

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A IMPARCIALIDADE E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

MARIA FERNANDA FÁVERO DE TOLEDO

Presidente Prudente/ SP

Dezembro/ 2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A IMPARCIALIDADE E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

MARIA FERNANDA FÁVERO DE TOLEDO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro.

Presidente Prudente/ SP

Dezembro/ 2002

A IMPARCIALIDADE E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

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

Paulo Eduardo D' Arce Pinheiro
Orientador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinadora

Sérgio Augusto Frederico
Examinador

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2002

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que tem me possibilitado obter êxito em minhas tarefas e o mais completo discernimento nas escolhas difíceis da vida;

Aos meus pais, José Carlos e Ana, e também a minha irmã Ana Carla, por todo carinho e apoio nas horas de indecisões;

Aos meus avós, principalmente as minhas avós Isabel (*in memoriam*) e Olga que tanto me incentivaram na escolha deste curso e sempre acreditaram em mim;

Um carinho todo especial ao meu tio Fernando, que sempre me ensinou que com determinação e coragem se pode conquistar o que fora anteriormente almejado;

Ao meu orientador e professor Dr. Paulo Pinheiro, pela dedicação, pelos ensinamentos, e por ter acreditado na confecção deste trabalho, estendo meus agradecimentos também a sua secretária Andréia, que sempre tão gentil me atendia;

Aos queridos professores e amigos Gilmara e Sérgio Frederico que gentilmente aceitaram participar deste momento tão importante em minha vida;

Ao meu noivo Renato, pelas palavras e pelos gestos de amor em todos os momentos;

E a todos meus amigos e colegas de classe, que contribuíram para a conclusão de mais uma etapa em minha vida.

**Preciso de serenidade para
aceitar as coisas que não posso
mudar.**

**Coragem para mudar o que
posso.**

**E sabedoria para conhecer a
diferença.**

R. Nielrehr

RESUMO

O presente trabalho procurou demonstrar que havia uma tradição de que cabia somente às partes a sorte de produzir todo material probatório necessário para provar o seu direito e ao juiz cabia o dever de manter-se como mero observador, apenas aguardando seu único momento de manifestar-se, com a prolatação da sentença.

Diante de inúmeras mudanças que ocorreram no processo civil verificou-se não ser mais possível manter tal entendimento diante da necessidade de se proporcionar o acesso a ordem jurídica justa.

Esta monografia objetivou, ainda, ressaltar a existência de duas correntes doutrinárias, tendo uma delas posição mais conservadora, que impede uma posição mais ativa pelo magistrado, por medo de que possa ser violada sua imparcialidade.

Com posição antagônica há a doutrina ativista, que defende o exercício dos poderes instrutórios por parte do juiz, tendo em vista o atendimento a função social do processo.

Primeiramente se demonstrou a correlação do tema com os princípios e garantias, assegurados em nossa Constituição Federal, que objetiva a realização de um processo justo.

Dando seqüência a explanação do tema foi possível verificar que houve uma constante evolução quanto a figura do juiz, entendendo-se que é possível a sua participação na coleta do material probatório, agindo de ofício, sem com tal atitude vir a ferir a sua sagrada imparcialidade e sem ter que aplicar incorretamente as regras previstas sobre ônus da prova, mantendo-se o objetivo de atender aos fins sociais do processo.

PALAVRAS – CHAVE: Ativismo judicial; imparcialidade, ônus da prova; acesso à justiça; processo.

ABSTRACT

The present work looked for demonstrating that there was a tradition that it was only up to the parts the fortune to produce all the probative material necessary to prove its right and the judge was up to maintain, as his obligation, as a mere observator, only waiting for his unique moment of manifesting with the rendition of judgement.

In face of innumerable changes that occurred in the civil action, it came true not to be possible to maintain this understanding, facing the necessity of providing the access to the fair system of laws.

This monography , still aimed at standing out the two doctrinal positions demanded, which one of them has a more conservative position, that obstructs the position more active by magistrate because of the fear that it can be violated its impartiality.

