeito. Diz-se que é perfeito quando o seu descumprimento causar um gravame jurídico, e é imperfeito quando, mesmo que não cumprido o ônus, este não trazer conseqüências danosas à parte que deixou de produzir a prova.

O Código de Processo Civil brasileiro, no artigo 333, divide o ônus da prova entre as partes da seguinte forma:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do 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 – recaí sobre direito indisponível da parte;
II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Isso significa que na contestação se o réu apenas defender-se negando os fatos a ele imputados o ônus de provar, em tese, será todo do autor, ou seja, deverá demonstrar-se carecedor do direito alegado. Entretanto, se o réu trazer na defesa

¹³⁷ ALVIM, 2003, p.493.

fatos impeditivo, modificativo ou extintivo, entende-se que ele admitiu que o fato relatado pelo autor aconteceu, todavia, aconteceu algo que descaracterizou o direito do autor. Tal fato novo, caberá a parte que o apresentou demonstrá-lo.

O artigo supracitado refere-se apenas ao autor e réu, mas deveria constar uma expressão mais abrangente como demandante e demandado, pois disciplina a distribuição do ônus da prova entre todos os sujeitos da relação processual. Como desdobramentos há outras figuras jurídicas: o assistente, que tem o mesmo ônus do assistido; os litisconsórcios ativos que lhes cabem as provas, como autores, de fatos constitutivos; os litisconsórcios passivos, como réus, devem demonstrar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, assim também o nomeado à autoria; o listisdenunciado, que sendo réu da ação de regresso, deverá demonstrar fato impeditivo, modificativo e extintivo quanto ao direito do denunciante; o assistente litisconsorcial do denunciante tem o mesmo ônus deste em face do adversário comum; que é também réu da ação de regresso; e o Ministério Público terá o ônus de provar o que alegou, não sendo este do autor ou do réu.¹³⁸

Não se deve dizer que as provas trazidas aos autos beneficiam somente quem as trouxe. Pelo princípio da comunhão da prova, o conjunto probatório é analisado objetivamente. Desconsidera-se a parte que a produziu, atendo-se ao que o conjunto provou. Utilizar a regra de julgamento de forma absoluta seria uma enorme afronta à paz social, escopo da jurisdição. Por isso é que o ônus da prova deve ser usado apenas subsidiariamente como regra de julgamento quando os fatos trazidos a juízo não possam conduzir a uma verdade considerada absoluta pela maioria das pessoas.

O mestre José Carlos dos Santos Bedaque acredita que as regras de distribuição do ônus *probandi* devem ser aplicadas como último recurso, quando os fatos não restaram suficientemente provados. E comenta:

Assim, não deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se

¹³⁸ DINAMARCO, 2002b, p.74

verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, não pode se omitir. Somente esse comportamento do magistrado pode impedir que o processo se transforme em mais um instrumento de injustiça.¹³⁹

As especificações previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, as quais estão, umbilicalmente, ligadas ao princípio dispositivo, não afetam em nada o estabelecido no artigo 130 do mesmo diploma legal que se refere à produção de provas de ofício.

A produção das provas é, realmente, competência das partes, contudo, é possível que o juiz a determine quando entender necessário ao esclarecimento aos fatos. As provas produzidas *ex officio* revestem-se de complementaridade em relação às partes.

A atividade do juiz torna-se mais intensa quando se trata de direitos indisponíveis. Cândido Rangel Dinamarco diz que, nas relações jurídico-substanciais disponíveis tem-se a aplicação bastante intensa do critério de distribuição do *onus probandi*.¹⁴⁰ Entende ainda, que conceder excessivo peso ao ônus da prova revela uma mentalidade anti-social, e complementa:

A tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os “motivos divergentes” e, como faria o médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco.¹⁴¹

O juiz, atendendo a finalidade precípua da jurisdição, a qual é pacificar com justiça, deve utilizar as regras referentes ao ônus da prova somente quando não for possível obter a realidade fática. Não há nenhuma arbitrariedade na produção de

¹³⁹ BEDAQUE, 1994, p.89 – 90.

¹⁴⁰ DINAMARCO, 2002b, p.248.

¹⁴¹ Ibid., p. 252.

provas *ex officio*, pois tal ato é amparado, como se sabe, pelo artigo 130 do mesmo *codex* que trata do critério de aplicação do ônus da prova. Assim, o magistrado, mantendo a imparcialidade tão exigida, deve, sempre que possível, buscar a verdade real sem vulnerar-se aos aspectos constantes no artigo 333 do CPC.

É possível ainda, segundo o parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, a convenção do o ônus quando este não recair sobre direito indisponível, ou quando a convenção não tornar o exercício do direito excessivamente difícil a uma das partes.

Dessa forma, esta vedada a possibilidade de se aplicar tal convenção quando a parte não puder dispor de seu direito, pois ofenderia ordem pública. No caso de segundo motivo, dificuldade excessiva ao exercício do direito, a convenção não é acolhida pelo ordenamento porque isso acarretaria, na maioria das vezes, o perecimento do direito, tornando-se, então, um obstáculo a verdade material.

Nas relações de consumo há a hipótese de inversão do “*onus probandi*” sistematizada no artigo 6º, inciso, VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8078/90).*

Na análise do artigo supramencionado, percebe-se que para que ocorra a inversão do ônus da prova é necessário que estejam presentes os requisitos de ordem objetiva e também requisitos de origem subjetiva.

O requisito objetivo que o aludido artigo faz referência é a hipossuficiência do consumidor, que poderá ser demonstrada nos autos. Como requisito subjetivo tem-se a verossimilhança das alegações do consumidor.

* Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O legislador quis, acertadamente, com essa inversão, assegurar a aplicação do princípio da igualdade.

A doutrina diverge sobre o momento de inversão desse ônus. Há três posicionamentos diferentes, cada um, atribuindo a inversão em horas distintas.

O primeiro posicionamento acredita que essa inversão deve ser deferida pelo juiz no despacho inicial, observando se estão presentes os requisitos de admissão da inversão antes mesmo da contestação. Isso deve ser feito com base nos dados trazidos pelo autor na petição inicial. Os críticos dessa corrente dizem que não se sabe quais os pontos controvertidos antes da resposta do requerido, e mais, só cabe a inversão, se for realmente necessária; se houver fatos controvertidos.

Para outros a inversão do ônus de provar deve ocorrer antes da audiência de instrução, logo depois do juiz fixar os pontos controvertidos. O pré-julgamento do juiz é a crítica feita essa corrente. Todavia, a crítica pode ser rebatida pelo fato do juiz não estar julgando a lide, visto que o fato de haver verossimilhança ou hipossuficiência da parte não traz o resultado da lide, que ainda será objeto de provas.

O último posicionamento é a favor da inversão do ônus apenas no momento da sentença. Segundo os adeptos desta corrente, as partes devem trazer aos autos toda prova que puderem, para então, ocorrer a inversão. Neste caso, feriria o princípio da economia processual, fazendo com que os litigantes produzissem provas desnecessárias. E ainda, cabe ao juiz, na fase saneadora do processo, dizer quais os pontos controvertidos. Ademais, esse posicionamento, em que não se sabe quem deve provar e o que se deve provar, ofenderia os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).¹⁴²

¹⁴² VALENTIM, Gisele Rodrigues. **Responsabilidade Civil do Fornecedor e do Comerciante pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor**. 2002. 133f. (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002, p. 56-57.

O recurso cabível contra a inversão do ônus da prova é agravo de instrumento e agravo retido (CPC, art.522, caput). A interposição do agravo de instrumento é mais utilizada, pois no futuro não haverá necessidade de tornar nula a fase probatória.

Para encerrar o estudo do ônus da prova, é preciso que se frise que os critérios e do ônus da prova são empregados subsidiariamente. Como consequência, são utilizados, quando necessários, no momento de decidir. A este respeito, o professor José Roberto dos Santos Bedaque diz:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo. Os princípios estabelecidos no art. 333 só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos.¹⁴³

No mesmo sentido, Barbosa Moreira entende que não há de falar em critérios de ônus da prova durante a instrução do processo. O ônus deve ser lembrado apenas, quando terminada a instrução, no momento de decidir. Complementa:

Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja “aberta” a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial *no momento em que julga*.¹⁴⁴

Em outro momento, o mesmo autor diz: “O juiz não tem que se preocupar com as regras legais da distribuição do ônus da prova, a não ser no momento se sentenciar”.¹⁴⁵

¹⁴³ BEDAQUE, 1994, p. 86-87.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.75-76.

¹⁴⁵ MOREIRA, 1984, p. 181.

Já, Cândido Rangel Dinamarco utiliza a expressão, ônus da prova, como sinônimo de regra de julgamento, acabando com qualquer dúvida sobre o assunto.¹⁴⁶

Assim, conclui-se que as regras que distribuem o ônus da prova são regras aplicáveis ao final em relação aos fatos que não ficaram devidamente provados nos autos.

¹⁴⁶ DINAMARCO, 2002b, p. 248. Ao referir-se sobre o ônus da prova nos direitos disponíveis diz: “Onde maior é a disponibilidade dos direitos e interesses controvertidos, ali mais viva é a presença do princípio dispositivo e, conseqüentemente, mais se aplica a *regra de julgamento*, segundo a qual fato não provado é fato inexistente”.

