

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**“OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ FRENTE AO ACESSO À
ORDEM JURÍDICA JUSTA”.**

Maria Beatriz Bravo Navarro

Presidente Prudente/SP
2003

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**“OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ FRENTE AO ACESSO À
ORDEM JURÍDICA JUSTA”**

Maria Beatriz Bravo Navarro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Paulo Eduardo D'arce Pinheiro.

Presidente Prudente/SP
2003

“OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ FRENTE AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA”

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

Paulo Eduardo D'arce Pinheiro
Orientador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Thais Flores Kiefer
Examinadora

Presidente Prudente, 02 de Dezembro de 2003.

Aos meus queridos pais,

Francisco e Maria Ivone que sempre me ensinaram a justiça.

Apenas é possível vencer o egoísmo, que faz tantas vítimas, quando estamos providos de amor e capacitados para dar a vida pelos indefesos e injustiçados. Não vencemos o egoísmo senão redescobrimo o valor de cada homem, como filho do Pai que dá a vida.

Victor Bachelet.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me acolheu, me amou e o mais importante, me deu forças para realizar o meu grande sonho.

À minha família, meus Pais que tanto lutaram para que eu chegasse até aqui e meus irmãos Nanda, Tiago e Gaba que me ajudaram nos momentos de alegria e de dificuldades. Perdoem-me pelo stress das provas, não tenho palavras para expressar o meu amor, vocês são tudo para mim.

Às minhas queridas amigas de sala, Juliana, Jéssyca, Renata e Lílian, as quais dividi as inseguranças, os medos, as alegrias e as vitórias, amigas valeram as noites de estudo e as bagunças, vocês fazem parte da minha história.

Agradeço em especial ao professor Paulo Pinheiro o qual tenho uma imensa admiração, tanto como pessoa quanto profissional. Obrigada pela confiança que depositou em mim ao aceitar ser o meu orientador.

Ao meu amigo Rodrigo, por ter sido um guia na minha caminhada e um exemplo de dedicação aos estudos. Mais que um amigo, você é para mim um irmão. Obrigada por aceitar fazer parte da minha banca examinadora.

Com a mesma sinceridade e importância, agradeço a querida Thais pelo carinho e atenção que teve por mim, obrigada por fazer parte desse trabalho.

Finalmente, agradeço ao pessoal do escritório Sobral Oliveira, Dr. Irio, Dr. Luiz Alexandre, Dr. Fernando, Fernanda, Débora, Emmanuel, Dr. Rodrigo, Thiago, Daiane, Fabiano pela força que me deram nessa reta final, desculpe o cansaço e obrigada “amigos” pelo carinho e compreensão.

RESUMO

O Estado democrático de direito tem interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social. Por isso exerce uma função voltada para esse fim, chamada “jurisdição”, que é o poder que tem o Estado de pacificar os conflitos de interesses. Os destinatários desse interesse devem manifestar-se através de dois institutos, ação e defesa. O instrumento que possibilita a formulação e atuação da regra jurídica para o caso concreto é chamado de “processo”. Esse fenômeno analisado por um anglo publicista está voltado para um único objetivo: a atuação do direito, com o que estará garantindo a paz social. Diante disso, a instrução para os esclarecimentos dos fatos da causa não pode ser analisada apenas sob a óptica das partes. Não só elas têm interesse no resultado útil e efetivo do processo, esse resultado interessa muito mais ao Estado (juiz) que, para tornar possível à convivência das pessoas em sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento por ele criado. Assim, para que se possibilite a efetividade no julgamento, o acesso a uma ordem jurídica justa e a igualdade entre as partes, necessário se faz a participação mais ativa do juiz na instrução probatória.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Ordem jurídica, Poderes instrutórios.

ABSTRACT

The democratic State of Law has interest in the legal system's integrity and in the social pacification. For this, it exerts a role directed toward this goal called jurisdiction, that it is the power that the State has to pacify the conflicts of interests. The holder of this interest must disclose it by using two institutes, action and defense. The instrument that makes possible the wording and performance of the juridical rule to the particular case is called proceeding. This phenomenon analyzed by a publicist viewpoint is directed toward an objective: the law performance, with what the social peace will be guaranteed. By this, the production of evidence of the truth of a fact alleged cannot be analyzed under the parties' standpoint only. They are not the only interested in the useful and effective result of the process, this result is much more a State (judge) interest, which has to keep the integrity of the system that it created, to make possible the coexistence of people in society. Therefore, trying to make possible the final judgment effectiveness, the access to a fair juridical system and the equality among the parties, it is necessary a stronger action of the judge in the production of evidence of the truth of the facts alleged.

Keywords: Democratic State of Law, Legal system, Power of production of evidence.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	08
2 - DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO.....	10
2.1 – O Estado e O Direito.....	10
2.2 - Estado Totalitário.....	11
2.3 - Estado Liberal.....	12
2.4 - Estado Social.....	14
2.5 - Estado Democrático de Direito.....	17
2.6 - Jurisdição.....	19
3 - O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.....	23
3.1 – A instrumentalidade do Processo.....	23
3.2 – O Direito Processual Constitucional.....	24
4 – DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	29
4.1 – O Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.....	30
4.2 – O Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	34
4.3 – O Princípio da Igualdade entre as partes.....	39
5 - PODERES DO JUIZ NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.....	43
5.1 - Prova –Considerações.....	43
5.2 - As Regras do Ônus da Prova.....	46
5.3 – O Papel do Juiz na instrução da prova.....	49
5.4 - Posicionamento da doutrina. Tradicional e ativista.....	55
5.5 – O Princípio da Imparcialidade	61
5.6 – O Princípio do Dispositivo.....	65
6 - Considerações Finais.....	72
Bibliografia.....	75

1. INTRODUÇÃO

O Estado passou por uma evolução histórica até chegar no Estado Democrático de Direito, adotado pelo atual sistema brasileiro.

A finalidade precípua da democracia, ou seja, de um Estado Democrático de Direito é à busca pela justiça e a pacificação social.

Desta forma, o Estado como soberano detentor do poder tem o interesse na paz social e na integridade do seu ordenamento jurídico e exerce o poder de julgar conflitos interindividuais, através da “jurisdição”.

O processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce essa função.

Atualmente, o Direito processual é uma ciência autônoma, não mais é estudado meramente como simples técnica. Após a sua evolução, passou a ser interpretado como instituto a serviço do Direito material, ou seja, através dele é que se torna possível à aplicação das normas ao caso concreto.

O Direito processual é ramo do direito público e sendo assim, além de suas normas específicas, tem seus princípios gerais traçados pela Constituição Federal de 1988.

Isso se dá pois, na atual conjuntura, o que se busca é alcançar o resultado útil do processo, possibilitando acesso a uma ordem jurídica justa, e não somente o acesso às vias judiciais.

Fala-se, que uma das fases mais importantes do caminhar do processo, é a da instrução probatória, pois, é através da demonstração da verdade dos fatos que se torna possível o julgamento justo.

Destarte, imprescindível à participação mais ativa do juiz, principalmente no que diz respeito às provas, posto que somente desta forma seria possível alcançar o resultado útil do processo, através da busca pela verdade real dos fatos.

Ocorre que para o assunto, há divergência doutrinária. Parte da doutrina tem uma grande resistência em aceitar a participação do magistrado na instrução da prova. Essa corrente está arraigada aos preceitos advindos do Estado Liberal, onde o juiz era mero espectador.

Entendem ferir alguns princípios há muito tempo construídos, bem como, o princípio da imparcialidade, do dispositivo e ainda a regra dos ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Todavia, uma outra parte da doutrina defende de forma diferente, pois acreditam que o ativismo judicial, principalmente na instrução da prova, aumenta o acesso à justiça e conseqüentemente à ordem jurídica justa.

Desta forma, sustentam, que o artigo 130 do CPC, o qual aumenta os poderes do juiz, concedendo poderes até mesmo para agir de ofício, está de acordo com as finalidades primordiais do Estado e, portanto, não ferem os princípios há tempos construídos.

Assim, acreditam que não só às partes cabe o ônus da prova, mas também ao Estado que possui interesse na integridade do seu ordenamento jurídico.

O presente trabalho busca justificar o ativismo judicial adotado pela doutrina moderna, frente ao acesso a uma ordem jurídica justa.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO E O DIREITO.

2.1 O Estado e o Direito

Dalmo Dallari (2000, p.1) conceitua o Estado da seguinte forma: “o Estado é a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em um território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado”.

Ademais, No conceito do i. doutrinador Said Maluf (1998, p.1):

O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que o Estado cumpre assegurar.

Outrossim, Marcus Cláudio Acquaviva (1994, p.6) entende que Estado e Direito, são idéias inseparáveis, sendo a lei a formalização da vontade Estatal.

A problemática que se encontra sobre o estudo do Estado é a ligação que este tem com o Direito, nesse contexto, surgem algumas indagações, sobre a questão.

O Direito e o Estado acompanham as mudanças da sociedade que regem, sejam elas econômicas ou culturais, justamente por serem fato social.

Desta forma, entende-se que existe relação entre o Estado e o Direito e que ambos não se separam. A doutrina atual trata do assunto com as seguintes teorias:

Teoria monística diz, que Estado e Direito representam uma única entidade e que não há Direito sem que haja Estado, todo Direito é Estatal, confundem-se em uma só realidade, sendo ambos “unum et idem”. Segundo essa teoria, o próprio direito é estatal, ou seja, o Estado é a fonte única do Direito. Assim, somente existe o Direito advindo do Estado, por isso é que ambos andam juntos e interligados.

Teoria dualística sustenta que Estado e Direito são realidades distintas e, portanto, não se confundem, ou seja, são inconfundíveis.

Para essa teoria, a gênese do Direito não advém única e exclusivamente do Estado e sim, uma parte significativa, ou seja, uma parte especial do Direito e não ele como um todo.

No entanto, verifica-se que há teorias divergentes sobre a questão da ligação entre o Estado e o Direito. O mais importante é saber que há intervenção das formas de Estado na ordem jurídica, justamente porque ambos estão sujeitos as mudanças e ideais das sociedades que regem.

Para que se entenda o exposto, necessário se faz observar os tipos de Estado e as interferências Estatais na vida dos indivíduos que o integram.

2.2 Estado Totalitário

O Estado totalitário teve sua gênese, nos séculos XVII e XVIII, exemplo disso foram os grandes impérios. Nessa época, ele existia de forma menos rígida.

No entanto, essa modalidade de Estado, somente passou a ser adotada com grande intensidade no século XX.

Conforme preleciona o i. doutrinador Celso Ribeiro Bastos (1995, p.67):

O Estado totalitário diz respeito, pois, aos limites da atuação do Estado. É um dos extremos a que o Estado pode chegar em matéria do exercício do poder. É curial que se trata do limite máximo.

Complementa o mesmo autor a sua assertiva dizendo:

Ademais, entende que o Estado totalitário não se confunde com o Estado autoritário. Pois em sua concepção, o Estado autoritário é o exercício de uma minoria contra a vontade da maioria (BASTOS, 1995, p.66).

O Estado totalitário foi na realidade, uma forma de controle da opinião pública, existiam nesse tipo de Estado dogmas e ideologias incontestáveis. Desta forma, o Estado totalitário, não se contentava em apenas impor leis, o seu objetivo era absorver para si, todas as manifestações da vida social e até mesmo o controle das mentes humanas, bem como reger a economia, o poder político e social dos indivíduos que o integram.

Cabe ressaltar a importância da demonstração de conceitos de Estado totalitário, pois o direito sofreu suas influências. Tal visão extrema de poder fez surgir inúmeras injustiças aos indivíduos desta época.

Prova da grande influência, foi o aumento do poder dos magistrados, e isso se deu em consequência do forte autoritarismo do poder. Sentiam-se acima das Leis.

O modelo que se opõe ao Estado totalitário, é o Estado Liberal, o qual analisa-se a seguir.

2.3 Estado liberal

O Estado liberal é em contraposição ao Estado totalitário, um outro extremo. O Liberalismo obtinha o ideal filosófico e político de autonomia do indivíduo, com caráter individualista.

Nos dizeres de Sahid Maluf (2003, p.129) o liberalismo:

Era a realização plena do conceito de direito natural, do humanismo, do igualitarismo político que os escritores do século XVIII deduziram da natureza racional do homem, segundo a fórmula conclusiva de que “os homens nascem livres e iguais em direitos; a única forma de poder que se reveste de legitimidade é a que for estabelecida e reconhecida pela vontade dos cidadãos”.

Segundo Marcelo Faustino Figueiredo Santos, (1993, p.65):

No liberalismo, o valor da liberdade cinge-se a exaltação do indivíduo e de sua personalidade com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo.

No liberalismo, a presença estatal era ínfima, praticamente nula, isso para que fosse alcançado o seu pressuposto fundamental, que era o bem estar comum, bem como os ideais de paz e justiça social e ainda a liberdade dos indivíduos.