With an antagonistic position, there is the activist doctrine, which defends the exercise of the power of instruction by the judge, facing the attending of the suit social function.

First of all, it demonstrated the theme correlation with the principles and guarantees, secured in our Federal Constitution, that aims at the fair suit realization.

Giving sequence to the theme explanation, it was possible to verify that there was a constant evolution about the judge figure, understanding that it is possible that his participation in the probative material collection, acting ex-officio, without with this attitude come to hurt his holy impartiality and without the obligation to apply wrongly the foreseen rules of burden of proof, keeping the objective of attending the suit social purposes.

KEY - WORDS: Judicial assets; impartiality; burden of proof; access to justice; suit

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| | |
| 2 A CONSTITUIÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA | |
| 2.1 Processo e Constituição | 13 |
| 2.2 O Processo Constitucional e o Compromisso do Estado Democrático de Direito em Assegurar o Acesso à Justiça | 15 |
| 2.3 O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional sob a Ótica do Acesso à Justiça | 19 |
| 2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa | 22 |
| 2.5 A Repercussão do Novo Modelo na Função Jurisdicional | 24 |
| | |
| 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO JUIZ | |
| 3.1 Direito Romano | 27 |
| 3.2 Os Poderes do Juiz no Direito Romano | 29 |
| 3.3 Direito Brasileiro | 30 |
| | |
| 4 OS PODERES DO JUIZ E AS PROVAS | |
| 4.1 A Atividade Instrutória do Juiz | 36 |
| 4.2 Finalidade das Prova – O juiz e a Prova | 40 |
| 4.3 Poderes Instrutórios e o Ônus da Prova | 43 |
| | |
| 5 DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ | |
| 5.1 O Princípio da Imparcialidade – Conceito | 50 |
| 5.2 Imparcialidade e Neutralidade | 52 |
| 5.3 A Imparcialidade sob a Ótica do Processo Civil Moderno..... | 56 |

**6 CORRENTES DESENVOLVIDAS SOBRE A ATIVIDADE
PROBATÓRIA**

6.1 A Atividade do Juiz sob a Visão da Doutrina Tradicional.....61

6.2 O ativismo Judicial66

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS72

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS77

1 INTRODUÇÃO

O juiz possui grande tarefa a ser desempenhada durante toda relação processual. Cabe a ele examinar as provas produzidas pelas partes, interpretar e enquadrar os dispositivos legais ao caso concreto, isso tudo devendo ser feito à luz das exigências do tempo em que se está vivendo.

Nossa Lei Maior assegura entre seus dispositivos, que todas as pessoas poderão procurar o Poder Judiciário quando sofrerem lesão ou ameaça em seus direitos (art. 5º, XXXV, CF), garantindo assim a tutela jurisdicional para aqueles que necessitarem. Almejando-se que haja efetivo acesso a uma ordem jurídica justa.

É sabido também que não basta somente garantir o direito de ação, tornando-se necessário conferir condições para que o cidadão que pleitear a proteção jurisdicional possa obtê-la.

Foi diante dessa preocupação que os estudiosos do direito passaram a dedicar-se aos estudos, em busca da efetividade do direito de ação.

Um dos primeiros apontamentos feito pelos doutrinadores foi o de que o sistema processual devia apoiar-se em princípios fundamentais que estivessem de acordo com o modelo constitucional adotado.

Outra preocupação dirigiu-se no tocante ao acesso à justiça, ou melhor, ao acesso a uma ordem jurídica justa, sem restringi-la a quem quer que seja, pois ninguém pode ser privado do devido processo constitucional. O processo deve ser entendido como meio de se proporcionar um resultado útil e rápido as necessidades daqueles que precisam. Os inúmeros entraves que existem, como a cobrança de taxas, a morosidade, e o rigorismo de técnicas e o despreparo de alguns patronos, não podem vir a prejudicar a utilização do Poder Judiciário.