6 ATIVISMO JUDICIAL

6.1 O posicionamento ativista e o posicionamento tradicional

A moderna doutrina processual posiciona-se no sentido de que a verdadeira finalidade do processo é desconstituir o conflito de interesses posto à apreciação do Poder Judiciário; vêem no processo uma forma de produção de justiça.

Esse posicionamento doutrinário, que cada vez mais ganha novos adeptos, acredita que a magistratura não deve se limitar à função de julgar e, prestigiada pelo novo texto constitucional, deve buscar a integração com a sociedade a que serve, compreendendo o fenômeno social na sua origem, e daí, contribuir para a melhoria do mecanismo judicial.

Os juristas mais tradicionais, ao contrário dos ativistas, acreditam que ao juiz é dada apenas a função de julgar. Por conseguinte, as partes apresentam os fatos e as provas e, a partir deles, o juiz forma sua convicção e decidindo a lide pondo fim ao conflito de interesse. Se o magistrado não tiver formado seu convencimento através das provas constantes nos autos, caberá a ele utilizar a regra do ônus da prova julgando de acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil.

Sergio Alves Gomes diz que os dogmas processuais que se contrapõem ao ativismo processual são: a imparcialidade do juiz, o princípio dispositivo, o ônus da prova, a verdade formal e a igualdade das partes.¹⁴⁷ Todos requisitos mencionados são objetos de estudo nesta monografia, abordados com uma visão processualista mais moderna no intuito de demonstrar que a atividade do juiz não traz desequilíbrio na solução da lide, tampouco fere estes princípios.

¹⁴⁷ GOMES, 2001, p.256.

A crítica feita ao ativismo judicial referente à quebra da imparcialidade do juiz na produção de provas será matéria amplamente discutida no capítulo seguinte, mas adiantando, alguns autores acreditam que a investigação unilateral por parte do juiz pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que foi objeto de sua investigação.¹⁴⁸

João Batista Lopes diz que os autores mais antigos preocupam-se em ressaltar que o juiz, como sujeito imparcial da relação jurídica processual, não deve assumir a tarefa de investigação dos fatos, menor ainda, tomar iniciativas para esclarecê-los. Só pode examinar o material probatório fornecido pelas partes.¹⁴⁹

Sobre o princípio dispositivo, a corrente doutrinária tradicionalista vê no ativismo judicial uma verdadeira afronta a tal princípio, pois entende que a iniciativa da colheita de provas é apenas das partes. Cintra, Grinover e Dinamarco que acreditam que o juiz não deve ser mero espectador da batalha judicial, relatam que o princípio dispositivo é de inegável sentido liberal, pois, segundo esse princípio, a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito é que deve caber o relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos.¹⁵⁰ O aludido princípio encontra-se mitigado por uma visão publicista do processo.

E sobre a verdade formal, os contrários à atividade oficial do juiz dizem que no processo civil o juiz pode se satisfazer com a verdade formal, ou seja, com aquela trazida pelas partes no processo, dado o caráter disponível do direito.*

Pontes de Miranda, num comentário sobre a produção oficial de provas, diz:

¹⁴⁸ ALVIM, Arruda apud BEDAQUE, 1994, p.79. Arruda Alvim vê o ativismo judicial com cautela, e o admite somente em casos excepcionais.

¹⁴⁹ LOPES, 1999. p.65.

¹⁵⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p.64.

* Dizer que a verdade formal pode ocorrer no processo civil porque este trata apenas de direitos disponíveis é uma inverdade pois muitos direitos civis são indisponíveis. E ainda, a busca da verdade real deve ocorrer nos processos referentes a direitos disponíveis ou indisponíveis. (O tema será abordado com mais complexidade em tópico à parte).

Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se achem em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinqüenta anos de civilização liberal.¹⁵¹

Assim, o posicionamento supra acredita que admitir, ao juiz, a produção de provas seria conceder ao Estado um absoluto poder sobre os cidadãos tal como ocorria no Estado totalitário.

Como se pode observar, essa corrente doutrinária nada mais é que um resquício do Estado liberal, o qual acreditava que a participação do Estado na sociedade deve ser a menor possível a fim de evitar arbitrariedades e tiranias.

É preciso lembrar que a sociedade vive hoje em um Estado social-democrata, e não no Estado liberal. Essa transformação ocorreu, justamente para tentar diminuir as diferenças sociais advindas daquela época.

O posicionamento ativista tem como princípio atingir os escopos da jurisdição. Cândido Rangel Dinamarco, diz que o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum e que o escopo-síntese da jurisdição é a justiça.¹⁵²

O problema está em definir justiça, pois o que muitas vezes é justo para uns, não o é para outros.

Na visão de Hans Kelsen, para ordem social, como categoria da moral, justiça é sinônimo de direito, mas entende que o direito deve, como ciência, dissociar-se da moral. Contudo, o autor da Teoria pura do direito não nega a exigência de direito ser

¹⁵¹ MIRANDA, Pontes de. (atualização, BERMUDEZ, Sérgio). **Comentários ao código de processo civil**. 3.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. Tomo II (arts 46 a 153). p.398.

¹⁵² DINAMARCO, 2000, p.156.

moral, ou seja, ser bom. Encarada do modo psicológico, diz que justiça é a felicidade social.¹⁵³

Mesmo tendo caráter subjetivo, utiliza-se o termo justiça como o que parece mais correto perante a sociedade. Na busca pela pacificação social, o Poder Legislativo, na elaboração de um ordenamento jurídico, tem como objetivo a produção de normas que ponham fim aos conflitos. Da mesma forma, o julgamento, ato também estatal, é dado de acordo com o que se considera como a melhor decisão perante a vontade geral.

Trilhando por esse caminho, o magistrado, como representante do Estado, deve, também, buscar a paz social nas suas decisões. E muitas vezes, isso exige uma postura mais ativa do juiz em relação ao processo. Essa atividade do julgador em nada atinge o ordenamento jurídico, desde que a faça de forma imparcial.

De tal modo, a expressão “ativismo judicial” pode ser definida como a não estagnação do magistrado diante do processo, ou seja, a participação ativa do juiz no processo. O termo refere-se principalmente a fase de instrução do processual.

A visão instrumentalista do processo só tem sentido se atribuir a efetividade às decisões processuais. O juiz não pode ser passivo diante das circunstâncias apresentadas nos autos. A sua passividade, na maioria das vezes, culmina para

¹⁵³ KELSEN, Hans. (trad. CRETELLA JÚNIOR, J.; CRETELLA, Agnes). **Teoria pura do direito**. Versão condensada pelo próprio autor. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001. p.59-63. Segundo kelsen, “justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele”. Para o doutrinador, o direito deve ser apresentado como é, sem legitimá-lo como justo ou injusto. O direito deve ter como base o conhecimento e não caráter ideológico.

injustiças. A efetividade das decisões só ocorrerá quando a verdade for trazida aos autos.

Nesse sentido entende Cândido Rangel Dinamarco ao relatar: “Tal é a perspectiva do ativismo judicial, que vem sendo objeto de árdios alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcado pela tônica da efetividade do processo”.¹⁵⁴

Analisando a função social do juiz, Dalmo de Abreu Dallari diz que os juízes devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre pessoas e grupos sociais.¹⁵⁵ E nada melhor do que um juiz participando ativamente na colheita de provas no processo para obter a justiça.

Destarte, em que pese opiniões contra, entende-se que o ativismo judicial esta em total acordo com a função judiciária do Estado, aliás, não só esta de acordo, como é uma forma de conseguir atingir seus fins.

6.2 O ativismo judicial e o princípio dispositivo

A questão do ativismo judicial esta intimamente ligada a um princípio de direito processual, chamado, princípio dispositivo.

O princípio dispositivo é entendido pelos doutrinadores de diferentes maneiras. Alguns juristas o consideram sinônimo de princípio da demanda, outros,

¹⁵⁴DINAMARCO, 2002a, p.131.

¹⁵⁵DALLARI, 1996, p.80-84. O autor faz uma crítica aos juizes adeptos ao formalismo exacerbado dizendo que é comum ouvir um juiz falar que é “escravo da lei”, mas, segundo ele, isso é inconcebível. Completa dizendo: “com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei”.

por sua vez, referem-se à estrutura interna do processo, relacionando-o com a iniciativa probatória exclusiva das partes.¹⁵⁶

Na concepção de Joan Pico I Junoy, as notas essenciais desse princípio são: o início da atividade jurisdicional pela provocação da parte; a determinação do objeto do processo como competência apenas dos litigantes; o julgamento delimitado pelas pretensões das partes; e a possibilidade de finalização da atividade jurisdicional por vontade delas também.¹⁵⁷

O princípio em epígrafe teve aplicação máxima no Estado liberal, onde o processo era considerado um contrato ou um quase-contrato. O juiz, como o Estado, tinha um papel passivo perante a sociedade. Adotava-se como fundamento a menor intervenção estatal possível.¹⁵⁸ Afrânio Silva Jardim vê neste princípio a “decorrência de um sistema liberal individualista ultrapassado”.¹⁵⁹

O grau de aplicação do princípio dispositivo é proporcional ao nível de privatismo do processo. Logo, dado o caráter publicista cada vez mais acentuado do processo, o aludido princípio encontra-se mitigado.