Em razão do grande poder acumulado nas mãos dos governantes advindos do Estado totalitário, houve uma grande revolta da população da época. O liberalismo surgiu com o inconformismo da classe menos favorecida, foi a partir daí que começaram a ser implantados os ideais de liberdade.

O Estado liberal influenciou no direito sob duas formas, tanto positiva como negativa. Não se deve negar as diversas contribuições advindas do liberalismo, haja vista, que foi sob a égide do deste Estado que surgiram os direitos de liberdade do indivíduo, o princípio da imparcialidade, da inércia da jurisdição, dentre outros.

No entanto, proporcionou também influências negativas, pois, o desnível de força sócio-econômica era uma mera aparência, portanto, não foi possível atingir o bem estar da classe trabalhadora e a diferença entre as classes sociais tornou-se absurda. Fortunas desproporcionais acumulavam-se nas mãos dos dirigentes.

Em muitos outros aspectos, a presença do Estado se fez necessária para suprir omissões e para alcançar objetivos não supridos pela livre iniciativa. Desta forma, tornou-se um outro extremo, assim, não se alcançou o seu objetivo primordial, levando à ruína esse modelo estatal.

Segundo os dizeres de Maluf, (2003), somente seria possível concretizar os ideais do liberalismo, numa sociedade de deuses e nunca numa sociedade de homens. Assim, entusiasmados com os ideais de liberdade e humanismo, os construtores do Estado liberal estavam distantes da realidade.

Começaram a surgir inúmeras injustiças sociais entre os indivíduos dessa sociedade, assim, em menos de meio século todas as promessas feitas pelos idealistas do liberalismo, igualando os indivíduos, tornaram-se redundantes, pois todos os privilégios prevaleceram sobre as classes dominantes.

Conseqüências dos erros do liberalismo foram grandes multidões sem lar, sem alimentos, dentre inúmeras outras injustiças. Inconformados a classe menos favorecida, começaram a se rebelar, mas tudo isso já sob a égide do socialismo.

Contudo, se deu lugar ao nascimento de um Estado social, que trataremos a seguir.

2.4 Estado Social

A criação de um Estado social se deu pelos erros do liberalismo, ele surgiu para reequilibrar, ou seja, diminuir as diferenças sociais existentes entre os indivíduos resultantes de um Estado ausente, onde a liberdade era radical.

O socialismo segundo Maluf, (2003), foi a primeira reação antiliberal, sua gênese foi no século XVIII.

Segundo a lição de Celso Ribeiro Bastos (1995, p.70):

A causa mais importante e, portanto a única foi sem dúvida a ocorrência no século XX de crises econômicas que provocando a recessão e o desemprego, demonstravam ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional. A presença do Estado se fazia necessária.

Em razão da falta de atuação do Estado na vida dos indivíduos surgiram inúmeras desigualdades e como acima gizado, foi no século XX sob a égide do liberalismo que estas surgiram.

Desta forma, tornou-se impossível alcançar os ideais de bem estar almejado pelo liberalismo. Por isso, surgiu o Estado social, a fim de proporcionar igualdade de oportunidades entre os indivíduos e reequilibrar as inúmeras desigualdades advindas do Liberalismo.

Os objetivos primordiais de um Estado social diferente do liberalismo são o bem estar comum, a justiça social, etc.. Ocorre que, essas finalidades somente se alcançavam através da limitação dos direitos de liberdade dos indivíduos, o Estado social almejava o domínio das mentes humanas.

Por outro lado, não se deve negar as grandes influências positivas proporcionadas pelo Estado social, haja vista, que foi sob a égide deste que nasceram os direitos de 2ª geração.¹

Entretanto, como todas as outras formas de Estado, também influenciou de forma negativa.

Tocqueville (1835) apud Celso Ribeiro Bastos (1995, p.71) diz do Estado social :

Estado social gosta de prover o bem estar dos súditos, mas quer ser o único tutor e o único juiz daqueles; ocupa-se da segurança deles, mede e assegura as suas necessidades, facilita os seus prazeres, conduz os seus negócios mais importantes, dirige as suas indústrias, coordena as suas heranças, reparte os seus espólios; não poderia também isenta-los do cuidado de pensar e do esforço de viver?

¹. Os direitos de primeira geração são aqueles que começaram a ser discutidos no século XII e XIII e, posteriormente, pelo movimento liberal burguês, são chamados de direitos negativos ou de defesa, pois limitam a possibilidade de intervenção do Estado na esfera de interesse dos indivíduos. São os direitos da liberdade, os direitos à vida, à propriedade, ao voto, são direitos que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais (MORAES, 2000, pág. 57). Modernamente, fala-se em direitos civis e políticos. São direitos que tem como titular o indivíduo (daí notadamente o seu individualismo), enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Já, referindo-se aos direitos de 2ª geração, são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século. Os direitos sociais constituem um avanço na história dos homens, pois buscam favorecer a parcela mais pobre da população, notadamente os empregados em sua relação de trabalho com a classe patronal. Verifica-se que, os direitos sociais vieram de encontro com os interesses dos trabalhadores que até então estavam sendo explorados e sufocados pela classe burguesa. Dentro dos direitos sociais presentes estão os direitos fundamentais dos trabalhadores, a saber, o direito à férias, ao repouso semanal remunerado, à garantia do salário (ver o art. 7º da CF). Por fim, fala-se em uma terceira geração de direitos que recebem o nome de *direitos de solidariedade*: direito à paz, ao desenvolvimento econômico dos países, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente. Há, entretanto, autores que pugnam pela existência de uma quarta geração de direitos. É o caso de Norberto Bobbio (1992, p. 6) e Paulo Bonavides (2000, p. 524 e 526). Paulo Bonavides entende que são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Há uma discussão na doutrina, sobre a impropriedade da terminologia utilizada para classificar a evolução dos direitos. O termo “gerações” seria impróprio, uma vez que representaria a substituição de uma geração de direitos por outra, quando, em verdade, o que se tem é a cumulação das gerações, fazendo interagir os direitos existentes em cada uma delas. Nesse sentido esta os dizeres de BONAVIDES, (2000, p. 525), BOBBIO, (1992, p. 6), MORES, (1999, p. 56), tais autores, consideram mais próprio o uso da terminologia “dimensões” para se fazer menção a evolução dos direitos fundamentais do homem.

Mesmo com críticas, a presença do Estado tornou-se cada vez mais forte nas sociedades modernas, a ponto de não mais se imaginar uma reversão absoluta a outros modelos, como o liberalismo.

2.5 Estado democrático de direito

Pôde-se perceber até o presente momento que das formas de Estado, ou seja, das estruturas estatais analisadas nenhuma delas obteve êxito em alcançar as suas finalidades precípuas, desta forma, verifica-se que a estrutura estatal reclamou algo mais.

O Estado democrático de Direito tem como fim precípuo a democracia, que se diz o “governo do povo”, ou seja, o poder emana do povo e em nome do povo é exercido, segundo a lição de Maluf (2003).

No entanto, necessário se faz à análise desta forma de Estado e seus ideais.

Por democracia, entende Maluf, (2003, p.280):

A idéia de democracia pode ser tomada em duplo sentido – formal e substancial, ou seja, um sentido estrito e outro amplo. Em um sentido formal ou estrito, a democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo. Neste conceito, são pressupostos os princípios da temporariedade e efetividade. Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e nos direitos fundamentais da pessoa humana.

É importante entender, que a finalidade do Estado, não é somente realizar a democracia, ou seja, o Estado não visa a realizar a democracia apenas para ser

democrático, assim como o indivíduo não pode almejar a liberdade no intuito apenas de ser livre.

Portanto, como preleciona ainda Sahid Maluf (2003, p.282):“a democracia é um meio e não um fim. Procuram o Estado e o homem, atingir os seus fins pelo caminho do ideal democrático”.

Outrossim, embora alguns estudiosos do direito, bem como Pontes de Miranda, na lição de Marcelo Figueiredo, entendam que democracia, igualdade e liberdade sejam distintas, atualmente é inimaginável a existência daquela sem que se assegurem estas. Miranda apud Santos, (1993).

Nos dizeres do i. doutrinador, Marcelo Figueiredo (1993), para se alcançar o ideal de Estado de Direito, existem duas formas de conceituá-lo: uma formal e uma material. No entanto, o Estado de Direito material, pressupõe o formal, contudo avança para alcançar padrões de democracia, bem como, acesso à jurisdição, direitos fundamentais individuais e coletivos, o respeito absoluto à Constituição Federal, a intensa busca da justiça social e a igualdade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou o princípio democrático para qualificar o Estado e empregou em seu artigo 1º caput o Estado Democrático de Direito.

Desta forma, observou-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro se estruturou com base nos princípios atinentes à democracia, ou seja, a sua finalidade é alcançar o bem comum, tendo em mira conciliar as desigualdades humanas, bem como, igualdade jurídica, igualdade de oportunidades, isto é, idêntica possibilidade a todos de acesso à cultura universitária, as funções públicas, as conquistas da ciência e o acesso a uma ordem jurídica justa.

Todavia, não há como não apreciar os pontos positivos que esta forma de Estado adotada pelo sistema brasileiro trouxe para a atual sociedade. Ocorre que, como todos os outros modelos de Estado, também esse tem os seus pontos negativos, pois, não basta haver direitos políticos iguais; é preciso que haja condições materiais favoráveis para que o homem exerça as franquias democráticas.

Desta forma, todos esses direitos e igualdades almejadas por esta forma de Estado, são miragens para o homem economicamente miserável, em busca do maior de todos os direitos humanos, que é o direito à sobrevivência. Assim, nem o Estado e nem a própria sociedade aproveitam tais ideais, sem conteúdo prático.

Diante da realidade em que se vive, cabe ao Estado, em busca do bem comum e da pacificação social, finalidades estas previstas em sua própria Constituição, enfrentar o problema da igualdade econômica, no sentido de minorar as desigualdades e fixar padrões mínimos de vida. Tratando-se assim, os desiguais, desigualmente equacionando-se a luz do acesso à uma ordem jurídica justa.

Entende-se, que o Estado Democrático de Direito é também chamado por muitos de Estado Constitucional, pois tem as suas diretrizes traçadas pela Constituição Federal.

Após esses breves comentários, oportuno é o exame do tópico seguinte, para se indagar a forma em que o Estado luta para solucionar tais dificuldades,² através da jurisdição.

2.6 Jurisdição

Observou-se a amplitude estatal, inclusive no direito. O Estado tem um grande interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social e, exerce uma função voltada para esse fim, a “jurisdição”.

² O objetivo do Estado Contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. O Estado brasileiro quer uma ordem social que tenha como base primada do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social. (CINTRA, et al, 1998, p37).

Dinamarco, Grinover e Cintra (1998, p.39) conceituam a jurisdição da seguinte forma:

Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflitos para imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso, apresentando em concreto para ser solucionado.

A jurisdição é uma função do Estado e ao mesmo tempo um poder exercido por ele. Poder que o Estado tem de impor suas decisões mediante um conflito de interesses e resolvê-lo de forma pacífica, a fim de alcançar a tão almejada finalidade de um Estado democrático de Direito, que é a paz social e a igualdade, mediante a realização de um direito justo.

O instituto da jurisdição é exercido através de pessoas físicas, que perfazem, agentes e órgãos do estado. Assim, quem exerce essa função são os juízes e os órgãos auxiliares da justiça.

Na lição de Grinover, et al, (1998, p.23):

Essas pessoas não agem em nome próprio, mas como órgãos do estado, assim, sua imparcialidade é uma exigência da lei; o juiz ou auxiliar da justiça (escrivão, oficial de justiça, depositário, contador) que tiver interesse próprio no litígio ou razões para comportar-se de modo favorável a uma das partes e contrariamente a outra (parentesco, amizade íntima, inimizade capital), não deve atuar na jurisdição.

Como já explanado nos tópicos anteriores, o Estado contemporâneo é norteado por princípios democráticos, haja vista, que é um Estado democrático ou

Estado Constitucional, e tem como escopo social, a pacificação da sociedade e um acesso a uma ordem jurídica justa.

Todavia, a jurisdição possui escopo jurídico. O Estado não age, sem a observância de normas previstas em sua Constituição. Desta forma, este ao criar a jurisdição, visou garantir que, as normas de direito substancial contida no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados práticos que o direito material preconiza, ou seja, colocar em prática as finalidades almejadas pelo Estado.

Foi analisado que a jurisdição, sendo um poder e função do Estado, tem dois escopos, um social e um jurídico, isso se dá para que se busque a pacificação social.

Portanto, para que se alcance tal fim, necessário é a junção jurídica e social, garantindo assim, que o direito objetivo material seja cumprido, observando-se e preservando-se em sua autoridade, a paz e a ordem na sociedade, agindo sim com imparcialidade, mas observando as desigualdades a luz do acesso à justiça.