Para o exercício do direito de ação, frente a inafastabilidade do órgão julgante, de nada adiantaria os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, se não houver meios suficientes que propiciem a efetivação dessas garantias.

Dando seqüência a esse estudo, em que não é suficiente apenas afirmar que todos têm acesso à ordem jurídica, através da instauração de um processo, que é considerado o instrumento apto para dirimir as controvérsias, foi diagnosticado que também é essencial a participação ativa do órgão jurisdicional na condução deste instrumento, não se aceitando mais a figura de um juiz neutro, passivo, um mero espectador dos fatos.

Essa necessidade de participação do magistrado como um dos meios de se propiciar uma decisão justa, não foi aceita com tanta tranqüilidade, e frente a esta idéia formaram-se duas correntes. Uma defende posição conservadora, totalmente abstencionista, conferindo às partes, com exclusividade o dever de provar os fatos, não devendo o juiz ter iniciativa probatória, possuindo como única solução em caso de dúvida a regra do ônus da prova.

A matéria defendida pela segunda corrente entende que o magistrado pode participar da coleta do material probatória, sem ferir a sua imparcialidade e será a tese defendida pelo presente trabalho.

Em consideração a todas as evoluções ocorridas no direito processual, a figura do magistrado não poderia manter-se alheia, por ser o juiz o veículo de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico. Ele sabe melhor do que ninguém a necessidade de se determinar a produção de certa prova.

Existem inúmeros questionamentos quanto a essa conduta do magistrado, não mais tímida e apagada, quanto a ou não sua imparcialidade, mas em momento oportuno serão tecidos os devidos comentários.

A doutrina moderna também se deteve ao estudo da teoria do ônus da prova, que está preceituado no art. 333 do Código de Processo Civil,

interpretando-a de acordo com a finalidade do processo, para dar efetivação ao direito substancial.

Como será debatido ao longo deste trabalho, a figura do juiz passou por inúmeras transformações desde os primórdios, em que encontravam-se atrelados somente à lei, até chegarmos nos dias atuais em que o processo moderno passou a exigir que o magistrado utilizasse seus poderes instrutórios conferidos pelo Código de Processo Civil. Não somente em casos excepcionais, mas em todas as vezes que houvesse necessidade. Centrando-se mais especificamente na defesa de que a atividade instrutória do juiz não fere a sua imparcialidade.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ACESSO À JUSTIÇA

2.1 Processo e Constituição

O fundamento de validade de todas as leis encontra-se na Constituição Federal. Segundo Santi Romano citado, por Ada Pellegrini Grinover:

Constituição é o ato originário com que o Estado se coloca e determina não só a organização dos poderes supremos, como também os princípios fundamentais destinados a impregnar as instituições e orientá-las para um funcionamento harmonioso.¹

Nesse sentido, entende-se quão importante é o direito constitucional, pois nele encontra-se o princípio de todo o direito do Estado. Todos os ramos do direito se pressupõem e são por ele gerados e sustados.

No tocante ao Direito Processual, que é objeto específico deste trabalho, insta salientar que todos os seus princípios e normas fomentadoras, que zelam pela relação jurídica que origina o processo, onde os seus sujeitos são o juiz, o autor e o réu, ou melhor, nessa relação triangular, possui suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional.

Este ramo do direito, tão importante, é todo determinado pela Carta Magna, em seus aspectos e institutos, garantindo a todo direito processual a sua estrutura fundamental. Assegura a distribuição da justiça e também a declaração do direito objetivo.

¹ ROMANO, Santi. **Principii de diritto costituzionale generale**, 1947, p. 6, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 13.

A ligação entre o direito constitucional e o processo acentua-se, no estudo dos institutos processuais. É através dessa união, que faz com que o processo² para que seja um instrumento de justiça, ou seja, uma forma de garantia de liberdade.

Como foi acima afirmado são esses os princípios constitucionais que contribuem para formação do processo civil: o juiz natural, a posição do juiz no processo, a subordinação da jurisdição à lei, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa. Trata-se de princípios e institutos constitucionais que influenciam o processo.