O princípio da demanda, para alguns, princípio dispositivo para outros, apenas parte dele, esta plenamente em vigor, ou seja, o juiz só presta atividade jurisdicional por provocação da parte de acordo com o artigo 2º do Código de Processo Civil. Assim também, o artigo 262 do mesmo ordenamento diz que “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolverá por impulso oficial”. O artigo 460, ainda do CPC, mencionar que não se admite ao juiz “[...] proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em

¹⁵⁶BEDAQUE, 1994, p.66.

¹⁵⁷JUNOY, Joan Pico I apud LOPES, 1999. p.65.

¹⁵⁸GOMES, 2001, p.85. O autor diz inclusive que no ambiente do acentuado liberalismo só as partes podem produzir provas e “o juiz ainda que ciente da ausência da verdade real nos autos não pode determinar a produção de nenhuma outra prova, além daquelas requeridas pelas partes. De sorte que não pode converter o julgamento em diligência para melhores esclarecimentos, ainda que não esclarecida questão relevante para uma decisão justa”.

¹⁵⁹JARDIM, Afrânio Silva apud GOMES, loc.cit.

quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Ainda que indisponível o direito subjetivo material persiste ao princípio da inércia da jurisdição, e só o interessado tem o monopólio da demanda.¹⁶⁰

O dilema do princípio em tela concentra-se na produção de provas, e é justamente na colheita do material probatório que a maioria da doutrina encontra o verdadeiro princípio dispositivo.

Cintra, Grinover e Dinamarco dizem que aumentar excessivamente os poderes probatórios do juiz significaria atenuar a distinção entre o processo dispositivo e o processo inquisitivo. Contudo, admitem a flexibilização do princípio dispositivo, e entendem a participação do magistrado na produção de provas de ofício como algo necessário, logo, acrescentam:

[...] diante da colocação publicista do processo, não mais é 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 reúnem os interesses dos particulares e 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-lhes não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer de ofício circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes[...].¹⁶¹

A participação do juiz no processo civil moderno ainda é tímida. A norma de maior relevância para o movimento ativista é constante no art. 130 do Código de Processo Civil que relata: "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".*

¹⁶⁰ BEDAQUE, 1994, p.69. Há algumas exceções quando se refere a direito disponível. “A possibilidade de o juiz, *ex officio*, dar início a inventário é exemplo típico”. (art. 989, CPC)

¹⁶¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p.64.

* Apesar de ainda tímida a participação ativa do juiz na instrução de processo, a norma que concede tal ato já existia mesmo no Código de Processo Civil anterior de 1939, no artigo 117 com a seguinte redação: “A requerimento, ou *ex officio*, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósito manifestamente protelatórios”.

Barbosa Moreira dá sua contribuição para o assunto dizendo que os poderes instrutórios devem reputar-se inerentes à função do órgão jurisdicional, e este, ao exercê-los, não substitui às partes como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Acredita que a utilização desses poderes de modo hábil e diligente conduz para supressão de inferioridades. Diz ainda que:

A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa.¹⁶²

A atividade do juiz na fase instrutória vai além da simples produção de provas, cabe a ele, inclusive, o poder de indeferir toda e qualquer prova que achar inútil, tudo em prol da mais cristalina justiça; velando, assim, pela rápida e justa solução da lide, tendo como bússola da prolação de sua sentença, o interesse social.

Hodiernamente, entretanto, o magistrado tem todo o espaço para a busca de provas, inclusive, se for o caso, tem prerrogativa de determinar de ofício todo e qualquer tipo de material probatório que julgue importante para a formação de seu convencimento. O momento onde se pode observar a atividade do juiz de forma mais nítida é no interrogatório.

O sistema processual atual não admite um juiz completamente passivo, tampouco um princípio dispositivo absoluto. Barbosa Moreira acredita que tal princípio precisa submeter-se a compressões para conviver com um modelo processual “socialmente orientado”.¹⁶³

O posicionamento doutrinário contrário ao ativismo diz que se a parte pode dispor de seu direito a tal ponto de ter a prerrogativa de iniciar ou não um processo, é natural que seja deixado ao cuidado dela, também, trazer aos autos as provas dos

¹⁶² MOREIRA, 1985, p. 146-147.

¹⁶³ Ibid., p. 148.

fatos alegados que por ventura lhe aproveitem, e se ela nada fizer é porque esta dispendo de seu direito. Todavia, nem sempre, no processo civil, a matéria tratada é de direito disponível; a maioria das vezes não é. O processo civil brasileiro é responsável não só pelo direito civil, que pode ser de direito material disponível ou não; são resolvidas, também, questões de ordem pública como as lides de direito administrativo, direito tributário e direito constitucional.¹⁶⁴

Entretanto, mesmo o que tange o direito material disponível, é possível dispor das relações materiais, e não da relação jurídica processual, que é distinta e tem caráter público. E ainda que a parte possa dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição ela tem sobre o poder do juiz averiguar os fatos.¹⁶⁵

Cappelletti, fundamentando a permissão da produção oficial de provas, expõe com acerto:

O processo deixou de ser “coisa das partes” e aboliu-se o poder monopolístico dos litigantes em matéria probatória; deixa-se ainda às partes o direito exclusivo de escolher entre pedir e não pedir a tutela jurisdicional e de determinar os limites essenciais da ação; mas o proceder foi subtraído da disposição das partes; instaurado o processo civil, o modo, ritmo e o impulso desse processo se sujeitam a direção do juiz.¹⁶⁶

João Batista Lopes sintetiza o pensamento de Cappelletti a respeito do princípio dispositivo e da atuação do juiz dizendo que: a) o princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa somente que a iniciativa das alegações e dos pedidos é incumbência das partes e não do Estado-juiz; b) a iniciativa das provas não é exclusiva das partes, podendo o magistrado determinar as diligências que julgar pertinentes e necessárias à apuração dos acontecimentos; c) o juiz, conhecendo suas atribuições de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes

¹⁶⁴ MOREIRA, 1984, p.179.

¹⁶⁵ Ibid., p.180. Segundo o autor “[...] nenhuma lei no mundo, hoje, consagra o absoluto monopólio, o absoluto privilegio das partes na atividade de carrear para os autos o material probatório”.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro apud MIRANDA, 1993, p.216.

esclareçam suas alegações, com a finalidade de garantir a igualdade substancial entre elas.¹⁶⁷

Deste modo, dado o caráter publicista do processo, entende-se que o princípio dispositivo deve ser analisado restritivamente, ou seja, a iniciativa da ação continua pertencendo à parte (princípio da inércia da jurisdição), mas, uma vez deduzida a pretensão em juízo, o Estado-juiz toma para si a responsabilidade de conduzi-lo. Aliás, é exatamente isso que diz o já mencionado artigo 262 do CPC.

O fenômeno de publicização do processo civil é o principal responsável pela concessão de maiores poderes ao magistrado na instrução do processo, incluindo nestes, o direito de pedir e produzir as provas que julgar necessárias para o esclarecimento dos fatos alegados e realização da justiça.¹⁶⁸

Vicente Miranda corrobora com a iniciativa oficial do juiz na produção de provas, mas acredita que a atividade probatória *ex officio* reveste-se de um caráter de complementariedade em relação às partes. Produzir provas é competência primeira das partes. Contudo, verificando que as provas trazidas por estas foram insuficientes para formar o convencimento do magistrado, este poderá determinar de ofício novas provas. O autor traz duas hipóteses de admissão do uso da atividade probatória oficial: o estado de perplexidade e a matéria de ordem pública.¹⁶⁹

No que se refere ao estado de perplexidade, se o juiz, ao verificar o complexo probatório já existente nos autos, não conseguir formar sua convicção, se não se sentir habilitado para julgar com aquelas provas existentes; este, diante do estado de

¹⁶⁷ LOPES, 1999, p.66.

¹⁶⁸ GOMES, 2001, p.87. "Tal fenômeno manifestou-se já em fins do século passado. Na Áustria, graças ao empenho de Franz Klein, o Código de Processo Civil de 1895 fundamentava-se em princípios que evidenciavam ser o processo matérias de interesse público e não apenas privado. Dentre tais princípios, consoante assevera Fasching, passou a figurar a "obrigação do juiz de dirigir ativamente o processo, em prol do dever de Direito Público, de tal forma a garantir a proteção jurídica e a apuração do conteúdo do processo. Obrigação esse que se manifesta numa ampla imposição de iniciativa do juiz, de tal forma que poderá ir até a determinação de prova *ex officio*".