Para Cândido Rangel Dinamarco (1999, p.129):

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como poder 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.

A Jurisdição tem caráter substitutivo, ou seja, é uma atividade exercida sempre com relação a uma lide (conflito de interesses), desta forma, exercendo a jurisdição, o Estado substitui com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito. Cabe ao Estado, diante desse conflito, dizer qual das partes nele envolvidas tem o direito.

O Estado para que se concretize o seu poder de jurisdição, atua através de um instrumento chamado “*processo*”, assim, oportuno se faz à explanação dos próximos tópicos.

3. O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

3.1 A instrumentalidade do processo

O Direito Processual inclusive o processo Civil passou por uma evolução histórica, que inclui três grandes fases: A sincretista, a autonomista e a instrumentalista. No início sequer era considerado um ramo autônomo do direito.

Desta forma, importante se faz um breve relato dessas fases para melhor compreensão.

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material. Não se reconhecia a autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial e nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo do direito autônomo. Esse foi o período sincretista.

Já a segunda fase também chamada de autonomista, foi marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Nesta fase metodológica passou-se a apreciar o direito processual como um ramo autônomo do direito, não mais se confundia a relação processual com a relação de direito material.

Esse período durou quase um século, e os defensores da corrente autonomista tornaram-se tão introspectivo no estudo da ciência processual, que esqueceram da finalidade precípua do processo, solucionar os conflitos de interesses, promovendo a pacificação social.

A terceira fase instrumentalista tem a finalidade de dar eficácia ao direito processual ao entender que o processo é um verdadeiro instrumento para executar e operar os objetivos da jurisdição, aí está a instrumentalidade do processo.

Por fase instrumentalista do processo, entende-se a conscientização de que a importância está em seus resultados, haja vista, que antes de se chegar nessa fase, ele mesmo, sendo autônomo, suas preocupações eram meramente endoprocessuais.

Foi necessário a breve explanação das fases do direito processual, para chegar na fase do processo como instrumento a serviço da paz social.

No entanto, a instrumentalidade não é do processo em si, mas da jurisdição, cuja principal função é a pacificadora, a solução dos conflitos interindividuais.

Assim, o processo não deve ser considerado, tão somente, como o conjunto de normas criado para aplicar o direito material aos casos concretos, mas “um instrumento a serviço da paz social”, visto que é uma das formas de atuação da jurisdição.

O fenômeno chamado processo analisado por um anglo publicista está voltado para um só objetivo: a atuação do direito, com o que estará garantindo a paz social. Assim, o processo é um instrumento a serviço da paz social.

Os princípios da relação jurídica substancial não devem repercutir no processo, apenas coloca sua instrumentalidade não em função da parte de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de suas finalidades.

Assim, feita uma pequena explanação sobre a instrumentalidade do processo e seu objetivo, necessário se faz falar do direito processual e a constituição de 1988.

3.2 O Direito Processual Constitucional.

Nos dizeres dos i. doutrinadores Cintra, *et. al.*, (1998, p.109):

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorreram decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

O direito processual é um ramo do direito público, e por isso tem suas regras fundamentais traçadas pela Constituição Federal. Desta forma, é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

Como bem preleciona o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, (1992, p.36):

O Direito Constitucional, como se vê, pertence ao setor do Direito Público. Distingue-se dos demais ramos do Direito Público pela sua natureza específica de seu objeto e pelos princípios peculiares que o informam. Configura-se como direito público fundamental por referir-se diretamente a organização e funcionamento do Estado, a articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Podemos defini-lo como ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado.

Insta salientar que, a Constituição Federal passou por inúmeras mudanças, ou seja, por uma fase histórica. A Constituição atual é escrita, solene, dogmática, rígida. Ocorre que, a estabilidade das Constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social, pois ela não é um instrumento de ordem e sim de progresso.

Contudo, toda a fase histórica buscou a conquista da democracia, ou seja, o resgate da dignidade do ser humano. Assim, a Constituição de 1988, proclamou o Estado Democrático de Direito, com o fim de alcançar uma sociedade justa, onde o poder emana do povo e em nome dele é exercido.

O objeto da atual constituição é amplo, talvez o mais amplo das últimas constituições, segundo José Afonso, (1998, p.58):

Estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos, sociais e culturais.

Atualmente a Constituição almeja assegurar os Direitos Fundamentais. No que diz respeito ao direito processual, houve a constitucionalização de muitas garantias ao processo, com o fim de possibilitar o acesso à ordem jurídica justa³.

A rigidez da Constituição emana como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição, ou seja, é um pilar, uma pedra angular, em que se apóia o direito moderno. Toda autoridade só nela encontra fundamento.

Por outra banda, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Observa-se também por todo o exposto, que a Lei ordinária pode ser alterada pelo legislador de uma forma mais simples e flexível, todavia, por ser norma infraconstitucional, está ela subordinada a Constituição.

³ Por ordem jurídica justa, entende Watanabe, (1998), ser o próprio acesso à justiça, pois de um lado encontra-se a ordem jurídica, ou seja, princípios Constitucionais, bem como, o a garantia da igualdade, liberdade, defesa, intimidade. E de outro, o acesso à esse ordenamento é o acesso a uma ordem jurídica organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa. Assim, o que se busca é o justo, ou seja, um legislador atento em suas reformas, um juiz atuando com justiça diante das decisões, agindo quando necessário para o equilíbrio entre as partes. O direito de acesso à justiça é, portanto, direito de acesso a uma justiça adequada e organizada e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentais processuais capazes de promover a efetiva tutela do direito. É nesse contexto que se entende por um acesso à ordem jurídica justa.

O direito processual é uma norma infraconstitucional, assim, está subordinada à Carta Magna. Portanto, a interpretação e aplicação do ordenamento processual, devem ser norteadas por todos os valores descritos na Lei Maior.

Fala-se em um direito processual constitucional, pois além dos pressupostos constitucionais a todos os ramos do direito, o processual é fundamentado e determinado pela constituição federal.

Como se verifica, a conquista da dignidade humana, foi extremamente valiosa, assim, o aplicador do direito deve torná-la efetiva, devendo interpretar a norma processual e aplicá-la em consonância com os princípios constitucionais.

Princípios são pilastras, ou seja, pilares que informam o direito, que dão sustentáculo à aplicação do direito material.

No que diz respeito ao direito processual, submetendo-se aos princípios constitucionais possibilitara a concretização do processo como instrumento capaz de aplicar com justiça os direitos sociais considerados fundamentais⁴ pela própria Constituição.

Portanto necessário se faz a sua observância a fim de alcançar a finalidade de um Estado democrático de Direito (a paz social) e, buscar o equilíbrio entre o formalismo do processo e os resultados que a sociedade almeja.

A própria Constituição incumbe-se de figurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.

Segundo os autores a seguir:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar

⁴ Direitos fundamentais são todos aqueles declinados, quando tratou-se das gerações de direitos.

o processo em suas relações com a constituição.(GRINOVER, et al, 1999, p.79).

Foi necessário fazer uma breve explanação do direito processual constitucional e da constituição contemporânea, para chegarmos nos princípios e garantias constitucionais que norteiam o processo.

4. DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.

O Estado democrático de direito, tomou para si o instituto da jurisdição, com o fito de não permitir mais a autodefesa, mantendo a ordem jurídica e assegurando a paz social.

A Constituição Federal de 1988, em função do instituto estatal da jurisdição, e para resguardar a paz social, assegura inclusive em matéria processual, direitos e garantias fundamentais, que possibilitam o acesso à um processo justo.

Conforme preleciona o i. doutrinador José Afonso da Silva (1998, p.159):

Uma coisa são os direitos, outras as garantias, pois devemos separar no texto da Lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa do direito limitam o poder.

Portanto se diz, que Direitos e Garantias não se confundem.

Princípios fundamentais são pilares que informam o direito, ou melhor, dizendo são meios pelos quais se asseguram o exercício dos direitos.

Tais princípios revelam-se sob a óptica da Teoria da Constituição, como sendo alicerces autônomos que dão escoro e sustentação à conformação não somente estrutural, como existencial do Estado, considerando este nas palavras de Balladore, citado por Jose Afonso da Silva como sendo: *uma ordenação que tem por fim específico e essencial à regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de um poder soberano institucionalizado.*

Na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, (1998, p.50):

Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais⁵ que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhes são próprios e específicos.

Assim, entende-se que o direito processual, inclusive o direito processual civil, são assegurados por princípios⁶ ou garantias constitucionais, princípios estes que devem ser estudados à luz do Estado democrático de direito e do acesso à uma ordem jurídica justa.

Para tanto, estudaremos alguns dos inúmeros princípios ou garantias relativas ao processo.

É de suma importância dizer que as garantias Constitucionais consistem em preceitos dotados de sanção, ou seja, sua inobservância afetará a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os princípios constitucionais e por isso que são tratados também como garantias, pois a tutela constitucional não seria efetiva se as linhas-mestras traçadas pela Constituição Federal não ganhassem eficácia imperativa mediante as garantias.

⁵ Pelo exame etimológico do binômio preceito fundamental, fica evidente que as disposições normativas, e os princípios deduzíveis da Carta Magna, e que dão sustentação ao Regime Político, erigido pelo Poder Soberano do povo, delegado à Assembléia Constituinte legitimamente instituída, deixa inferir que o qualificativo "**fundamental**" atribuído à palavra preceito denota que, *preceitos fundamentais* são aqueles que efetivamente atribuem sustentação a existência do perfil estatal traçado pela Nação brasileira quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶ Segundo CAMPO, (1994, p.65): O vocábulo princípio se origina do latim principium, o qual designa o início, o começo, o primeiro instante. Em sentido filosófico, "são lógicos e metafísicos e apresentam analogia com fundamento, causa, pressuposto, premissa" (Enciclopédia Saraiva, 1981, p.98, p.11), tendo o mesmo significado na linguagem científica.

4.1 Princípio Inafastabilidade do Poder Judiciário.

Os princípios e garantias constitucionais consistem nas características do próprio Estado sobre o sistema processual. Está aí a tutela constitucional do processo.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está elencado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que garante a possibilidade de apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça a direito.

O Estado veda o princípio da autodefesa, da autocomposição e da arbitragem, por isso é que reservou para si o exercício da função jurisdicional. Através da jurisdição, cabe ao Estado, solucionar conflitos de interesse surgidos na sociedade.

Contudo, a jurisdição é inerte e não Pode ativar-se sem a provocação do interessado.

Direito de ação é portanto, o direito ao exercício da atividade jurisdicional, que se desenvolve através de um processo.

Antigamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional era interpretado apenas como o direito de ação, hoje ele tem o significado de pôr sob o controle do poder jurisdicional todos os conflitos jurídicos capazes de gerar insatisfação as pessoas.

Significa esse princípio, que o Estado não pode se recusar a prestar a tutela jurisdicional a quem o aciona. Ele concede a tutela jurisdicional a quem tiver razão, ou seja, um acesso formal e justo ao poder judiciário.

Desta forma, não se trata de um mero ingresso em juízo ou um mero direito e sim, a efetividade de uma tutela jurisdicional justa representa o exercício do direito substancial do acesso à justiça, com condições de obter do Estado o direito de ação e de defesa.

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, (2002, p.199):

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela - e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.

Verifica-se assim, que o direito de ação, ou seja, o direito de buscar o poder judiciário, não se limita apenas em ajuizar uma ação e sim manterem as partes sua pretensão no decorrer do processo, até a sentença, alcançando o resultado útil do mesmo.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está interligado ao direito de ação, todavia, não se confundem. O princípio da inafastabilidade é uma ampliação ao direito de ação, isso, para que seja possibilitado um amplo acesso à justiça.

Insta salientar que, a jurisdição e o tema do a'cesso à justiça devem ser focalizados com base nas linhas do Estado Democrático de direito, assim, a jurisdição não é acionada apenas para satisfazer a pretensão da parte, mas também do Estado.

Como já dito, todos têm acesso a uma ordem jurídica justa e, esse direito é incondicionado, pois não se trata de direito de ação e sim de demandar.

É de suma importância dizer que o direito de ação, não se confunde com o direito de demandar, visto que o direito de ação é um direito político e, por ser um

direito público subjetivo está sujeita às condições da ação⁷, por isso, que o direito de ação é condicionado e o direito de demandar incondicionado, pois o que se busca é alcançar a verdadeira justiça social. Segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 45):

A iniciativa de parte, exigida para a formação do processo civil, chama-se demanda. Demanda é o ato com que se pede uma providência jurisdicional ao juiz; é o primeiro ato do processo, sem o qual ele inexistente. Como ato que é, não se confunde com a ação, que é um poder, mas constitui o primeiro ato de exercício desta. No sistema do Código de Processo Civil a iniciativa da parte para a formação do processo é invariavelmente instrumentalizada em petição escrita, com observância de certos requisitos indispensáveis. A petição inicial não é em si mesma a demanda e sim o papel escrito em que a demanda se corporifica. A petição inicial é o instrumento da demanda.