Deve ainda ser demonstrado que o processo além de sua função técnica, é também um instrumento técnico, pois este sofre influencias de fatores históricos, sociológicos e políticos.

Coube a Constituição Federal, equilibrar todos esses fatores, que estão presentes no momento de sua formação, para poder auxiliar o processualista a compreender o fenômeno processo e todos os princípios que estão interligados. Afinal, um Estado de direito, democrático, necessita que todos os direitos fundamentais do homem estejam corretamente tutelados.

Nesse sentido, é necessário que exista um processo que proporcione à parte a defesa dos seus direitos através da demonstração de suas razões em consequência a produção de provas, não podendo ausentar-se nesse momento as garantias do devido processo legal. Torna-se necessário que o julgamento seja desenvolvido seguindo todas as garantias processuais admitida, entre as quais, o contraditório, seguido da ampla defesa, com a presença do juiz natural, mantendo os objetivos do Estado de direito.

² O processo é o instituto fundamental do Direito Processual, é o instrumento através do qual a jurisdição atua. É o meio pelo qual concede-se um provimento justo. O Estado o utiliza para impor as normas de direito material às situações reais da vida.

Diante de todas essas explicações acerca do processo e dos princípios constitucionais, insta citar que foi mencionado, como uma “colocação científica” a existência do Direito Processual Constitucional.

Não é considerado como um ramo autônomo do direito, mas tem como objetivo examinar o processo e a constituição.

O Direito Processual Constitucional visa condensar os princípios constitucionais, zelando pela tutela dos fundamentos e por toda jurisdição constitucional. Engloba, o direito de ação e de defesa e outros que deste decorrem.

A Constituição Federal brasileira trouxe em seu bojo vários dispositivos cuja função é caracterizar as garantias processuais do indivíduo, figurando como um instrumento de realização da justiça. Uma de suas regras específicas para o Direito Processual Civil foi o Princípio da Inafastabilidade do Controle do Judiciário, que será melhor explanado a seguir.

É necessário esclarecer que o Direito Processual Constitucional não é objeto específico deste trabalho, mas torna-se necessário entendê-lo porque este trata dos princípios processuais civis que estão implícitos na Carta Magna.

2.2 O Processo Constitucional e o Compromisso do Estado Democrático de Direito em Assegurar o Acesso à Justiça

O acesso à justiça, é uma das grandes preocupações da teoria processual, que cuida da justiça social, visando a Democracia social.

Durante o Estado Liberal preocupou-se muito com a liberdade do cidadão. A igualdade tinha como única finalidade ser acessório, para que todos fossem reconhecidos como igualmente livres. O acesso à justiça, o direito à proteção

judicial, era apenas poder propor ou contestar uma ação, não se importando se o cidadão possuía condições de suportar o ônus da demanda.

Nesse sentido, a falta de recursos de uma pessoa para utilizar a justiça e seus consectários não constava na esfera de deveres do Estado. Somente podia utilizar-se da justiça aquele que provinha de recursos, ou seja, deparava-se com uma igualdade formal, mas não efetiva, era tida como um “direito natural”, e como tal acreditavam que não necessitava de proteção do Estado para a sua execução, bastava que não fosse permitido o infringimento destes por outros.

Após a crise sofrida pelo Estado Liberal provocada pela carência de seus fundamentos, surgiu um novo enfoque para discussão, qual seja, a justiça social. Agora o Estado não é mais entendido como um governo só para a liberdade, mas passou a preocupar-se também com o bem-estar social, em que tentará a realização dos chamados direitos sociais.

Mudou-se a visão do Estado Liberal, pois para ser livre é necessário possuir o mínimo de condições materiais e, toda essa mudança foi fruto de participação política, mas ainda não foi possível conquistar o almejado.