¹⁶⁹ MIRANDA, 1993, p.216-217.

perplexidade que o angustia, deverá determinar de ofício a produção das provas que considerar necessária para solução dos fatos e, assim, julgar com firmeza.¹⁷⁰

A outra hipótese de aumento da atividade instrutória do juiz é atinente à matéria de ordem pública. Nesses casos de direito indisponível a produção oficial de provas é mais facilmente observada, não há grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Freide Reis, num comentário ao artigo 130 do Código de Processo Civil, segue os ensinamentos de Celso Agrícola Barbi dizendo:

A necessidade de esclarecimento de certos fatos, para propiciar um correto julgamento da causa, fez com que alguns Códigos modernos permitissem ao juiz liberdade de iniciativa na escolha das provas. Isto não significa atribuir ao magistrado a preponderância nessa atividade, que continua com as partes, porque estas, na maioria das vezes, é que sabem quais os melhores elementos para a prova dos fatos da causa.¹⁷¹

O artigo 130 do dispositivo processual civil, que é norma geral de permissão da instrução oficial do juiz, vem ratificar a atual posição do magistrado no processo, cujas funções não são de mero espectador, mas, ao contrário, são objetivas e atuantes.¹⁷²

O ativismo judicial não visa proibir ou delimitar a produção de provas pelas partes, esta continua sendo função primordial dos litigantes, mesmo porque, o juiz não tem tempo suficiente exercer sua função e a das partes. Mas sempre que entender ser necessário produzir provas sobre determinado ato, o magistrado tem o poder de fazer. Seu trabalho na produção de provas é subsidiário e não principal.¹⁷³

¹⁷⁰ MIRANDA, 1993, p.218.

¹⁷¹ FREIDE, Reis. **Comentários ao código de processo civil.** Arts. 81 ao 153. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1997, p.782.

¹⁷² LEVENHAGEN, 1996, p.145.

¹⁷³ MOREIRA, 1985, p.148. “Em matéria de prova, enfim, devia ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais “ousada” que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes. De maneira alguma se trata de cerceá-la, como dão a impressão de temer alguns intransigentes críticos do processo “inquisitório” – outra denominação bastante equívoca”.

João Batista Lopes, admitindo a atividade do juiz de forma limitada, leciona que uma interpretação atrelada ao teor literal do artigo 130 do ordenamento processual civil pode conduzir à conclusão equivocada de conferir ao juiz o poder de substituir as partes na instrução probatória, ou seja, converter-se em investigador principal dos fatos, especialmente no que diz respeito a direitos disponíveis. O doutrinador diz que o princípio dispositivo não foi abandonado, apenas possui uma nova configuração acompanhando as tendências modernas processuais relativas à função social do processo e ideal de justiça. Adverte, por fim, que as iniciativas probatórias do juiz devem limitar-se aos fatos controvertidos da relação processual apresentada, não sendo admissível à alteração da *causa petendi*, introduzindo novos fatos e fundamentos.¹⁷⁴

Do pensamento acima se conclui que a atividade probatória pelo juiz pode existir, principalmente, quando o direito for indisponível. Quando for disponível pode ocorrer, mas com restrições, pois não se pode premiar o descaso da parte no processo com a atuação do magistrado. Quanto à matéria a ser provada, esta é delimitada pelas partes, na apresentação dos fatos.

Grande parte da doutrina posiciona-se a favor do ativismo judicial quando se trata de direitos indisponíveis. Sobre os direitos disponíveis normalmente referem-se a um juiz mais inerte, ou como João Batista Lopes, admitem a iniciativa oficial de provas com restrições.

Bedaque discute amplamente o tema da disponibilidade do direito material quanto à produção oficial de provas e diz que a possibilidade de o juiz intervir na relação jurídico-substancial varia segundo a natureza desta relação. Logo, se os interesses em jogo forem privados, não poderá o julgador interferir em qualquer ato praticado pela parte, no sentido de dispor do seu direito, pois o ordenamento jurídico

¹⁷⁴ LOPES, 1999, p.70.

confere somente a ela esta disponibilidade. O juiz deve obedecer ao princípio da autonomia da vontade das partes.¹⁷⁵

Quanto à relação processual, não há necessariamente o monopólio da instrução processual pelas partes, pois não se trata da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material, mas sim, do instrumento com que o Estado aplica o direito abstrato ao caso concreto. O processo não é privativo da parte, ao contrário, tem caráter público, por conseguinte, há um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas, assim, a atuação do ordenamento jurídico interessa a toda coletividade.¹⁷⁶

A disponibilidade é em relação ao direito material, não em relação ao direito processual.

Não obstante, é preciso entender que não é porque a parte pode dispor de seu direito material que o juiz, na relação processual, não poderá investigar os fatos. A atividade do juiz não afronta o direito de disponibilidade da parte. Há de se lembrar que muitas vezes à parte que esta pleiteando um direito disponível pode, sem intenção, perdê-lo por falta de recursos financeiros ou culturais que tornam seu pedido deficitário de provas.

Ademais, segundo Bedaque, o legislador, em matéria processual, não estabeleceu qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz em função da matéria discutida no processo. Logo, a amplitude dos poderes do juiz, segundo o artigo 130 do CPC, é a mesma, qualquer que seja a natureza da relação jurídica objeto do processo, seja ela disponível ou não.¹⁷⁷No mesmo sentido, Sandra

¹⁷⁵ BEDAQUE, 1994, p.94.

¹⁷⁶ Ibid., p.95-98.

¹⁷⁷ Ibid., p.99.

Aparecida Sá dos Santos diz não haver discriminação quanto à natureza dos direitos na Constituição Federal.¹⁷⁸

Por fim, iniciado o processo, seja o direito discutido público ou privado, deve prevalecer o objetivo da jurisdição sobre o interesse das partes. Se o direito for disponível, as partes têm plenos poderes sobre a relação jurídico-substancial, podendo, até mesmo, desistir do processo. Todavia, enquanto a solução do litígio estiver nas mãos do Estado, este deve esgotar todos os meios legais para que a solução se aproxime da realidade, e dessa forma, alcançar plenamente os fins da jurisdição.¹⁷⁹

Um outro aspecto a ser levado em consideração é que a atividade do juiz na produção de provas pode ocorrer não apenas na fase instrutória propriamente dita. O juiz pode pedir provas em qualquer momento do processo, sempre que considerar necessário não havendo, para ele, preclusão.¹⁸⁰

É preciso lembrar que o poder discricionário do juiz na produção de provas esta contida no âmbito normativo, não se confundindo com o arbítrio. Assim entende Cintra, Grinover e Dinamarco: “o juiz age, na direção do processo, *solutus partibus*, mas não *solutus lege*”.¹⁸¹

¹⁷⁸SÁ DOS SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova** : como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.93. “No amplo espectro principiológico dos direitos e garantias, constantes do art. 5º da CF, inexistente discriminação quanto à natureza dos direitos, por isso que o constituinte colocou, no caput daquele artigo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança ao lado do direito à propriedade”.

¹⁷⁹ BEDAQUE, 1994, p.100.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p.57. No mesmo sentido, MIRANDA, 1993, p.218. “Outra característica desse poder instrutório oficial é a sua não preclusividade. Em qualquer fase do procedimento, na primeira e na segunda instância, poderá ocorrer essa iniciativa probatória oficial. Tal não- preclusividade assenta na razão óbvia de que a necessidade de produção de outras provas poderá surgir em qualquer fase do processo até as sentenças no julgamento de primeiro grau ou até o acórdão nos julgamentos de segundo grau. Assim, o juiz singular ou coletivo, na fase decisória, poderá converter o julgamento em diligência para a efetivação de provas necessárias à instrução da causa, ordenadas de ofício”.

¹⁸¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p.66.

A jurisprudência, atribuindo o princípio da livre investigação pelo juiz no processo, há tempos admite a produção de provas por parte do magistrado:

Na colheita da prova vigora o princípio da livre investigação pelo juiz. Cabe, assim, ao juiz brasileiro não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar prova, conhecer *ex officio* de circunstâncias que antes dependeriam da alegação das partes, além de regular e reprimir a conduta destas – arts. 130 e 131 do CPC. De qualquer forma o juiz somente deve deixar de deferir as provas protestadas, em razão do livre convencimento, formado com base nas provas existentes nos autos ou manifestamente desnecessárias ou impertinentes” (Ac. Unân. Da 2ª. Câm. do TACivRJ de 10.9.87, na apel. 60.063, rel. juiz. Guedes Pinto; *Args. TARJ*, 9/132).¹⁸²

A aplicação dos poderes instrutórios faz do julgador um agente de transformação social. Ele conduz à solução do litígio de uma forma mais justa atendendo aos anseios da sociedade.

Não é verdade que o juiz atuando ativamente na instrução do processo torna-se parcial. A atividade do juiz só visa a solução dos conflitos de forma mais justa. Logo, se a finalidade do processo é a justa composição do litígio, nada melhor para resolvê-lo que trazer a verdade real aos fatos.

A atividade do magistrado não fere o ordenamento jurídico, não apenas porque tem previsão legal, mas também, porque sua atuação é de acordo com os princípios básicos do direito, e mais, ao produzir provas é dado o direito de ampla defesa e contraditório às partes atuando, deste modo, de acordo com o devido processo legal.

¹⁸²FREIDE, 1997, p.783.