Na digníssima lição do i. doutrinador, José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 55):

O direito constitucional de ação assume importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não só ao mecanismo constitucional assegurado, mas também a eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração, o direito de acesso ao poder judiciário, previsto no artigo 5º XXXV, da Constituição Federal, não

⁷ As condições da ação segundo DINAMARCO, GRINOVER e CINTRA são: possibilidade jurídica do pedido: Às vezes, determinado pedido não tem menor condição de ser apreciado pelo poder judiciário, por que já excluído, a priori, pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países que não há divórcio, por exemplo, um pedido nesse sentido será juridicamente impossível. É importante dizer, que a tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência a universalização da jurisdição). Interesse de agir: Essa condição da ação está em que tendo o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade possa-se extrair algum resultado útil. É preciso, pois, que em cada caso concreto, haja o binômio necessidade/adequação. Legitimidade "ad causam": Significa dizer, que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Os casos excepcionais, autorizados em lei, caracterizam a chamada legitimação extraordinária.

será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo.

Conclui-se assim que, como já visto anteriormente, o direito e o Estado, modificam conforme as necessidades da sociedade, ou seja, a todo o momento, o direito se renova, a fim de alcançar os objetivos do Estado.

Desta forma, o Estado contemporâneo é um Estado democrático, onde o que se almeja é a pacificação social, e esta se concretiza através da jurisdição, que é o poder que tem o Estado de dirimir conflitos de interesse.

O Estado exerce esse poder através de um instrumento chamado processo. Insta salientar, que toda pessoa que tiver interesses em conflitos, tem o direito de buscar a via jurisdicional.

Um exemplo concreto disso é o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, pois através desse princípio, a Constituição Federal, possibilitou a todas as pessoas, independente de classe, cor, cultura ou situação econômica, um acesso à justiça.

Ocorre que, na atual conjuntura sócio – econômica – cultural, há uma imensa desigualdade, embora haja garantias que procuram igualar as pessoas, não se tem logrado êxito em alcançá-las, frente às inúmeras dificuldades do Estado contemporâneo .

Por isso é que atualmente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ampliou o simples direito de ação, pois através desse princípio, o interessado não tem apenas o direito de ação e sim, a garantia de que sua pretensão será atendida de forma justa, desde o início da ação até a sentença, ou seja, uma vez que a parte acionou a jurisdição, o juiz a partir daí, deve acompanhar e estar agindo até o julgamento final, para que se alcance a justiça.

Com efeito, maior será a justiça do pronunciamento jurisdicional se maior for à certeza que o sustenta. Tal certeza é averiguada através das provas, em função da busca da verdade real.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está intimamente ligado a inúmeras garantias constitucionais, especialmente ao princípio do contraditório e ampla defesa, e o princípio da igualdade entre as partes, para tanto é necessário falar sobre os tópicos a seguir.

4.2 O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

O Princípio do contraditório é também uma atuação de uma garantia fundamental de plena justiça. A maioria da doutrina entende estar ligado à própria noção de processo, ou melhor, está ligado ao próprio ato constitutivo, ou nascimento da relação jurídica processual.

Na definição de Chiovenda (2000, p. 349):

O ato constitutivo da relação processual é a demanda judicial; o momento em que existe uma demanda judicial, é, pois, também o momento que nasce a relação. Normalmente não se pode dispor sobre uma demanda sem ouvir ou citar devidamente à parte contra a qual se propôs (princípio do contraditório, *audiatur et altera pars*, CPC, art.38). Por isso a demanda judicial existe no momento em que se comunica regularmente à outra parte; nesse momento existe a relação processual.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LV assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa. O contraditório impõe a bilateralidade do processo, ou seja, em todos os atos do processo sempre que uma parte se manifestar, a parte contrária deverá ter direito de participar.

Na digníssima lição do i. doutrinador Carnelutti (2000, p. 91):

A ação não corresponde a uma parte, e sim a cada uma das duas. Sua bilateralidade é de sua utilidade. A atividade de cada parte no processo favorece a finalidade deste, sempre que se integrar a retificar por meio de contraditório.

A jurisdição sai da sua inércia quando é exercido o direito de ação, assim, no mesmo instante ela passa a fazer parte da relação processual com o fito de, realmente buscar a solução do litígio com justiça.

Assim, a partir do momento em que o Estado Juiz é acionado, ele passa a fazer parte da relação jurídica processual e conseqüentemente, a esfera da outra parte é interferida e, portanto, terá direito também a se defender. Isso se dá através do Contraditório e a Ampla defesa.

Esse direito de defesa, também tratado no texto constitucional como contraditório, permite a parte contrária o direito a uma defesa ampla, assim como o direito de ação é permitido ao autor de forma completa.

Sabe-se que no processo, a parte atua em seu próprio interesse, assim, não inspira confiança absoluta ao agir. Desta forma, poderá na maioria das vezes ocultar os fatos que possam ser-lhe desfavoráveis ou argüir fatos que lhe favoreçam.

Contudo, para que não haja prejuízo para parte contrária ou até mesmo assegurar a justiça no julgamento, é necessário que haja o contraditório, ou seja, a ação da outra parte que se encontra em conflito com o adversário, mesmo que esta oculte fatos também ao seu interesse, mas só assim haverá equilíbrio e justiça.

A garantia do contraditório e da Ampla Defesa é indispensável para uma perfeita distribuição de justiça e decorre da própria concepção de Ação. A ação se desenvolve de forma bilateral. A própria Carta Magna assegura essa bilateralidade ao possibilitar a manifestação de ambas às partes no litígio.

Os interesses dos litigantes são contrários, por isso a bilateralidade da ação se desenvolve de maneira recíproca, só assim haverá o acesso a uma ordem jurídica

justa. Por todo o exposto é que o contraditório é um dos princípios fundamentais do processo civil.

Insta salientar que, para cada parte há seus atos privativos, como também há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Ocorre que o que assegura o contraditório é a “*oportunidade*” de manifestação da parte contrária antes de proceder à decisão.

Somente com o contraditório efetivo é que se possibilita a igualdade substancial entre as partes, mediante a “paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo”.

Outrossim, através do contraditório, se completa o direito de defesa, que se substancia no interesse da parte que está no pólo passivo da ação e no interesse do Estado que busca apenas a pacificação com justiça dos conflitos de interesses.

Na lição de Oliveira (1999, p. 135-136)

Embora conferida ao juiz, pelo artigo 130 do CPC, a faculdade de determinar as provas necessárias à instrução do processo, para que documento juntado aos autos, por sua iniciativa, possa servir de base para a sentença, dele deve ser dada vista às partes, a fim de que tenham oportunidade de argüir eventuais vícios que o mesmo possa ter, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Ademais, no Estado contemporâneo, este princípio aprimora-se a cada dia, pois é dado às partes paridade de armas, ou seja, o demandado poderá desenvolver a atividade processual plena, sucessivamente antes que o provimento se torne definitivo.

Assim, ao se manifestar uma parte do litígio pela própria finalidade do Estado Democrático de Direito, deve a outra parte ter oportunidade de também se defender, ou melhor, mostrar o seu lado, para que se alcance o acesso a uma ordem jurídica justa, isso quer dizer que aquele que vem ao processo para se defender, deve ter

uma defesa real e completa, ou seja, deverá ter a sua disposição, todos os aparatos para que mostre a sua versão.

Como bem preleciona o doutrinador, Vicente Greco (1994, p. 46):

O contraditório que é o instrumento técnico da ampla defesa, deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto Constitucional anterior.

É importante dizer que, os ideais do Estado liberal influenciaram no direito. Nesse sentido, por princípio do contraditório entendia-se apenas a defesa da parte contrária. Não havia espaço ao juiz para a sua participação.

Contudo, com o surgimento do Estado Democrático de Direito e as finalidades almeçadas por ele, o liberalismo foi perdendo força e assim, surgiu uma nova concepção de poder, visando sempre a paz social e a pacificação com justiça.

Ocorrendo tal mudança no Estado, conseqüentemente houve a mudança do direito, que estão intimamente ligados, desta forma, o juiz passou a fazer parte do contraditório, pois só assim é que se pode alcançar a finalidade precípua do Estado e exercer de forma plena à jurisdição. Essa postura ativa do magistrado não fere o contraditório e sim traz a efetividade da jurisdição.

Como já dito, o contraditório, possibilita as partes à paridade de armas, portanto, a intervenção do juiz busca apenas torná-las iguais e não desiguais. Para tanto, é necessário a intervenção mais ativa do magistrado, para que sejam supridas as desigualdades, haja vista, que o contraditório deve ser amplo e eficaz e, para tanto, o magistrado deve participar, para que se alcance a verdade real dos fatos.

É necessário conceder às partes a igualdade jurídica real e não meramente formal, para tanto, se faz necessário a participação do magistrado para que supra as desigualdades.

É notório que, sempre que se menciona o contraditório, menciona-se também a ampla defesa, isto quer dizer, que ambos não podem ser estudados separadamente, pois estão ligados intimamente. A própria constituição não os separa.

Por fim, é importante dizer que, o princípio do contraditório e da ampla defesa relacionam-se intimamente com as demais garantias constitucionais, bem como, o princípio da igualdade entre as partes e o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, haja vista, que o princípio da igualdade entre as partes não fere o princípio do contraditório, pois estão completamente ligados.

Portanto, necessário se faz uma breve explanação sobre o princípio da igualdade entre as partes.

4.3 Princípio da Igualdade entre as partes.

Foi visto durante a explanação sobre os tipos de Estado, que no Estado Liberal não se admitia privilégios de igualdade, por isso que a burguesia, jamais postulou um regime de igualdade contraria a seus interesses, haja vista que, a parte mais humilde, os trabalhadores, foram os prejudicados.

Assim, necessário se faz um breve relato sobre o princípio ou garantia da igualdade, pois esta constitui o signo da democracia, ou seja, é através da igualdade que se chega a um real Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, caput, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não somente no artigo 5º, mas também no artigo 7º traz normas sobre a igualdade buscando a igualização dos desiguais, partindo sempre do pressuposto, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades.

Como bem preleciona o i. doutrinador Vicente Greco Filho (1994, p. 63):

A igualdade jurídica instituída no inciso I do artigo 5º da Constituição impõe uma igualdade de tratamento das partes em juízo, merecendo algumas observações. O conceito de igualdade porém, não é absoluto, porquanto dar tratamento desigual a iguais. No mesmo sentido de justiça distributiva de Aristóteles e do princípio geral do direito vindo do direito Romano, no processo civil, também repercute o mecanismo de compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial.

Desta forma, observa-se que a regra é de que todos são iguais perante a Lei, inclusive quando se tratar de partes em juízo. Ocorre que, não é um conceito de igualdade absoluta, pois já se sabe que no Estado contemporâneo, muitas são as desigualdades econômicas, sociais, políticas, culturais e para tanto, para que se chegue a um consenso e a uma igualdade justa, necessário se faz tratar os desiguais desigualmente.

Nesse sentido está a lição de Alexandre Moraes (2000, p. 62):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela Lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são as certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado, por Fábio Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal”.

O Artigo 5º inciso I da Constituição Federal impõe como premissa uma igualdade de tratamento das partes em juízo, ou seja, perante o juiz.

Todavia, como já dito acima, essa igualdade não é e não pode ser absoluta, quando no mesmo processo, partes com poderes econômicos diferentes disputarem o mesmo objeto.

Nesse sentido está a lição de Grinover *et.al.* (1998, p. 54):

A absoluta igualdade jurídica 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 pugna pela igualdade proporcional, a qual, significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

Assim, necessário se faz a aparente quebra do princípio da igualdade formal, obedecendo ao princípio da igualdade real e proporcional, concedendo tratamento desigual aos desiguais, para que se atinja a igualdade substancial e justamente para alcançar a finalidade de um Estado Democrático de Direito, resolvendo os conflitos de interesse com justiça.

Insta salientar que, este tratamento desigual também não é absoluto, ou seja, deve haver uma certa proporcionalidade e necessidade para se restabelecer um certo equilíbrio entre os litigantes que não se encontram em igualdade de condições. Por isso, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais; há quem entenda ser inconstitucional por ferir até o princípio do contraditório.

Todavia, a experiência tem demonstrado tão somente a igualdade formal entre as partes, o que não satisfaz o jurista, pois impossível assim, alcançar o fim social do direito.

Portanto, os tratamentos normativos e processuais diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma

finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado, sob a óptica de um acesso a uma ordem jurídica justa.