O Estado Democrático de Direito encontra-se estruturado nos princípios da justiça social e do pluralismo, e tem como afirmativa que somente consegue ser realizado através da participação popular. O próprio Preâmbulo da Constituição Federal já foi alterado, prevendo em seu bojo varias formas de participação.

Para melhor esclarecer a temática que se encontra em discussão, é importante ressaltar as sábias palavras dos doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth :

... o acesso à justiça pode portanto ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos

- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.³

Verifica-se que o objetivo do acesso à justiça é superar as desigualdades que impossibilitam a todos de participarem da relação processual em situação de paridade, tentando realizar a ligação do processo civil com a justiça social. Busca-se a igualdade de oportunidades, na utilização da justiça.

Atualmente no Brasil, depara-se com inúmeros obstáculos que impedem que se possa utilizar com sucesso os órgãos do judiciário, tais como a não igualdade de oportunidade de acesso à justiça, também com o rigorismo das técnicas, cobranças de taxas e custas judiciais, especialmente no que diz respeito às pequenas causas.

Como foi apontado acima, um dos primeiros empecilhos encontra-se na cobrança excessiva das custas processuais, problema este que aflige principalmente as pessoas carentes, que se encontram em situação de penúria. O custo que o processo gera, impede ao indivíduo de recorrer ao Poder Judiciário.

Foi comprovado em estudo que estas pessoas pleiteiam sempre causas estimadas em pequenos valores, e são justamente estas, que possuem taxas mais elevadas, não mantendo proporção com o que se pleiteia.

Há ainda a produção de determinadas provas que são imprescindíveis para a solução do litígio, sendo em contrapartida muito custosas, na maioria, sendo esse o grande entrave para sua realização.

Esse problema é ainda agravado pela presença dos honorários advocatícios, que intimida muitas pessoas que se encontram confiantes na vitória da lide de manejarem suas ações diante da existência do fenômeno da sucumbência em que além de suportarem o ônus do seu patrono terão que pagar, caso percam, os honorários da parte contrária.

³ CAPPELETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 12.

Uma outra situação que marca a dificuldade do acesso à justiça diz respeito a morosidade da prestação jurisdicional, que fere muitas vezes o binômio segurança versus justiça. Essa lentidão na duração dos processos prejudica os direitos fundamentais dos cidadãos.

Para alguns estudiosos, essa demora é fruto de interesses políticos, visando limitar com isso, as demandas de litígios ao Poder judiciário. Devendo ser afastado a figura do magistrado, como o único culpado pela demora nas soluções dos litígios. Essa demora deve-se a própria estrutura do Poder Judiciário e da forma como tutela os direitos que alberga.

Muitos advogados também contribuem para a lentidão da justiça, principalmente aqueles que desejam que o processo se estenda a muitos atos para receberem mais honorários.

Não existe dúvida que essa morosidade da justiça prejudica principalmente aqueles que se encontram em situação econômica precária. Em contrapartida, essa demora favorece aqueles desprovidos de conhecimento a aceitarem acordos que só tem o intuito de prejudicar -lhes, beneficiando mais uma vez os detentores das melhores condições econômicas.

Conclui-se, portanto que a expressão acesso à justiça dever ser entendida como acesso a um processo justo, a existência de uma garantia de acesso a uma justiça imparcial, que venha a possibilitar a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional e tutele os direitos das diferentes posições sociais que venham até ela. Significa ainda, uma forma de orientar as pessoas sobre a existência de meios alternativos de solução de conflitos, pois é antes de tudo uma questão de cidadania.

Entretanto, para o que se almeja realmente aconteça, não é suficiente mudar dispositivos presentes nos códigos de direito material ou processual, é necessário mudança de mentalidade de todos os operadores do direito. Não pode o direito ser utilizado como mero instrumento dos governantes para a consecução

de suas metas e projetos, visando somente o lado técnico, deve-se sim, ter como preocupação o bem estar coletivo e a igualdade⁴.