Da mesma forma, o ativismo judicial não fere o princípio da imparcialidade do juiz, pois a instrução do magistrado não exclui a vontade de decidir conforme a justiça, pelo contrário, só corrobora.¹⁸³

Assim, pode-se concluir que o princípio dispositivo e a atividade do juiz na produção de provas coexistem no processo civil. E, na busca pela verdade real, o aludido princípio encontra-se flexibilizado com intuito de conceder ao juiz meios de atingir os escopos do processo.

6.3 O ativismo judicial e a busca da verdade real

A regra esculpida nos ditames do art. 130 do Código de Processo Civil, como já mencionado, traz a visão social do processo através dos chamados poderes instrutórios gerais do juiz.

Para que o processo atinja seus fins trazendo a pacificação social é necessário que as partes sintam-se satisfeitas com a sentença. O que possivelmente só acontece quando a verdade é trazida aos autos e o juiz julga de acordo com ela.

¹⁸³ GOMES, 2001, p.86. Sobre a imparcialidade do juiz cita Barbosa Moreira que diz: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho a causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de toma-lo do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é o modo de equacionar o problema, que condenará o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade[...]”.

Cândido Rangel Dinamarco diz que de modo geral, todo empenho em aperfeiçoar o conhecimento favorece o encontro da verdade e, com isso, a busca do fator de fidelidade à vontade concreta da lei. Entende que a busca da verdade tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição e, mais importante, relaciona-se também com o escopo social de pacificação.¹⁸⁴

Por isso, um dos temas discutidos nessa moderna tendência processual é a busca da verdade real na solução do processo civil.

A verdade é algo de difícil reconstrução nos autos. As provas trazidas ao processo nem sempre conduzem a verdade dos fatos. No campo probatório, a verdade em sentido lato, é a adequação de um pedido a um fato verdadeiramente ocorrido ou a uma circunstância que se apresente como real, exata, autêntica.¹⁸⁵

Sobre a verdade no processo, Barbosa Moreira diz: “A parcela de verdade que podemos realmente atingir é reduzida; mas que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.¹⁸⁶

Nem sempre é possível obter a verdade no processo. Quando isso ocorre no processo penal aplica-se o princípio *in dubio pro reo*. No processo civil, por sua vez, utiliza-se a regra do ônus da prova descrita no artigo 333 do CPC.

Por conta disso é que a doutrina jurídica costuma dividir a verdade real da verdade formal dizendo que no processo penal busca-se a verdade real, e que o processo civil contenta-se com a verdade meramente formal.

A verdade real consiste na verdade material, e esta nem sempre é a verdade verdadeira, é apenas aquela que foi amplamente investigada no processo, e que

¹⁸⁴ DINAMARCO, 2000, p.234-236.

¹⁸⁵ FREDERICO, 2001, p.96.

¹⁸⁶ MOREIRA, 1984, p.181.

acreditam ser a reprodução do fato. Contudo, obter a verdade verdadeira num processo é muito difícil.

A verdade formal é aquela obtida somente pelas provas trazidas ao processo pelas partes, ou seja, não é dado ao juiz o direito a livre investigação da verdade. Cabe ao magistrado julgar de acordo com o que foi levado aos autos pelas partes, se não se convencer julga segundo as regras do *ônus probandi*.

Teixeira Filho distingue a verdade real da verdade formal dando a seguinte conclusão:

Real é a que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; *formal* é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes. Nem sempre, todavia, a verdade formal corresponde à real, o que é sobremaneira lamentável e atentatório à responsabilidade do processo como instituição jurídica e como instrumento estatal de composição dos conflitos intersubjetivos de interesses.¹⁸⁷

Em que pese opiniões contrárias, dormita no artigo 130 do CPC a autorização o juiz inquirir os fatos, objetivando a ampla investigação da verdade real para constatar da veracidade das provas produzidas pelas partes.

A busca da verdade real é algo que a moderna doutrina pleiteia, assim como, a libertação do juiz quanto à produção de material probatório.

No tocante às diferenças de tratamento entre o processo civil e o penal, Barbosa Moreira censura a busca da verdade real apenas na seara penal. Entende que é um equívoco dizer que o direito penal é mais importante porque afeta a liberdade pessoal e o direito civil refere-se somente a direitos patrimoniais, pois o direito penal pode referir-se a crimes apenados com multa e o direito civil é, muitas vezes, relacionado com a vida íntima das pessoas. E mais, o processo civil, como já lembrado em outras ocasiões, não se refere apenas a relações jurídicas de caráter

¹⁸⁷ TEIXEIRA FILHO apud GOMES, 2001, p.258.

privado, pois é no processo civil que são resolvidas inúmeras questões de direito público.¹⁸⁸

Segundo o supramencionado doutrinador:

Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar – na área civil e *na pena* – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.¹⁸⁹

A Constituição Federal, com acerto, equiparou o processo civil ao penal no que tange as garantias dos litigantes, logo essa distinção de verdades é descabida e não deve vigorar.

Sabendo que a atuação do ordenamento jurídico interessa a coletividade, dado a tendência publicista do processo, o artigo 130 da carta processual civil que amplia os poderes do juiz no processo, busca na investigação a verdade real, para, dessa forma, dar a solução mais justa ao conflito, tentando sempre manter a ordem jurídica.¹⁹⁰

No artigo supracitado há um dever de esclarecimento, assim, se a parte não interessada não esclareceu os fatos, pode o juiz determinar a produção de provas para que se cumpra tal fim.¹⁹¹

Segundo o processo civil moderno, o juiz não tem meras faculdades e sim deveres e poderes. Dessa forma, a efetiva participação do juiz é dever fundamental no processo. Sempre que as partes indicarem as fontes de prova, o juiz tem o dever de obtê-las.

¹⁸⁸ MOREIRA, 1997, p.118

¹⁸⁹ MOREIRA. Loc. cit.

¹⁹⁰ BEDAQUE, 1994, p.98

¹⁹¹ MOREIRA, 1980, p.77. “Assim é que a lei espera *de um e de outro* que não omitam de caso pensado “fatos essenciais ao julgamento da causa” (art. 17, n.º III)”.

A verdade real deve ser almejada não só no processo penal como também no processo civil; não só nos direitos indisponíveis como nos disponíveis. Não tem razão para haver tal diferença. Se for possível a investigação dos fatos não há porque não fazê-la.

Sandra Aparecida Sá dos Santos diz que o Código Processual de 1973 acolheu o princípio dispositivo, mas o abrandou, tendo em vista a publicização do processo e a socialização do direito na busca da verdade real de maneira cada vez mais acentuada com imperativo de obter a justiça.¹⁹²

A regra do ônus da prova é uma regra de julgamento, é utilizada em último caso quando não se conseguiu obter a verdade, ou seja, é um sucedâneo da prova faltante. Para o professor Barbosa Moreira, “esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz”.¹⁹³

As regras pertinentes ao ônus da prova e a iniciativa oficial de produção de matéria probatório coexistem, bem como, a busca da verdade real dos fatos. O ônus da prova deve ser aplicado sempre que se tenha esgotado todos os meios possíveis e legais de produção de prova e não se tenha conseguido formar a convicção do juiz. Como o magistrado não pode eximir-se de sentenciar, ele deverá julgar de acordo com a verdade apresentada no processo.

Se há como julgar de acordo com a verdade material não há porque proferir julgamento baseado em uma verdade formal, montada e completamente fora da realidade.

¹⁹² SÁ DOS SANTOS, 2002, p.92.

¹⁹³ MOREIRA, 1984, p.182. “[...] a aplicação das regras segundo o ônus da prova é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada”.

O nível de modernização das ciências processuais não tolera o descaso da busca pela verdade num processo. É contraproducente para o Estado verdades fictícias, pois vão contra os fins da jurisdição. Não traz a paz social, pelo contrário, traz injustiças e o descrédito ao Poder Judiciário.

6.4 O ativismo judicial e ao excesso de trabalho no Poder Judiciário

Já é sabido que é possível ao juiz uma posição mais ativa no processo, podendo inclusive determinar a produção de provas *ex officio* desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

O magistrado deve atuar mais ativamente quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, *verbi gratia*, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível, ou quando haja significativa desproporção econômica ou socio-cultural entre as partes. Ou ainda, quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade, desprovido da convicção que seria necessária para julgar.

Porém o juiz brasileiro tem uma grande carga de trabalho e, em nome da justiça, é dado a ele mais esse encargo. Entretanto, não se trata de uma nova função, apenas uma interpretação mais social das funções que já lhe são cabíveis.

A atividade do juiz na produção de provas é subsidiária e tem como objetivo formar seu convencimento para julgar de acordo com sua consciência. Assim, não retira das partes a função primordial de obter provas para solucionar as questões apresentadas nos autos.

João Batista Lopes com maestria instrui: “Não se afigura adequado, pois, permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, premiando sua omissão e descaso”.¹⁹⁴

Logo, se a parte age com descaso, ou não age, não cabe ao juiz fazer a função desta no processo. Principalmente se o direito material pleiteado por ela for disponível. O magistrado não pode premiar a estagnação da parte com a investigação dos fatos.