Para o i. doutrinador, José Roberto dos Santos Bedaque (1994, p. 72):

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

Verifica-se no decorrer do presente trabalho que, no Estado contemporâneo, muitas são as dificuldades e, que há uma desigualdade assustadora tanto econômica quanto cultural, e com isso, impedem de se alcançar o fim precípua da democracia, portanto, necessário se faz utilizar-se de princípios constitucionais que assegurem a dignidade da pessoa humana para que se resolva determinada dificuldade.

Um exemplo claro é a questão das regras que asseguram a real igualdade entre os litigantes na plena disponibilidade das provas. É notório que essa regra não mais se enquadra na atual conjuntura, pois como demonstrado pode, levar às partes a um desequilíbrio, pois muitas vezes a pessoa hipossuficiente se omite na instrução do feito por fatores econômicos ou culturais.

A igualdade entre as partes no processo, inclusive na fase probatória deve ser observada para a garantia da igualdade substancial e conseqüentemente o acesso à ordem jurídica justa.

É de suma importância a explanação dos próximos itens, para que se demonstre, que o julgador tem poderes para agir em situações como as acima descritas, ou seja, nos casos em que as partes são desiguais, não só podem agir, como devem, para que se assegure a dignidade humana e se alcance a finalidade do Estado contemporâneo, que é a pacificação social com justiça.

É nesse contexto, que se fundamenta a questão do ativismo judicial, para que se alcance os ideais de justiça advindos do Estado Democrático de Direito.

5 PODERES DO JUIZ NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

5.1 Prova – Considerações

Para que se permita expor os demais tópicos é necessário uma breve explanação sobre a prova, ou seja, o conceito de prova, o seu objeto, a sua finalidade.

A prova⁸ é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.

Hélio Campo (1994, p. 17) conceitua prova da seguinte forma:

Na linguagem vulgar, não se distanciando muito de suas raízes, prova é sinônimo de ensaio, experiência e confrontação. Na terminologia jurídica, o vocábulo é normalmente utilizado em duas acepções: subjetivamente, que consiste na convicção ou certeza da existência da ou inexistência de um fato, e objetivamente, que diz respeito a tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato.

Já Carnelutti *apud* Campo (1998, p. 17), conceitua prova da seguinte forma:

Tomando por premissa a finalidade da prova, chega a asseverar, conceitualmente, que ela nada mais significa senão “o instrumento que serve para o controle”, controle este que diz respeito aos resultados utilizados

⁸ O Vocábulo da prova, derivado do verbo probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), advém do latim, proba, que tem uma gama acentuada de significados: ensaio, argumento, razão. aprovação, confirmação.

pelos meios de prova, já que para ele alegação provada é sinônimo de afirmação controlada.

Sabe-se que, toda a pretensão pretende-se a algum fato em que se fundamenta. O autor levando-a em juízo, a ele incumbe demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de base. Assim, a prova é um elemento que leva o conhecimento de um fato a alguém.

Descreve as Ordenações Filipinas *apud* Grinover *et.al.* (1999, p. 347): “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”.

Assim verifica-se que as provas são elementos que levam ao juiz o conhecimento de fatos para que permitam um eficaz julgamento. Elas são a formação do convencimento do magistrado no processo, trata-se de autêntica matéria processual.

Há quem entenda que o objeto das provas são os fatos, todavia a questão não é pacífica, Carnelutti (1971, p. 145) *apud* Márcio Hélio Campo (1994, p. 18) entende da seguinte forma:

Após salientar que o costume é se falar em provar os fatos, assevera que o correto é dizer-se que se prova um juízo, pois “es el juicio el que se pone prueba”. Na mesma trilha de Carnelutti segue Sentis Melendo, referido por Baptista da Silva (1991 p.280): “Os fatos não se provam, os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos”.

Na digníssima lição de Carnelutti (2000, p. 495):

Provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação, quando se fala em provar um fato, ocorre

assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado. Como os meios para a verificação são as razões, esta atividade se resume na contribuição de razões.

É importante salientar que, a prova não se trata de um mero procedimento, mas sim um elemento sensível capaz de fundamentar uma razão.

Cabe ressaltar ainda que, a Lide é uma relação jurídica processual, que se constitui através de dois elementos, as partes e seus auxiliares e o juiz e seus auxiliares, formando assim o processo. A prova seria um terceiro elemento a compor o processo.

O direito em tese é favorável a alguém, mas nada adianta ser favorável se alguém não consegue demonstrar que se encontra numa situação que depende da norma.

O objeto da prova é o fato que deve ser verificado. A prova não é conhecimento e sim reconhecimento.

Através das provas é que se verifica a pretensão formulada em juízo pelas partes no litígio. A finalidade primordial destas é o convencimento do juiz, a quem é destinada. No processo sua finalidade é prática, convencer o juiz. Elas auxiliam o juiz a reconstituir os fatos com o fito de apurar a verdade alegada pelos litigantes.

Segundo Vicente Greco (1994, p. 177):

Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos à atividade probatória. Em primeiro lugar apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstra-los; Além dos pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes. Não estão sujeitos a prova os fatos notórios. Ainda somente serão objeto de prova os fatos controvertidos. Finalmente independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Em resumo conclui-se que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos a presunção legal.

Por todo o exposto, entende-se que a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato pretendida pelas partes em juízo, com o fito de possibilitar a justiça no julgamento.⁹

5.2 As Regras do Ônus da Provas

Destaca-se nos tópicos anteriores o instituto processual da prova. Restou demonstrado o conceito, a finalidade, o objeto da prova, quais os fatos podem ser provados, etc... .Desta forma, é de suma necessidade, fazer uma explanação sobre a responsabilidade ou o encargo de provar, ou seja, o ônus de provar¹⁰ os fatos afirmados em uma Lide. Primeiramente é importante explicar o ônus da prova como regra de julgamento.

Na lição de Lopes (2000, p. 43):

⁹ Fatos pertinentes são aqueles relacionados à causa. Já os impertinentes são os fatos não relacionados à causa. Fatos relevantes são os que podem incluir na decisão da causa em diferentes graus. Já os irrelevantes são aqueles impertinentes a causa. O fato notório é aquele de conhecimento geral. Todavia, para a dispensa da prova, não há necessidade de que a notoriedade seja absoluta, ou seja, que o conhecimento seja de todos, basta à notoriedade relativa, local ou regional. Fatos controvertidos são aqueles fatos alegados e não aceito pela parte contrária. Já os fatos incontroversos são aqueles alegados por uma parte e aceitos pela parte contrária, ainda que tacitamente. Fato cujo valor milita presunção legal são aqueles que a lei da como verdadeiro determinado fato.

¹⁰ Nos dizeres de Moacyr Amaral Santos o ônus da Prova significa: “ônus -do Latim ônus- quer dizer: carga, fardo, peso. Ônus probandi traduz-se apropriadamente por dever provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados. Já nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 204): “ônus é, por definição, um imperativo do próprio interesse (James Goldschmidt). É encargo ou peso. Em língua Espanhola a palavra correspondente a ônus é carga (carga de la prueba). Em Alemão é Last, literalmente traduzida por peso (Beweislast é ônus da prova).

Havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo.

Desta forma, verifica-se que o magistrado no momento da produção da prova, não se preocupa com a questão do ônus da prova, ou seja, não diz a quem incumbe tal ônus, pois este tema só será objeto de indagação por ocasião do julgamento.

Assim, provado o fato pelo autor, pelo réu ou por iniciativa do juiz, nenhum interesse haverá na discussão do ônus da prova.

Insta salientar que, a doutrina moderna confere ao juiz papel relevante na produção da prova e para adentrar esse assunto, é necessário à explanação sobre o ônus da prova.

Em regra, estabelece o artigo 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. Ao autor compete demonstrar o fato constitutivo do seu direito; ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

Sabe-se, como já indagado, que toda pretensão levada a juízo tem por fundamento um fato, o autor formula o pedido e espera uma prestação jurisdicional justa.

Ocorre que, muitas vezes, ou seja, de forma constante, o autor ao formular um fato, não cumpre com a verdade. Não se sabe se a parte que tem interesse no litígio estará sempre dizendo o que realmente ocorreu de fato. Para tanto, se faz necessário à prova.

Assim, a regra no processo civil é de que as partes envolvidas na relação processual é que indicam as provas que pretendem produzir para demonstrar os

fatos, o direito que pleiteiam e, cooperar no convencimento do magistrado no seu julgamento.

No entanto, cabe ao autor provar os fatos por ele alegados por ser o iniciador da lide. Todavia, não só a ele, mas ao demandado também, ou seja, cabe ao demandante, quanto ao fato constitutivo de direito e ao demandado, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito.

Nesse sentido preleciona o i. doutrinador, Chiovenda (2002, p. 140):

Sem embargo, nem toda prova que se torne necessária no processo para influir a convicção do juiz é incumbida ao autor. Quando o réu não se limita a negar o direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, toca-lhe provar o fato extintivo e outro tanto ocorre quanto aos fatos impeditivos. Essa é uma regra que encontramos aplicada também em nosso direito comum.

Nesse contexto está inserido a repartição do ônus da prova. Afirmado um fato, o juiz tem que decidir levando-o em consideração; mas antes de tudo tem que considerá-lo como existente ou inexistente. Assim, o interesse quanto à prova é bilateral, já que uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em proporcionar a prova sobre o mesmo; uma das partes prova a existência do fato e a parte contrária à inexistência.

É importante reprimir que, o direito evolui de acordo com as necessidades e as finalidades almejadas pelo Estado e pela sociedade, assim, não seria diferente com o ônus da prova, pois a partir do direito romano tais regras passaram por inúmeras transformações.

No Estado contemporâneo, em respeito a um acesso a uma ordem jurídica justa e ao princípio fundamental da igualdade, ou seja, paridade de tratamento entre as partes, é que concluíram os juristas de que o ônus da prova como acima gizado, cabe as partes e não só ao autor.

Assim, cada parte almejando um resultado útil e justo do processo é que poderá influenciar na decisão do magistrado.

Segundo Betti *apud* Santos (1994, p. 24):

A repartição do ônus da prova acompanha paralelamente a repartição do ônus da afirmação e da demanda e se inspira no critério de igualdade entre as partes. “Como o ônus do pedido da ação e da exceção se coordena o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação se coordena o ônus da prova”. Quem pede ao juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizem o pedido, logo tem o ônus de provar os fatos afirmados. Assim, tem o autor o ônus da ação. Igualmente quem contesta, o réu, se não se limita a negar a existência dos fatos deduzidos como fundamento da ação, tem o ônus de afirmar outros fatos que, sem excluir a existência daqueles, elidam sua eficácia jurídica.

No entanto, conclui-se que na verdade o ônus de provar os fatos alegados em juízo não incumbe de maneira exclusiva, nem ao autor e nem ao réu; reparte-se, ao contrário, entre um e outro. Tudo isso, para que se alcance à verdadeira justiça.

Todavia, somente às partes concedido o ônus da prova não é suficiente para que se alcance o ideal de justiça. Desta forma, necessário se faz falar sobre os poderes do juiz na instrução probatória.

Fala-se nos poderes do juiz na instrução probatória, pois diante de um conflito de interesses, será através das provas demonstrada a verdade real dos fatos; assim, pode-se entender que, o ônus da prova segundo Cândido Rangel Dinamarco *et. al.*(1998, p 76): “é um dos temas mais elegantes, delicados e importantes da disciplina da prova em processo civil”.

É por isso que se faz necessário e importante expor sobre o papel do juiz na instrução da prova, pois é através dela que, o juiz forma a sua convicção sobre os fatos narrados para julgar de forma eficaz e justa. Assim, a instrução da causa é que determina a decisão do julgador.

5.3 O Papel do Juiz na instrução da prova.

Os poderes instrutórios têm a finalidade de instruir a causa, o juiz admite ou não as provas através desses poderes.

Já foi analisado que o Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social, e que, para tanto exerce uma função voltada para esse fim “*jurisdição*”.

Restou demonstrado também que, o instrumento que possibilita a atuação da regra jurídica para o caso concreto se chama “*processo*”.

Assim, o processo é um fenômeno que está voltado para um só objetivo: a atuação do direito, com o que estará garantido a paz social.

Portanto, se assim é, não só às partes devem ser concedidos poderes instrutórios, pois não só elas têm interesse no resultado útil do processo, pois o resultado justo interessa muito mais ao Estado que, para tornar possível a convivência das pessoas em sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento jurídico por ele criado.

Conclui-se que o verdadeiro desiderato do processo é dirimir o conflito de interesses postos a apreciação do poder judiciário.

É importante dizer, que o processo possui uma dupla finalidade: uma, de natureza pública, quando a prestação jurisdicional do Estado-Juiz tenha por desiderato trazer a paz social no âmago da sociedade; e outra de natureza privada, quando objetiva a solução da lide.