Contudo, há casos que o juiz atua de forma mais presente. Nestes casos, mesmo ocorrendo a revelia, seus efeitos não são aplicados, e o juiz pode determinar a produção de provas *ex officio*.¹⁹⁵ Por exemplo, o magistrado pode pedir provas em uma investigação de paternidade, ainda que o réu não conteste a ação, devido à indisponibilidade do direito indisponível (art. 320, II, CPC).

Mister se faz elucidar ainda que o resultado do processo não depende apenas do magistrado. O Estado, como promovedor da justiça incumbido de proporcionar ao juiz os instrumentos adequados para que a jurisdição cumpra suas finalidades. Quando isso não acontece de modo satisfatório, ocorre uma grave omissão do Estado em seus compromissos com a sociedade.

Dentre esses problemas que ocorre independente da vontade do juiz, estão o excesso de trabalho na máquina judiciária, que conduz, muitas vezes, a falta tempo

¹⁹⁴ LOPES, 1999, p. 69.

¹⁹⁵ FREDERICO, 2001, p. 137. Até mesmo o revel pode produzir provas, todavia o artigo 322 relata que este pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado que se encontra, caso contrário haveria cerceamento do contraditório que não se limita à apresentação da contestação. “Contra o revel ocorrerão os fatos independentes de intimação, mas poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado que se encontra, sendo lícito, também, que possa produzir provas pertinentes e requeridas em tempo oportuno, como reza o art. 407 do CPC” (RT – 734/305-307) . E mais, “ Em processo civil inexistente dispositivo que impeça o revel de produzir provas, **qualquer que seja a natureza delas**, condicionando-se, apenas, a que sejam pertinentes à causa e requeridas em tempo oportuno” (JTA 99/310 – com voto vencido, *in* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação...*p.404 – grifo nosso) [...]”

para o juiz perseguir de ofício a verdade real, e também, a falta de mecanismos disponibilizados ao magistrado nessa busca.

Devidamente relatado no capítulo referente ao acesso à justiça, a resolução tardia do litígio pode conduzir ao fracasso da sentença, trazendo uma decisão inútil. Ou ainda, a rápida solução da lide que traria o acesso à justiça, quando mal provada, ocasionará uma decisão injusta, que terá que ser analisada novamente pelo Poder Judiciário em grau de recurso. Neste caso, o lapso temporal de julgamento será maior, o que causará uma justiça ainda mais morosa.

O processo julgado de acordo com a verdade, provavelmente, não será objeto de recurso e, conseqüentemente, terá menos processos nos Tribunais, diminuindo, pelo menos, o trabalho da justiça de segundo grau trazendo um acesso à justiça às decisões recorridas.

Uma proposta de solução para o excesso de trabalho no Poder Judiciário seria a abertura de maior número de vagas para admissão de juiz mediante concurso público. Esta sugestão precisaria ser analisada com mais cautela e minúcia, mas já é uma hipótese.

Quanto à carência de mecanismos aptos a persecução dos fatos, o problema é referente aos custos que pode inviabilizar a procura pelo Judiciário. De nada adianta meios de investigação avançadíssimos, se as partes não tem condições de utilizá-las.

Diante dessas dificuldades é necessário ponderabilidade e equilíbrio, pois não há benefícios ou vantagens em uma sentença célere e barata sem credibilidade e justiça.

A idéia de Barbosa Moreira enquadra-se perfeitamente no encerramento deste capítulo. O jurista diz: “O lema do processo ”social“ não é o da *contraposição* entre

juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele; apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras”.¹⁹⁶

Entende-se que na busca pela justiça, o ideal almejado é a união de partes e magistrado na tentativa da melhor solução possível. Logo, é razoável dizer que o juiz de primeiro grau, ponderadamente, mesmo com tamanho trabalho, deve trazer a justiça aos autos proporcionando, à sociedade, o acesso à ordem jurídica justa e eficaz sempre houver possibilidade.

¹⁹⁶ MOREIRA, 1985, p.149

7 A Imparcialidade do Juiz

7.1 Princípio da imparcialidade do juiz

Apesar de não haver menção expressa, o princípio da imparcialidade pode ser encontrado implicitamente em diversos dispositivos legais. Constitucionalmente, pode ser abstraído do artigo 5º, incisos XXVII, que veda juízo ou tribunal de exceção e inciso LII do mesmo artigo, o qual preceitua o julgamento feito pelo juiz natural. Ainda no âmbito constitucional, pode-se conferir o princípio da imparcialidade no artigo 5º, inciso LIV, referente ao devido processo legal, que propõe um processo “devido”, “justo” e “adequado”.

A imparcialidade também pode ser encontrada no princípio da igualdade que consta no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Para assegurar a igualdade entre as pessoas, é necessário que o juiz, ao julgar a lide, seja imparcial, caso contrário, esse princípio cairia por terra.

E mais, os professores, Cintra, Grinover de Dinamarco, ensinam que o artigo 95 da Constituição Federal vigente traz a concessão de garantias que visam assegurar a imparcialidade do magistrado.¹⁹⁷

Contudo, não é só a Constituição Federal que preconiza a imparcialidade do juiz, outros ordenamentos jurídicos também a preceituam. As decisões motivadas do juiz, por exemplo, previstas legalmente no artigo 93, IX da Constituição Federal pode ser encontrada, da mesma forma, no artigo 131 do Código de Processo Civil conduzem a idéia de imparcialidade do juiz, da mesma forma o artigo 458 do CPC, o

¹⁹⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMRICO, 1999, p. 52.

qual descreve requisitos essenciais da sentença e impõe, no seu inciso II, a fundamentação entre eles.¹⁹⁸

O Código de Processo Civil além de exigir a igualdade de tratamento entre as partes em seu artigo 125, inciso I, traz, ainda, a figura do juiz impedido (art. 134, CPC) e do suspeito (art. 135) elencando hipóteses e proibindo-os de atuar no processo em prol da imparcialidade. *

A imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo. A relação processual só será validamente instaurada se houver um juiz imparcial agindo. O julgador, atuando em nome do Estado, deve colocar-se entre as partes e acima delas, exercendo, de forma honesta, sua função no processo.

A aplicação do princípio da imparcialidade garante a real igualdade paritária e, conseqüentemente, o devido processo legal, com o contraditório e a

¹⁹⁸ FREDERICO, Sérgio Augusto. **O princípio da imparcialidade do juiz no processo civil e sua participação na coleta do material probatório**. 2001. 323f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Centro de Pós Graduação-2001, Bauru, 2001. p.26 e 27.

* Sobre impedimento e suspeição, respectivamente, CPC, art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de quem for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte da causa. Parágrafo único. No caso do art. IV, o impedimento só se verificará quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parente deste, em linha reta ou na colateral até terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V- interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo

ampla defesa, assegurando, por conseguinte, a prestação a tutela efetiva para a parte que estiver de acordo com a razão, ou seja, garante o acesso à ordem jurídica justa, bem como, o ideal da justiça e a paz social.

A esse respeito, Cintra, Grinover e Dinamarco entendem:

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.¹⁹⁹

A certeza da imparcialidade do juiz é o que faz a sociedade respeitar o Poder Judiciário. A admissão de um juiz parcial conduziria a queda do sistema jurídico e, conseqüentemente, ao caos social. Nesse sentido, o professor Sérgio Augusto Frederico comenta: “Mas, até a decisão, reina a incerteza. Não se sabe exatamente a quem se entregará o direito. É isso que conforta os litigantes e a própria sociedade: a imprevisibilidade”.²⁰⁰

O princípio em tela é de suma importância para o mundo jurídico, tanto é que direito internacional público elevou a imparcialidade do juiz nos julgamentos à garantia fundamental do homem independente do reconhecimento de cada Estado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, contida na proclamação feita pela Assembléia Geral das Nações Unidas determina que: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.²⁰¹

¹⁹⁹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p.52

²⁰⁰ FREDERICO, 2001, p. 44

²⁰¹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Op. cit., p.53

Sendo assim, ao proferir o pronunciamento jurisdicional, o juiz deve fazê-lo de maneira equilibrada, não se submetendo ao interesse de uma das partes, ou mesmo, julgando com o fito de atender suas próprias ambições, logo, não cometendo arbitrariedades. O valor da imparcialidade do juiz pode ser claramente observado no regular andamento do processo e distribuição de justiça.

7.2 A imparcialidade do juiz na produção de provas *ex officio*

Sob a análise do tema, objeto desta monografia, o ativismo judicial, sobretudo no que se refere à iniciativa probatória do juiz, vem sendo alvo de muitas censuras justamente por ser considerada uma afronta ao princípio da imparcialidade do juiz.

Há um posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais conservador que entende que a colaboração do juiz na produção de provas beneficia uma das partes ainda que inconscientemente. Tal entendimento acredita que as partes têm exclusividade na produção de provas, referindo-se ao princípio dispositivo. Conclui dizendo que, quando não formado o convencimento do juiz através das provas produzidas pelas partes, deve-se utilizar a regra de ônus da prova do artigo 333 do Código de Processo Civil, não cabendo, ao juiz, o pedido de provas de ofício.

Justino Magno de Araújo acredita que a inércia do magistrado frente à prova garante sua imparcialidade, e que aumentar seus poderes significa diminuir a distância entre jurisdição voluntária e contenciosa.²⁰²

Uma corrente mais moderna, defensora do ativismo judicial, pronuncia-se a favor do aumento dos poderes instrutórios do juiz quanto à colheita de provas. Em que pese opiniões desfavoráveis, não há contrariedade ao ordenamento normativo,

²⁰² ARAÚJO, Justino Magno de apud BEDAQUE, 1994, p. 79.

pois este, explicitamente, no artigo 130 do Código de Processo Civil, confere ao magistrado a faculdade de produzir provas quando julgar necessário.

Da mesma forma entende o professor Sérgio Augusto Frederico dizendo que “o distanciamento que se exige do juiz é em relação às partes e não ao desejo de justiça. Desse intuito o magistrado deve estar próximo, e só participando ativamente conseguirá esse intento”.²⁰³

José Carlos Barbosa Moreira faz algumas considerações sobre a imparcialidade do juiz na produção de provas. O professor entende que a produção de provas de ofício em nada se contrapõe ao aludido princípio. Em primeiro lugar, o juiz, ao determinar a produção de alguma prova, não pode prever qual será o resultado dela, tampouco, qual das partes será beneficiada com a verdade apresentada.²⁰⁴ No mesmo sentido, entende José Roberto dos Santos Bedaque completa que: “apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente”.²⁰⁵

Outra consideração feita por Barbosa Moreira refere-se ao tratamento desigual dado a certos processos. A doutrina, mesmo a mais tradicional não ousa questionar a quebra da imparcialidade do juiz quando ele pede a produção de novas provas no processo penal, por exemplo.²⁰⁶ Do mesmo modo, ocorre com os direitos indisponíveis no processo civil, onde a produção de provas de ofício é permitida por tratar-se de normas cogentes. Dizer que o processo penal deve buscar a verdade real, enquanto o processo civil pode limitar-se a verdade formal é abominável, haja vista que a verdade é uma só, e é isso que o processo deve visar.

Há que entender que o juiz, como representante do Estado, deve buscar a justiça, interessando o vencimento da lide por parte de quem realmente tenha razão,

²⁰³ FREDERICO, 1999, p.41

²⁰⁴ MOREIRA, 1984, p.180.

²⁰⁵ BEDAQUE, 1994, p.80

²⁰⁶ MOREIRA. Loc. cit.

não se importando que vença autor ou réu, pois somente assim será realizada a função jurisdicional do Estado.²⁰⁷

Outro aspecto que se denota é que o juiz, durante todo o processo, pode sofrer, a cada momento, influência direta das partes e ter por elas simpatias ou antipatias; ter temores ou gratidões. Não é o simples pedido de provas feito pelo juiz, com intuito de formar seu convencimento sobre os fatos, que o conduzirá a perda de sua imparcialidade.²⁰⁸

Do mesmo modo, Bedaque instrui que o juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito a fatos efetivamente verificados sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos.²⁰⁹

Contudo, é necessário distinguir a imparcialidade da neutralidade. O juiz deve ser imparcial, mas não neutro. Não é sustentável querer que um juiz não tenha determinadas idéias, que não tenha compreensão do mundo, que seja uma pessoa sem visão de realidade. Se assim fosse, os juizes não poderiam ser cidadãos.

Dalmo de Abreu Dallari diz que os juízes exercem atividade política em dois sentidos: sendo integrantes do aparato do poder estatal, e por aplicarem normas de direito que são necessariamente políticas. Mas também é cidadão e, como tal, não pode ser considerado uma pessoa apolítica. O autor diz que muitos juízes se dizem erroneamente pessoas apolíticas, pois consideram isso indispensável à imparcialidade, mas se realmente fossem assim eles não teriam direito de voto.²¹⁰

Diante do mundo atual e de todas as permanentes mudanças, avanços tecnológicos, globalização econômica é precária a pretensão de um juiz indiferente. Logo, percebe-se a real diferença entre imparcialidade e neutralidade.

²⁰⁷ MOREIRA, 1984, p.180

²⁰⁸ MOREIRA. Loc. cit.

²⁰⁹ BEDAQUE, 1994, p.82- 83

²¹⁰ DALLARI, 1996, p.85

Não se deve falar em neutralidade do juiz comprometido ideologicamente com a busca da verdade, que participa ativamente do processo, nem do juiz que deixa a prova exclusivamente a cargo das partes. O magistrado perde a neutralidade ao optar. Diferente da neutralidade, a imparcialidade deve resguardar às partes o tratamento igualitário, o direito ao contraditório e todas as outras normas referentes ao devido processo legal.²¹¹

Há ainda que se ressaltar quanto às provas, que na produção oficial delas o juiz não fere o princípio em mote se não tem a fonte. Existe uma diferença entre fonte e meio de prova e a doutrina entende que o juiz não perde sua imparcialidade se utilizar os meios de prova cabível quando lhe é dada a fonte.

Sentis Madaleno diz que fonte é anterior ao processo e independente dele, e que ela se incorpora ao processo através dos meios de prova. Os meios, por sua vez, são formas de trazer os esclarecimentos aos fatos. Assim, por exemplo, a testemunha é fonte, e o seu testemunho é um meio.²¹²

Dessa forma, é possível observar que o juiz não atua com parcialidade se não tem a fonte das provas. Não cabe ao juiz investigar as fontes, porém quando à parte lhe oferece a fonte o magistrado tem total liberdade de utilizar os meios para formar seu convencimento.²¹³ A imparcialidade está devidamente resguardada quando o juiz não possui a fonte, mas, quando a tem, a atitude de servi-se dos meios para solucionar os fatos é louvável.

O professor Dinamarco, que censura o juiz meramente espectador do processo, sobre a imparcialidade, declara:

[...] o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado liberalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pouco intoleráveis, tratando os casos

²¹¹ FREDERICO, 2001, p.90

²¹² MADALENO, Sentis apud FREDERICO, Op. cit., 131

²¹³ Ibid., p.132

peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo infiel ao direito. O juiz moderno compreende que só lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas, ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhes tolera, porém a indiferença.²¹⁴

Diante disso, é possível entender que trazer a igualdade entre as partes no processo, através do pedido de provas *ex officio*, não ocorre a perda da imparcialidade. O contrário, ou seja, a indiferença do juiz, é que pode dar margem a injustiças.

Bedaque, com acerto, acredita que esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que os juizes deixem de utilizar os poderes instrutórios que lhes são conferidos pelas leis. Outrossim, a falta de iniciativa oficial tem sido apontada como uma das causas de mau funcionamento da máquina judiciária.²¹⁵

Segundo Liebman, o grande fundamento do princípio dispositivo, que contém a participação do juiz na formação de material probatório, é a exigência de imparcialidade do juiz.²¹⁶ Nesse contexto, denota-se que a imparcialidade e a participação ativa do juiz são perfeitamente compatíveis, ainda mais quando se sabe que há a observância do princípio do contraditório. Quando novas provas são trazidas aos autos, é dado às partes o direito de, sobre elas, se manifestarem. Assim, fica assegurado o devido processo legal.

Bedaque corrobora dizendo que o perfeito funcionamento do contraditório é a maior arma que as partes têm contra o arbítrio do juiz; e completa: “[...] a concessão dos poderes instrutórios do juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação de arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”.²¹⁷

²¹⁴ DINAMARCO, 2000, p.196

²¹⁵ BEDAQUE, 1994, p. 82

²¹⁶ LIEBMAN apud DINAMARCO, Op. cit., p.87.

²¹⁷ BEDAQUE, op.cit., p.83,

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o processo civil moderno repudia a idéia de um juiz que promove a injustiça devido a uma instrução probatória mal feita.²¹⁸ O juiz tendo o poder de direção do processo deve atuar não como espectador e sim como um condutor deste.

Vicente Miranda, apesar de ser a favor do poder instrutório oficial, acredita que o magistrado deve revestir-se de muita prudência para fazer uso desse poder sem ser parcial.²¹⁹

Diante de todas essas afirmações, entende-se perfeitamente possível a atividade do juiz na instrução do processo e, concomitantemente, a observância ao princípio da imparcialidade do juiz. Caso contrário, seria insano admitir que o magistrado, como funcionário do Estado, buscasse, através de sua atividade, atingir os fins da jurisdição atropelando um princípio fundamental.

²¹⁸ DINAMARCO, 2002a, p.134.

²¹⁹ MIRANDA, 1993, p.218.

8 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como finalidade a apreciação da problemática da participação mais ativa do magistrado na fase instrutória do processo de conhecimento.

Inicialmente, foi feita uma análise a respeito dos principais assuntos processuais, abordando a teoria geral do processo, para que se pudesse observar que o ativismo judicial está em total harmonia com os institutos processuais; não só isso, que a “ativação” do juiz é um meio utilizado para atingir aos objetivos buscados pelo processo.

É necessário à coletividade o convívio pacífico entre as pessoas, e isso só é obtido através do direito. Afinal, foi por isso que o direito surgiu, isto é, para apresentar normas que regulassem a atividade humana.