O artigo 130 do Código de Processo Civil traz a visão social do processo através dos poderes instrutórios gerais do juiz.

Senão Vejamos:

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.

Essa regra na concepção da doutrina moderna seria a libertação do juiz na busca da verdade real do justo. Nesse artigo acima está determinada a possibilidade do juiz pesquisar, objetivando a ampla investigação da verdade real para constatar da veracidade as provas produzidas pela parte.

Desta forma verifica-se que a regra que o ônus de provar pertence às partes, não é absoluta, porque vige a regra da aquisição da prova pela qual a prova de uma afirmação é sempre levada em conta pelo juiz, ainda que não haja sido produzida pela parte que tinha o encargo de produzi-la.

Insta salientar que antigamente isto não era possível, pois na visão privatista do código de 1939, o social estava nitidamente isolado. O juiz encontrava-se adstrito às provas que as partes carregavam no bojo do processo, devido ao caráter individualista da época.

Contudo, tendo fim o Estado liberal as ideologias individualistas foram enfraquecendo e o Estado passou a exercer poder sobre a solução de conflitos, ou seja, passou a interferir através da jurisdição. Assim, a queda do liberalismo deu ensejo ao Estado social e conseqüentemente a finalidade do processo para que se alcance o fim social, ou seja, a pacificação.

Foram inúmeras mudanças na sociedade até o Estado contemporâneo e, como já dito, o Direito acompanha as mudanças do Estado e da sociedade.

Por isso é que hoje, 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 Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, preceitua da seguinte forma: “o juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”.

É importante dizer, que essa modificação vem ocorrendo, pois segundo Barbi (1986, p.189):

À medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderantemente das partes, passou a ser visto principalmente como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou. 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 prova dos fatos da causa.

Assim, parte da doutrina procura relevar que a tarefa da instrução probatória incumbe as partes, cabendo ao juiz somente a verificação e valorização destas.

É cediço dizer que, a doutrina tradicional tem a preocupação em destacar que o juiz não deve assumir a tarefa de investigação dos fatos, pois é sujeito imparcial na relação jurídico processual. Desta forma, entendem que o magistrado em na da deve contribuir para um melhor esclarecimento dos fatos devendo se ater ao material probatório fornecido pelas partes.

Já para doutrina moderna, que se preocupou com a modificação da sociedade atual e, em razão da publicização do processo e seu efetivo resultado verificou-se uma forte reação contra as teorias tradicionais, as quais possibilitou uma participação

mais ativa do magistrado, ou seja, resultou fortalecimento nos poderes do juiz na instrução da prova.

Miranda apud Lopes (2000, p.67): “ressalta não poder o juiz substituir as partes na atividade probatória, conquanto lhe seja facultado determinar provas de ofício em matéria de ordem pública ou em caso de perplexidade”.

O Estado contemporâneo, ou seja, a atual Constituição federal promete assegurar a igualdade de todos perante a lei, inclusive das partes na relação jurídica processual. Nesse aspecto, está compreendida a tutela jurídica de qualquer lesão de direito individual.

Todavia, a igualdade dentro do processo entre as partes na atual conjuntura, não se efetiva mediante a desigualdade econômica. Esta igualdade se efetiva apenas formalmente e juridicamente.

Nos dizeres de Souza (1987, p.54):

Mais se exige do juiz no processo moderno, em que desempenha papel dinâmico, atuando como componente social, para garantir efetiva igualdade das partes na demanda e no acesso aos tribunais (direito dos pobres), e na sua alteração íntima das sentenças judiciais em vista de maior equilíbrio social.

Assim, entende-se que a igualdade que se deve buscar no processo entre as partes, é a igualdade real e não meramente formal.

Insta salientar, que o poder assistencial do juiz, não desigualdade as partes, nem mesmo inverte o ônus da prova, tão somente favorece a parte hipossuficiente, ou seja, àquela mais necessitada de assistência, quando houver dúvidas nos dados considerados para a solução da lide.

O Juiz atualmente com os seus poderes instrutórios, não é mais um mero espectador do processo, ele passou a ser um protagonista atuando como agente de transformação social.

A aplicação dos poderes instrutórios do juiz traz a solução para o litígio de uma forma mais justa no atendimento dos anseios da sociedade.

O que se tem discutido até hoje, é como compatibilizar a existência em um mesmo ordenamento jurídico processual de poderes dispositivos (art. 333, I e II- CPC) com poderes instrutórios do juiz (art. 130 CPC).

Na realidade, não existe essa contradição entre os artigos 130 e 333 do mesmo Códex, pois conclui-se que o artigo 333 nada mais é do que uma complementação do chamado princípio do dispositivo da demanda, ou seja, se eu provoco a atividade jurisdicional do Estado – Juiz, tenho que expor os fatos e os fundamentos jurídicos.

Assim como já dito anteriormente, o que o artigo 333 exige do autor é a prova dos fatos alegados, ou seja, que o autor prove o fato constitutivo do seu direito através de elementos probatórios. Desta forma, o autor provará que o direito que alega é existente. Por sua vez, através da contestação, deverá provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto, é de se observar que as especificações previstas no artigo 333, do CPC, as quais estão ligadas ao princípio do dispositivo ou da demanda, não afetam em nada o estabelecido no artigo 130 do mesmo Diploma Legal, pois o autor deve indicar os elementos probatórios existentes dos fatos alegados na exordial, sob pena de sua petição ser considerada inepta e, portanto, inviável a receber a tutela jurisdicional.

A finalidade primordial dos poderes instrutórios do magistrado previsto no artigo supramencionado é de instruir a causa. Assim, o juiz exerce o juízo de admissibilidade das provas, defere a sua produção ou não e, também determina de ofício a produção.

O próprio artigo 130 do CPC confere ao juiz determinar provas necessárias à instrução probatória ou a requerimento das partes.

O poder instrutório do juiz, principalmente de determinar “ex officio” a realização de provas que entender pertinente, não configura como exceção ao princípio dispositivo.

Portanto, entende-se que o juiz tem o poder, inclusive de indeferir toda e qualquer prova que entender inútil, velando assim, pela rápida solução da lide e a prolação de sua sentença visando o interesse social.

Por outra banda, restará demonstrado no decorrer do presente trabalho que, o magistrado ao utilizar seus poderes na instrução de uma causa justa, não irá perder a sua imparcialidade imprescindível e tão exigida, pois o que se busca no Estado contemporâneo é a verdade real usando os seus poderes instrutórios sem, no entanto, vulnerar os aspectos constantes no artigo 333 do CPC, onde está acostado o princípio do dispositivo.

Há até hoje uma enorme dificuldade em compatibilizar o artigo 130 com o artigo 333 ambos do mesmo diploma de processo civil, pois a doutrina tradicional, ou seja, mais arcaica, tem uma grande resistência em admitir a iniciativa probatória de officio.

Como bem preleciona o doutrinador Bedaque (2001, p.116) ao citar o entendimento da doutrina tradicional:

Costuma a doutrina brasileira afirmar que a possibilidade de o juiz de officio, determinar a realização de provas, deve ser entendida em conformidade com as regras sobre o ônus de sua produção. Ou seja, diante da omissão da parte na apresentação da prova que lhe competia, o provimento ser-lhe-á desfavorável, não devendo o juiz diligenciar no sentido de complementar a instrução. Diz-se que as regras referentes ao ônus da prova implicam limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova. O artigo 130, somente seria aplicado, portanto, quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo o seu convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova. A outorga de poderes ilimitados ao juiz traria como consequência o abandono da teoria adotada no artigo 333, que se baseia na igualdade das partes.

Para o pensamento de ainda muitos estudiosos do direito, se o juiz determinar a realização de provas frente a um resultado probatório negativo, estaria prevalecendo uma das partes e em conseqüência, ferindo princípios há muito tempo construídos, bem como, o princípio do contraditório, da igualdade entre as partes, do dispositivo, da imparcialidade.

Assim, se faz necessário falar sobre os posicionamentos da doutrina pátria, ou seja, a contradição existente sobre o papel do juiz na instrução da prova.

5.4 Posicionamentos da doutrina pátria. Tradicional e ativista.

Como já dito anteriormente, nota-se na doutrina brasileira uma resistência à iniciativa probatória oficial. É nesse sentido que se explica o pensamento da doutrina tradicional, ou seja, mais arcaica.

A explicação para o pensamento de inúmeros respeitados doutrinadores, vem do direito antigo, onde vigoravam normas inaceitáveis para a ciência processual atual. O processo era visto de forma privatista. O Estado em nada interferia, isso se dava no Estado Liberal, em meados do século XIX.

O juiz na época do Estado Liberal julgava o que achava provado entre uma e outra parte, não interferia de forma alguma, mesmo que seu pensamento fosse contrário ao das partes. Não havia espaço para participação do magistrado mais ativa, o processo era influenciado por concepções liberais.

A doutrina tradicional insistia e insiste até hoje em afirmar que, os poderes instrutórios do juiz elencados antigamente no artigo 117 e atualmente no 130 do estatuto Processual Civil são meramente supletivos, ou seja, subsidiários em relação ao direito das partes em provar os seus direitos.

Ademais, entendem que as regras referentes ao ônus da prova implicam em um limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na instrução da prova, ou seja, interpretam de forma restrita e que somente o artigo 130 do CPC seria aplicado após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, pois, se permanecessem ainda dúvidas no magistrado impossibilitado assim de julgar.

Na concepção de parte dos estudiosos do direito, a livre iniciativa em instruir a causa dada ao juiz traria como consequência o abandono da teoria adotada pelo artigo 333 do CPC e, assim feriria princípios como o da igualdade e do contraditório, pois estaria de certa forma substituindo uma das partes, trazendo assim desequilíbrio entre elas, pois beneficiaria uma delas.

É de se respeitar tal posicionamento, inclusive por ser adotado por respeitados aplicadores do direito, todavia, trata-se de uma postura formal e arcaica, pois não condiz com a atual finalidade do processo, qual seja, a realização da paz social e justiça.

No próprio entendimento de Bedaque (2001), o pensamento da doutrina tradicional é de certa forma respeitável, mas um tanto arcaico, pois, as normas devem ser interpretadas em conformidade com a evolução e dificuldades de uma sociedade e o mais importante, ser interpretada em conformidade com a finalidade do processo, qual seja, a efetivação do direito substancial e a pacificação social.

Atualmente entende-se que é necessário o conhecimento da evolução das sociedades humanas e da complexidade crescente das organizações sociais, das diversas formas e sistemas de governo, e todas as situações estabelecidas através dos tempos, pois, todos esses fatores influenciaram no papel do juiz através da história e, conseqüentemente no papel do juiz no mundo atual.

Há, no entanto, entendimento oposto ao da doutrina tradicional. Trata-se de um pensamento moderno. Estes defendem a instrução probatória de ofício pelo juiz, com o fito de proporcionar um julgamento justo e compatível com as finalidades do Estado democrático de direito.

Este pensamento moderno segue a linha de que inúmeras mudanças ocorreram nas sociedades nos Estados e conseqüentemente no direito. Assim,

ampliou-se também o poder do juiz frente ao processo e principalmente na instrução da prova houve uma maior participação do juiz no decorrer do processo.

Para esse posicionamento, as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja a efetivação do direito substancial, não vêem na iniciativa do juiz instrutória uma atividade subsidiária ou substitutiva das partes.

Por outra banda, o juiz não estaria ferindo princípios e regras processuais, como a do ônus da prova, pois as regras de distribuição do ônus da prova devem ser levadas em consideração pelo magistrado no momento do julgamento, como já explanado em outro tópico. As regras de julgamento destinam-se a fornecer ao legislador meios de proferir a decisão quando os fatos restarem insuficientes.

Assim, não se deve utilizar as regras do ônus da prova descrita no artigo 333 do CPC durante toda a instrução, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, esta deve ser aplicada somente após tudo feito no sentido de se obter a prova dos fatos, pois as regras do ônus da prova constituem a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir.

Por isso, as regras do artigo 333 do CPC devem ser utilizadas quando do julgamento. Enquanto isso, na instrução, tanto o juiz como as partes, têm interesse na correta demonstração dos fatos para que se possibilite um correto e justo julgamento.

Esse posicionamento moderno baseia-se ao dizer que o magistrado não só pode, mas como deve agir de ofício e amplamente, na finalidade do processo atual, ou seja, que o processo não é interesse apenas das partes, mas de toda a sociedade e inclusive do Estado ao almejar a justiça e paz social.

O Estado contemporâneo é democrático e busca a paz e a justiça, contudo, o excesso de formalismo advindo do Estado Liberal, não dá liberdade ao juiz de instruir a causa com o fito de realmente julgar com justiça.

Portanto, para a efetividade do processo e a concretização da justiça, necessário se faz a participação mais ativa do magistrado no processo e, conseqüentemente na instrução probatória.