Foi colocada sobre o Estado a função de administrar essa justiça. E isso é feito através do Poder judiciário. A soberania desse poder estatal é representada pelo magistrado.

É função do Estado-juiz proclamar os escopos da jurisdição, ou seja, a liberdade, a participação e a afirmação da autoridade do Estado e a aplicação da vontade concreta do direito, sendo o escopo síntese da jurisdição a paz social, aliás, a justiça.

Neste trabalho, tentou-se demonstrar que a participação ativa do juiz é uma tentativa de conseguir a efetivação do processo, ante do conceito dele (processo) como instrumento na busca de justiça.

Diante da visão publicista do processo, necessário se faz buscar a melhor solução do litígio, e a atividade oficial do juiz na fase probatória é uma maneira de obtê-la. É insustentável a inércia do Estado quando o instrumento colocado à disposição dos jurisdicionados não seja eficaz para obter a solução das lides.

Esta monografia teve como propósito mostrar que a indiferença do magistrado confronta com a publicização do processo, inviabilizando o Estado de atingir seus princípios básicos que é a vida em sociedade de forma harmônica.

Apesar da pequena participação do juiz na produção de provas no processo civil brasileiro, este estudo teve intuito de demonstrar que, além de legítima, tal participação é legal, pois está tipificada no artigo 130 do Código de Processo Civil de forma geral, havendo outros dispositivos do mesmo *codex* que tratam da produção de provas *ex officio*, como os artigos 342; 355; 360; 382; 399; 418, I, II; 426, I, II e 440.

Não obstante, o trabalho objetivou mostrar que o ativismo judicial não quis destruir o princípio dispositivo, assim como, não o destruiu. O aludido princípio foi apenas mitigado diante da moderna visão processual. O direito a iniciar a demanda continua sendo da parte, bem como, é ela quem delimita o objeto que será apreciado pelo Estado-juiz. Contudo, o direito de produzir provas não é exclusividade desta; o magistrado, sempre que julgar necessário, poderá pedir a produção de provas *ex officio*, consoante o artigo 130 do Código de Processo Civil.

Outro ponto abordado nesta monografia foi que o ativismo judicial não tem por finalidade acabar com o dever da parte produzir provas. Esta continua sendo a principal responsável pelas provas no processo. A produção de provas oficiais é atividade subsidiária, e em regra, de caráter completório.

Mister se fez discutir sobre a atividade oficial do juiz frente ao direito disponível, uma vez que o ativismo judicial não prejudica o direito material disponível.

A parte continua com a faculdade de dispor de seu direito no próprio processo, podendo transacionar ou mesmo desistir. Todavia, o juiz pode mesmo nos direitos disponíveis pedir a produção de provas de ofício, se não tiver formado seu convencimento.

Sobre o convencimento do juiz foi dito que o julgador é o destinatário das provas, pois decide a partir dos fatos, das provas obtidas e das circunstâncias contidas nos autos. Por isso, nada mais correto que ele ordene a produção de provas quando não tiver sua convicção formada.

Lembrou-se também que toda decisão proferida pelo julgador deve ser fundamentada, devido ao princípio da motivação das decisões judiciais, constantes nos artigos 93, IX da Constituição Federal e 131 do Código de Processo Civil.

A participação mais ativa do juiz no processo apesar de ser ainda muito tímida é matéria que está sendo muito discutida entre os processualistas mais modernos.

Da mesma forma, a busca da verdade real no processo civil também está sendo amplamente discutida. Ante a publicização processual, não se deve corroborar com uma verdade distante da real no processo civil. Assim, não só no processo penal deve admitir a investigação do juiz na busca pela verdade material. O magistrado, também na esfera cível deve buscar a solução de acordo com a verdade real, investigando amplamente os fatos.

O processo penal não é mais importante que o processo civil, logo, a preocupação com a verdade deve ser igual em ambos os casos.

A regra de ônus da prova, preconizada no artigo 333 da lei processual civil, como demonstrada neste trabalho, tem grande relevância, mas não deve ser utilizada indiscriminadamente. Trata-se de uma regra de julgamento, e o juiz deverá

valer-se dela quando tiver esgotado todos os meios legais de prova e não tiver conseguido formar seu convencimento.

O presente estudo abordou ainda o problema do acesso à justiça de modo geral. Tal assunto é intensamente discutido em todo o mundo. O acesso à justiça não se refere apenas ao acesso ao poder Judiciário, mas também, um acesso à ordem jurídica justa, ou ainda, a uma decisão eficaz.

Um dos fins do ativismo judicial, aliás, o maior deles, é obter o real acesso à justiça, proporcionando as partes uma decisão justa.

A atividade do juiz na produção de provas visa trazer ao processo a igualdade material, e não a igualdade meramente formal. O juiz, conforme o artigo 125, inciso I da norma processual civil, tem o dever de assegurar a igualdade de tratamento entre as partes.

As vezes, devido às influências sociais, econômicas ou culturais as partes ficam em desequilíbrio no processo, e o juiz, à frente da direção formal e material do processo, deve procurar atenuar, ou se possível, extinguir essas disparidades.

Outra questão relacionada ao ativismo judicial abordada nesta monografia foi sobre a imparcialidade do juiz no processo quando auxilia a atividade probatória. A parte da doutrina que não admite a produção oficial de provas utiliza a imparcialidade como argumento máximo.

O presente estudo debateu o tema mostrando que a imparcialidade do magistrado não é quebrada na produção de provas de ofício, porquanto este ao ordenar a realização de uma prova, não sabe a qual das partes a prova irá beneficiar. A imparcialidade vigora quando o juiz possui apenas o meio de prova e não tem a fonte que é trazida aos autos pela parte. E ainda é dado o direito, aos litigantes, de se manifestarem a respeito das provas produzidas de ofício.

Ademais, a estagnação e a omissão do juiz diante dos fatos é o que efetivamente pode conduzir a parcialidade, e não o seu trabalho na busca da verdade.

Estando assegurados à ampla defesa e o contraditório, está garantido também o devido processo legal, e logo a simples colheita de provas oficias não viola o princípio da imparcialidade do juiz.

A explanação dos princípios constitucionais processuais neste trabalho teve como fim averiguar que todos esses princípios estão salvaguardados. O ativismo judicial além de não os violar, também ajuda a assegurar a aplicação deles.

Por fim, este estudo abordou o problema do excesso de trabalho do Poder Judiciário, observando que muitas vezes o magistrado, devido à carga de serviço, não tem tempo de produzir provas, ou ainda, o Estado não tem como lhe proporcionar mecanismos para isso, o que, conseqüentemente inviabiliza o ativismo judicial. No entanto, foi dito que mesmo com todos esses problemas, o juiz deve, nos limites que lhe são oferecidos, participar ativamente do processo buscando a melhor solução ao litígio.

É preciso que seja cada vez mais difundido o relevante papel que os juizes exercem diante da sociedade; e também, que lhes sejam dados meios que possibilitem amplamente o exercício da jurisdição nos termos em que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais prometem à sociedade.

Espera-se que essa nova tendência processual, a qual busca a maior a participação do juiz, realmente vigore e, com isso, aumente o equilíbrio social. Diante dessa explanação, é possível concluir que o ativismo judicial torna-se uma arma eficaz de realização da justiça.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a. Volume1.

_____. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b. Volume 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. (tradução NORTHFLEET, Ellen Gracie). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei 9307/96. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Tomo I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Tomo III.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREDERICO, Sérgio Augusto. **O princípio da imparcialidade do juiz no processo civil e sua participação na coleta do material probatório**. 2001. 323f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Centro de Pós Graduação - 2001, Bauru, 2001.

FREIDE, Reis. **Comentários ao código de processo civil**. Arts. 81 ao 153. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 2.

KELSEN, Hans. (tradução; CRETELLA JÚNIOR, J.; CRETELLA, Agnes). **Teoria pura do direito**. Versão condensada pelo próprio autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Comentários ao código de processo civil**. Art. 1º a 269. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

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

MALUF, Said. **Teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de processo civil**. 2.ed. Campinas: Millenium, 1998. Volume 1.

MIRANDA, Pontes de. (atualização, BERMUDEZ, Sérgio). **Comentários ao código de processo civil**. Arts 46 a 153. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo II.

MIRANDA, Vicente. **Lições de processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, ano 19, n. 74, abril - junho, p. 126 – 137.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, ano X, n.37, janeiro – março, p.140 – 150.

_____. O juiz e a prova. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, ano IX, n.35, abril -junho, p.178 – 184.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

_____. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 73 – 82.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Temas de direito processual**. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p.107 – 123.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, ano 8, n.º 31, jul.-set. p.199 – 206.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luis. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SÁ DOS SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; AS, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Bretas C. Dias. **Temas Atuais de Direito Processual Civil.** Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral (atualização, SANTOS, Aricê Moacyr Amaral), **Primeiras linhas de direito processual civil.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial.** 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. volume 4, p. 447.

SOUZA, Gelson Amaro. **Curso de direito processual civil.** 2.ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Volume 1.

VALENTIM, Gisele Rodrigues. **Responsabilidade civil do fornecedor e do comerciante pelo fato do produto no código de defesa do consumidor.** 2002. 133f. (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

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