Prova disso são os dizeres de inúmeros doutrinadores, bem como preleciona Souza (1987, p.54):

Mais se exige do juiz no processo moderno, em que desempenha papel dinâmico, atuando como componente social, para garantir a efetiva igualdade das partes na demanda e no acesso aos tribunais (direito dos pobres), e na alteração intima das sentenças judiciais em vista de maior equilíbrio social.

Por outro lado, a atual Carta Magna promete assegurar a igualdade de todos perante a Lei, porém, essa igualdade no processo atual não tem sido efetiva, mas meramente formal, sendo afetada pela desigualdade das partes. É nesse sentido que se defende a posição mais ativa do magistrado na instrução da prova, pois existem inúmeras desigualdades.

Não se deve negar, que há uma grande divergência ainda na doutrina, mas o posicionamento ativista vem ganhando espaço, prova disso foi a criação da Lei 9.099/95 que trata dos juizados especiais que ampliou os poderes do juiz para direção da causa de maneira menos formal, dentre outras.

A doutrina moderna se justifica em entender que o juiz não só pode, mas deve agir de ofício na instrução probatória. O que se entende é que o Magistrado tanto pode como deve agir nos casos em que há dificuldade de uma das partes realizar uma prova, pois com isso, estaria respeitando o princípio da isonomia.

Exemplos claros dessa questão são os casos concretos de ações de investigação de paternidade, onde na maioria das vezes há uma parte hipossuficiente e que necessita realizar o exame de DNA na cidade de São Paulo com o fito de comprovar a paternidade.

Ocorre que, na maioria das vezes, não possuem condições financeiras para comprar passagens e com isso, deixam de submeter-se ao exame e acabam prejudicadas.

São nesses casos, como o acima gizado, que o Juiz deveria agir, deferindo os pedidos de concessão de passagens para a realização de tal exame, que no Estado de São Paulo só se realiza na Capital. Neste caso, não estaria ferindo nenhum dos princípios, muito pelo contrário, estaria respeitando a igualdade entre as partes tão almejada no processo atual.

Insta salientar que nesse caso, há fundamento jurídico que possibilita ao magistrado a conceder o requerimento de passagens e este se encontra descrito no comunicado nº 04/2002, que diz:

“O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador, Doutor Sérgio Augusto Nigro Conceição manda que sejam observados durante o exercício de 2002, as instruções da tabela, referente à emissão de requisições de passagens e transportes aéreos, rodoviários e ferroviários, à conta da dotação consignada no subelomento 3.4.90.33.45, do orçamento deste Tribunal”.

O artigo 1º e seguintes dessa instrução do comunicado nº 04 de 02/01/2002, dizem respeito à possibilidade de requisição de passagens de transportes, aéreos, rodoviários e ferroviários, à conta de verba do Tribunal de Justiça, as autoridades competentes mencionadas na tabela.

A tabela que se refere ao ato de 02 de Janeiro de 2002, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, referente à requisição de passagens, diz, que nas comarcas em que se encontrarem, são competentes os Juízes de Direito e Substitutos, para a concessão de passagens.

Ainda cabe ressaltar que o Artigo 4º desse comunicado, diz:

Art.4º As requisições de transportes para exames médicos, visitas em hospitais, casa de criança, presídios, reformatórios e outros, serão aceitas somente para pessoas sem recurso financeiros, cabendo ao requisitante, nesse caso, mencionar o fato da requisição.

Fica clarividente neste caso que há possibilidade do Magistrado agir, pois, tem esse poder, no caso em tela foi conferido pelo Tribunal de Justiça e ainda verificou-se a possibilidade da concessão gratuita para os hipossuficientes.

Ocorre que, muitas vezes por entender a afronta ao princípio da imparcialidade, muitos juízes não têm concedido estas passagens, mesmo havendo a possibilidade.

Por outro lado, há magistrados que têm concedido a requisição de passagens para a parte hipossuficiente, pois, assim, entendem estar aplicando a verdadeira justiça, igualando as partes naquilo que as tornam desiguais.

Importante se faz demonstrar a decisão do Juiz da Primeira Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente no processo nº 1.517/2001 que no caso concreto concedeu as passagens, veja-se:

Atendendo ao requerido nos autos da ação de Investigação de Paternidade, de acordo com o comunicado nº 05/2001, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, art.4º da Tabela A, requisito da Vossa Senhoria às providências que se fizerem necessárias, para o fim de fornecer passagens necessárias ao deslocamento do autor e de sua representante legal, até o local da perícia, na cidade de São Paulo/Capital, junto ao IMESC, situado na Rua Barra Funda, 824.

Como já dito anteriormente nos outros tópicos, a maior resistência da doutrina tradicional e a grande discussão entre os posicionamentos, está em que:

Um magistrado agindo de ofício na instrução da prova fere o princípio da imparcialidade? Fere o princípio do dispositivo? Fere a regra dos ônus da prova elencada no artigo 333 do CPC?

Assim, para que se busque a resolução dessa discussão, necessário, é a explanação dos próximos tópicos, ou seja, necessário se faz falar sobre o Princípio da Imparcialidade e do alcance do princípio do dispositivo, pois sobre o ônus da prova, já restou demonstrado que o juiz ao agir de ofício na instrução probatória, não fere a regra elencada no artigo 333 do Código de Processo Civil.

5.5 O Princípio da Imparcialidade.

O Princípio da imparcialidade não está expressamente descrito na Constituição Federal de 1988. Ele aparece de forma implícita no preceito que veda a criação de juízo ou tribunal de exceção¹¹ e no princípio que garante o juiz natural (artigo 5, incisos XXXVII e LIII, CF/88).

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.222):

¹¹ Proíbe a Constituição Federal a criação de tribunais de exceção (art.5º, XXXVII). Não se deve confundir as justiças especiais com os chamados tribunais de exceção. As justiças especiais são previstas na própria Constituição para o julgamento de determinadas causas, que são a justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar. A proibição dos juízes de exceção refere-se à eventual criação de órgãos específicos para a decisão civil e penal de casos determinados, fora da estrutura do poder judiciário e, evidente, sem as garantias de investidura e exercício. Os tribunais de exceção normalmente são instituídos em período revolucionário, para o julgamento de fatos políticos, e estão afastados pelo texto constitucional, que definiu quais os órgãos do Poder Judiciário e a competência básica das justiças especial e comum.

A criação dos juízos de exceção viola também, o princípio do juiz natural. O princípio do Juiz natural, ademais, por força do princípio da isonomia, não deve ser destacado para casos determinados, mas naturalmente ter a competência para todos os que ocorrerem nas mesmas condições na circunscrição de sua atuação. 3) Ligados à proibição dos tribunais de exceção está o princípio do juiz natural (art.5º LIII) "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Greco, (1994, p.45-46).

As garantias constitucionais do juiz natural agem previamente, procurando evitar manipulações talvez destinadas a desfavorecer algum sujeito, mas, em si mesmo, o próprio dever de imparcialidade não vem afirmado em qualquer texto do direito positivo brasileiro.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes dentro do processo. Desta forma, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial. O Estado ao exercer o poder jurisdicional, reservou para si o dever de agir com tal imparcialidade na solução dos litígios para preservar a igualdade entre as partes.

Desta forma, um juiz imparcial é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. Entende-se por imparcialidade, que o Juiz coloca-se entre e acima das partes, pois atua em nome do Estado.

Entre os argumentos utilizados pela doutrina tradicional contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes.

Como já se observou, essa parte da doutrina entende que se ao magistrado fosse conferido o poder de determinar provas, cujo resultado é beneficiar alguma das partes, estaria ferindo o princípio da imparcialidade, a muito tempo construído e edificado. Entendem que o magistrado ao julgar, deve fazer de forma equilibrada e justa a não submeter-se ao interesse de apenas uma das partes, sob pena de estar ferindo esse princípio e conseqüentemente a igualdade tão almejada entre as partes dentro do processo.

José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p.106) ao citar os doutrinadores tradicionais, diz:

Entende ainda os doutrinadores tradicionais que, a inércia do magistrado frente à prova garante a sua imparcialidade, já que aumentar seus poderes significaria diminuir a distância entre a jurisdição voluntária e a contenciosa.

Assim, entende ainda o doutrinador que não há razão de ser o entendimento da doutrina tradicional, ora tão conservador, até por aceitarem a iniciativa probatória do juiz na produção da prova, quando a demanda versar sobre direitos indisponíveis.

Desta forma, a doutrina moderna vem entendendo que o aumento dos poderes do magistrado na instrução da prova, na verdade, não favorece qualquer das partes, se analisarmos a luz do acesso à justiça.

Os poderes instrutórios do juiz, apenas possibilitam a apuração mais completa dos fatos, e a efetiva aplicação das normas de direito material. Como já se observou, a imparcialidade está intimamente ligada ao Poder judiciário e este busca exercer o monopólio da jurisdição de forma equilibrada e justa.

Assim, muitas vezes a omissão da parte na instrução ocorre, não em razão da vontade de dispor do direito, mas de fatores econômicos-culturais. Portanto, nesses casos, estaria ferindo princípios, bem como o do “acesso à justiça”, interligado ao direito de ação, a igualdade entre as partes, etc... .

Nos dizeres de Moreira (Re Pro 35/178) apud Bedaque (2001, p.108):

A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que, a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada ao juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra ou dever de imparcialidade.

Portanto, se a finalidade do Estado é a pacificação social com justiça e o próprio Estado exerce essa função através da jurisdição, monopólio concedido ao

poder judiciário, não há como o magistrado não utilizar os poderes que tem, para que seja efetivada a justiça e a paz social buscada nos conflitos de interesses.

Para o magistrado, não importa quem vença, autor ou réu, ele realmente é imparcial e deve ser, ocorre que, importa a ele, que vença aquele que tem razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim pode-se aplicar a verdadeira jurisdição.

Desta forma, se interpretarmos a luz da pacificação social e do efetivo resultado da demanda, a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a imparcialidade.

Não se deve negar que o princípio da imparcialidade deve ser respeitado de forma correta. Ocorre que para preservar essa imparcialidade, não quer dizer que o juiz deverá ser inerte. Não se deve confundir a imparcialidade com a passividade do magistrado no decorrer do processo, pois se assim for, estará ferindo outros princípios e garantias constitucionais.

É necessário dizer, que há um temor em perder tal imparcialidade, e esse fato, tem infelizmente gerado como consequência, que os magistrados deixem de utilizar os poderes instrutórios que lhe são conferidos, acarretando assim, o mau funcionamento do mecanismo judiciário.

Desta forma, não se deve infringir o princípio da imparcialidade e nem muito menos quebrá-lo, deve sim, ser interpretado de forma equilibrada, respeitando também os princípios do contraditório e o da igualdade entre as partes. Se for assim utilizado os poderes conferidos ao magistrado, certamente seria mais curto o caminho até a justiça.

O exercício do poder instrutório pelo juiz confere efetividade ao contraditório, pois acaba mitigando eventuais desigualdades entre as partes no processo.

Assim, mais do que nunca deve haver o respeito ao princípio da imparcialidade. As partes dentro do processo tem todo o direito de ser julgada por um juiz imparcial. Ocorre que, o que se busca no Estado contemporâneo é a justiça e

esta só será alcançada se interpretarmos esse princípio à luz do acesso à ordem jurídica justa.

A observação de Dinamarco (2000, p.297) apud Bedaque, (2001, p.105):“é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa”.

Para que se complete a tese explanada em todo o trabalho, é necessário dizer que, atualmente o processo civil, não busca somente a verdade formal dos fatos e sim a verdade real, ou seja, os fatos devem ser demonstrados de forma ampla. Assim, não há como não entender pela participação ativa do magistrado na instrução probatória.

5.6 O Princípio do dispositivo.

A iniciativa de ofício do magistrado, ou seja, o exercício dos poderes instrutórios, não fere também o princípio do dispositivo, embora esse princípio atualmente ser apontado como um limite aos poderes do juiz na instrução da prova. Assim, necessário se faz à explanação desse tópico para que fique claro o alcance do princípio do dispositivo e que não há a quebra.

O princípio do dispositivo, segundo a definição outorgada por Adolf Schonke, na transcrição de Karam (1981, p.123) apud Campo (1994, p.66):

É aquele em que o processo civil atribui às partes a tarefa de estimular a atividade jurisdicional buscando os meios necessários para a solução da lide sendo que tal estímulo à atividade jurisdicional é compreendido pela apresentação das alegações e do material probatório.

Entende-se que esse princípio significa proibir o juiz de ter iniciativa na instrução da prova buscando alegações não demonstradas pelas partes. Embora não seja por excelência o fundamento da teoria do ônus da prova, possui o princípio dispositivo estreita ligação com ela, diversamente do que ocorre nos sistemas inquisitivos.

Preceitua a doutrina, ou seja, parte dela, que tal princípio desde o seu nascedouro concedeu as partes à iniciativa da demanda, além das apresentações das alegações e das provas.

Em suma, o que se entendia pelo princípio do dispositivo era que, este se consubstanciava no poder único e exclusivo que têm as partes de fazerem suas próprias afirmações e trazerem para a demanda as provas que melhor lhes convierem.

Todavia, ao magistrado entendia-se vedado se basear em alegações ou afirmações não feitas e buscar provas não requeridas pelas partes, sob pena de infringir o princípio.

O princípio do dispositivo está ligado de forma íntima aos poderes instrutórios do juiz. A maioria da doutrina tem estabelecido um nexos entre ambos. Todavia, alguns sustentam que o referido princípio não condiz com a iniciativa probatória “ex officio”, entendendo ser uma restrição imposta à atividade do julgador, impedindo que ele tenha iniciativa probatória.

O alcance do princípio do dispositivo está em que, não somente o juiz deve comportar-se aos limites da demanda, mas deve-se também abster-se de considerar de ofício determinados fatos que, embora , não acarretariam mudança de demanda, entende-se que se se veda à parte afastar-se da demanda inicial, com maior razão se veda ao juiz.

Esse entendimento se consubstanciou por força do seu nascimento no Estado Liberal, onde o juiz era considerado um mero ser inativo no processo no que diz respeito à demanda e à apresentação das provas.

Na metade ainda do século XIX, onde esse princípio teve seu grau mais alto, o processo era considerado como coisa das partes, nessa concepção liberal, a iniciativa de demandar e a marcha processual ficavam a cargo dos litigantes.

Essa concepção prevaleceu desde o período Romano. Nesse tempo aguardava-se a justiça divina, a qual desconhecia as falsas alegações das partes.

Atualmente a maioria dos doutrinadores que adotam a iniciativa do juiz de ofício, entendem que há um abrandamento do princípio do dispositivo a fim de possibilitar o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz. Defendem ainda que o Diploma Processual Civil harmonizou o sistema dispositivo e inquisitório ao ampliar os poderes do magistrado na instrução da prova, todavia, não tirou das partes o ônus de demonstrar os fatos.

Essa parte da doutrina, que hoje é maioria, fundamenta a sua teoria na própria finalidade almejada pelo Estado. Entendem que o Juiz representa a Máquina Estatal e por representá-la, tem o mesmo anseio, que é à busca da justiça. Assim, deve participar ativamente do processo probatório, sugerindo ou ordenando provas propostas pelas partes.

A maior dificuldade que se defronta no estudo da problemática reside no exato significado “princípio do dispositivo”, que como bem preleciona o i. doutrinador Bedaque (2001, p.87):

Trata-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma emprega-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores recorrem ao chamado princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência dos poderes processuais do juiz. Os processualistas tedescos, depois de algumas hesitações e divergências iniciais, identificaram a presença de dois fenômenos diferentes, ambos relativos a tais poderes. O primeiro deles diz respeito à propositura da demanda; o segundo diz respeito à estrutura interna do processo. Quando tanto num quanto noutro competir exclusivamente à parte os poderes de iniciativa, significa a adoção, respectivamente, do Dispositionsmaxime e do Verhandlungsmaxime.

A doutrina trata os dois institutos acima gizados como manifestações do princípio do dispositivo. Por outra banda, acreditam que de forma ampla, deixa às partes os ônus de iniciação e impulso do processo e produção de provas.

Já outra parte da doutrina, divide ambos os institutos da seguinte forma: o primeiro, como princípio da “demanda” e o segundo, como princípio “dispositivo”.

O entendimento antecedente, diz respeito à inércia da jurisdição, por manter estreita relação com o princípio da ação ou da demanda. Disso decorre, que à parte, ou seja, aquela que tem interesse, possui plena liberdade para exercer o direito de ação, no momento que melhor lhe convier, ou deixar de exercê-lo. Esse posicionamento tem sustentação na disponibilidade do direito da parte ao propor a demanda, no “Dispositionsmaxime”.

A terminologia “princípio do dispositivo” deve ser aplicada restritivamente, no sentido próprio da expressão, apesar de parte da doutrina entender que esse princípio expressa a relação de direito processual.

A doutrina tem dito, como fundamento mais sólido, que o princípio do dispositivo é a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz.

Segundo Grinover, *et al* (1998, p.64):

Para a doutrina mais conservadora, o princípio é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito é que deve caber o primeiro e o mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significa, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.

Já a segunda parte da doutrina, diante da concepção publicista do processo, entende que não é possível mais manter o juiz como mero espectador do litígio.

O processo passou por várias fases e, afirmada a sua autonomia e enquadrado como ramo do direito público, e verificada o seu fim, especialmente

sócio - político - econômico, a função jurisdicional evidencia-se como um poder dever do magistrado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado.

Diante de toda a mudança no processo civil, entende-se que esse princípio não é absoluto, haja vista, que a Lei processual conferiu poderes ao juiz na instrução da causa.

Foi a partir do final do século XIX, que os poderes do juiz foram aumentados, passando a se comportar de forma ativa dentro do processo. Ele passou a não ser meramente um espectador, coube-lhe impulsionar o andamento da causa e também determinar provas, conhecer de ofício circunstâncias que cabiam as partes demonstrar.

Existe um fundamento político para o princípio, que segundo Cintra *et al* (1998, p.65):

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341, etc), na maioria dos casos (direito disponível) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.

Ocorre que essa situação se contrapõe ao processo penal e até mesmo ao próprio processo civil, que atualmente busca a verdade real dos fatos e não meramente formal justamente para que seja alcançada a justiça.

Diz-se diferenciar-se do processo penal pois, nesse ramo do direito, só excepcionalmente o juiz se satisfaz com a verdade formal e isso ocorre, quando não disponha mesmo de meios para se alcançar a verdade real.

Todavia, atualmente no processo civil, o princípio do dispositivo vem sendo mitigado a ponto de permitir ao juiz uma ampla atividade instrutória de ofício. Isso

decorre da busca pela verdade real, que paulatinamente vem tomando lugar, pois a busca pela efetividade da tutela jurisdicional tem inspirado a tendência moderna que defende os poderes instrutórios do juiz.

É importante dizer que às partes, existe a disponibilidade de manifestar a sua vontade de movimentar a jurisdição, ocorre que, não pode essa informação ser considerada um óbice à atividade oficial de produção de provas, pois o processo é norma de ordem pública e o juiz deve exercer o poder de direito material do processo com o fito de solucionar as lides e chegar a justiça das decisões.

Há quem entenda ainda que existe a prevalência do princípio do dispositivo sobre o poder de ofício do juiz, embora a maioria da doutrina entenda que a lei processual civil harmonizou o princípio do dispositivo das partes e os poderes instrutórios do juiz.

Não se tem como entender como princípio absoluto, pois, a relação processual não é totalmente disponível. Sabe-se que as partes têm a faculdade de dar início à relação processual através do direito de ação mas, uma vez iniciada essa relação deverá seguir as regras do direito processual, que são públicas, assim, o juiz não só pode como deve buscar a verdade real dos fatos e decidir com justiça.

Essa concepção decorre do princípio do Impulso Oficial, que segundo Dinamarco *et al* (1998, p.66): “e o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”.

Pode-se concluir que o princípio do dispositivo não é absoluto, mas também não está fora do ordenamento processual civil, adota-se tal instituto em harmonia com o princípio inquisitivo, o que fortalece os poderes do juiz na direção do processo, pois, o processo civil atual não é mais eminentemente dispositivo, portanto prevalece no direito processual, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.

O direito processual civil manteve a tendência publicista, pois abandonou o rigorismo do dispositivo ao permitir a participação do magistrado na colheita das provas para o efetivo esclarecimento da verdade.

Prova disso, está na própria Lei processual civil que concede os poderes diretivos do magistrado nos artigos (130 131,330).

Diante de todo o exposto conclui-se que, há harmonia entre o princípio do dispositivo e a instrução da causa de ofício, pois tanto às partes quanto ao juiz cabe a busca da efetividade do processo. As partes têm o interesse em demonstrar as suas afirmações e alegações, ou seja, em buscar o seu direito; já o magistrado para que cumpra a sua função jurisdicional tem o dever de aplicar a norma de forma correta.

Isso decorre do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e, se dá para que se alcance a verdade real e a paz social.

6. Considerações Finais

A proposta do presente trabalho foi justificar o pensamento da doutrina moderna, a qual entende pelo ativismo judicial, principalmente na instrução probatória.

Foi analisada a evolução do Estado até chegar no Estado Democrático de Direito, onde o fim precípua é a paz social entre os indivíduos e a justiça. É nesse contexto que se justifica o entendimento da doutrina moderna.

Num segundo momento verificou-se que para que se alcance a paz nos conflitos interindividuais, o Estado exerce o poder de jurisdição e que esse se materializa através do processo.

O Direito processual também passou por uma fase histórica. Atualmente ele é visto como ciência autônoma e serve como um instrumento a serviço da paz social, contudo, não mais se vê o processo como simples técnica, mas sim como meio para que se possibilite um resultado útil da demanda.

Ademais foi importante dizer, que o direito processual atual, tem suas diretrizes traçadas pela própria constituição, ou seja, tem as suas normas gerais acostadas na “Carta Magna”.

Assim, restou demonstrado, que toda a sistemática do ativismo judicial, encontra apoio na própria lei maior, onde se preserva a igualdade entre as partes, o contraditório, a ampla defesa, etc...

Contudo, para que se alcance a justiça é necessário observar todo o processo à luz do acesso à uma ordem jurídica justa.

O processo foi influenciado pelos ideais dos Estados antigos, bem como, do Estado Liberal, portanto, não se buscava um resultado prático e útil para alcançar a justiça, por esse motivo é que o magistrado tinha uma postura ausente.

Atualmente em razão dos fins buscados pelo Estado Democrático de Direito, não mais se justifica a inércia dos magistrados perante um conflito de interesses.

A doutrina moderna entende que o juiz deve agir, inclusive de ofício na instrução probatória, isso se dá, para que se alcance à verdadeira justiça e a igualdade entre os indivíduos.

Não mais se aceita um Estado ausente, como no Estado liberal, pois muitas são as desigualdades existentes no Estado contemporâneo. Os poderes instrutórios do juiz se justificam no interesse do Estado na ordem jurídica justa e no bom andamento do processo e sua efetividade.

Portanto, os poderes conferidos no artigo 130 do CPC, apenas ampliam os poderes do juiz e, desta forma, não ferem os princípios advindos do liberalismo, bem como, o princípio do dispositivo, da imparcialidade, as regras do ônus da prova, haja vista, que esses devem ser interpretados à luz do acesso à justiça.

Desta forma, frente às desigualdades, muitas vezes existentes entre as partes no processo, necessário se faz a presença do juiz para igualá-las. Portanto, quando se interpreta nesse sentido, não há a quebra do princípio da imparcialidade.

De igual forma, não há afronta ao princípio do dispositivo, pois às partes é concedido o direito de demandar, mas a partir do momento que o Estado é acionado, ele passa a fazer parte da relação jurídica processual, isso para que haja o resultado útil do processo, assim, o magistrado deve participar até a decisão final.

Por fim, quanto às regras do ônus da prova previstas no artigo 333 do CPC, estas somente são aplicadas pelo juiz, como regras de julgamento, ou seja, caso haja dúvidas pelo magistrado ao final da demanda é que serão aplicadas as regras do ônus da prova. Portanto, não há divergências entre os poderes instrutórios do juiz e as regras do ônus da prova.

Assim, conclui-se que não há como alcançar os ideais de justiça almejados pelo Estado contemporâneo, se as normas presentes no trabalho, não forem interpretadas de forma proporcional e razoável, frente ao acesso à ordem jurídica justa.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, M. C. **Teoria geral do estado**, São Paulo: Saraiva, 1994.

ALVIM, A. **Manual de direito processual civil**. v.2. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, A. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBI, C. A **Comentários ao código de processo civil**. v.1. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, C. R. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, J. R. S. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 9.ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

CAPPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual Civil**. v.2. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DALLARI, D. A. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. **Elementos da teoria geral do estado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P e CINTRA, A.C. **A teoria geral do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, J. E. **Direito e justiça. A função social do judiciário**. 1 ed. São Paulo: Ática, 1998.

GRECO, V. F. **Direito processual civil brasileiro**. v.2. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

JÚNIOR, N. N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, J. B. A. **Prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MALUF, S. **Teoria geral do estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NALINI, J. R. O. **Juiz e o acesso à justiça**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, C. A. A. **A garantia do contraditório**. In: TUCCI, J. R. C. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, P. T. R. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Lemonad, 2002.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, M. F. F. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Atlas, 1993.

SOUZA, C. A. M. **Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

WATANABE, K, GRINOVER, A.P, DINAMARCO, C.R. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.