2.3 O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional sob a ótica do acesso à justiça

Como consequência da explanação sobre acesso à justiça preceitua a Constituição Federal, no art 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este comando constitucional visa atingir a todos indistintamente, pois o legislador não possui poder de impedir que nenhum jurisdicionado vá a juízo pleitear algo que seja de seu interesse.

No entanto, não foi isso que se presenciou em nosso passado histórico, que é motivo de vergonha para o direito brasileiro, pois havia proibição de acesso à justiça por questões raciais. Tal proibição decorreu da edição do Ato Institucional nº 5/68, de 13/12/1968, outorgado pelo Presidente da República. Este Ato Institucional violou o art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967, sendo repetido novamente pela Emenda Constitucional 1/69.

Os artigos 181 e 182 da Constituição Federal de 1969 mencionavam, que ficava excluído da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados com fundamento no Ato Institucional e, sendo demais atos praticados com fundamento no AI 5 e demais atos institucionais, sendo essas duas inconstitucionais, além de ilegítimas, pois foram outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Carta Magna.

Essas normas violavam os direitos e garantias individuais e feriam o direito supralegal positivado no texto, que é o direito de ação.

⁴ O grande avanço alcançado pelo processo, passando de uma visão privatista para a publicista, se deu devido aos interesses da coletividade, sendo agora seu objetivo a realização do direito e da paz social.

Enfim, passado o período de ditadura de exceção ao estado de direito, o país voltou a normalidade através da promulgação da Constituição Federal de 1988, em que fica vedado qualquer ofensa ao direito de ação, afinal foi consagrado em seu texto o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Para um melhor entendimento, explica Nelson Nery Júnior que diante deste princípio fica estendido a todos que desejem postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito que pode tanto ser individual, como quanto aos direitos difusos e coletivos.⁵

Insta salientar que este direito não se confunde com o também albergado pela Constituição Federal, que é o direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV). Este último foi outorgado com o intuito de que se possa reclamar aos poderes públicos a ilegalidade ou o abuso de poder em face da defesa dos direitos. Pode ser manejado tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica.

O direito de petição é um direito político, podendo ser exercido sem forma rígida, de modo informal. Somente é necessário que se identifique o peticionário, o conteúdo do que se pretende do órgão público destinatário do pedido.

A grande diferença do direito de ação quanto ao direito de petição é que o primeiro é um direito pessoal e para sua propositura é necessário preencher a condição da ação que é interesse processual.

O ilustre doutrinador Nelson Nery Júnior tece uma singela diferença:

Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto salvo no caso dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político é impessoal, porque dirigido à autoridade para

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil**, 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 91.

noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis⁶.

Apesar de constantemente serem confundidos pela doutrina, o direito de ação, por ser mais amplo, pode ser exercitado até mesmo contra o Estado, sendo que este não pode recusar-se de prestar a devida tutela jurisdicional. Torna-se evidente que não está o Estado-juiz obrigado a decidir favoravelmente em face do autor, na verdade sua função é a de aplicar o direito ao caso em discussão, não podendo omitir-se diante da responsabilidade que agrega a sua função.

Como o direito de ação é um direito subjetivo, que visa a obtenção da tutela jurisdicional do Estado-juiz, terá esse direito se realizado quando ocorrer o pronunciamento da sentença, que pode tanto ser favorável, como não ao autor.

Deve ser ressaltado que não fere o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, quando não ocorrer o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais (artigo 267, do Código de Processo Civil), para o recebimento da sentença de mérito. Trata-se de limitações naturais que existem para o bom exercício do direito de ação.

É considerado como decorrência desse princípio a assistência judiciária, com conceito bem amplo, exercitado através da consultoria e de atividades jurídicas extrajudiciais, ou seja, o Estado também se preocupa em promover a assistência aos necessitados, através da prestação de informações aos seus problemas jurídicos, propondo e acompanhando as ações em andamento.

Diante da existência desse princípio o magistrado não poderá, de forma alguma, eximir-se de sentenciar. Na alegação da existência de lacuna ou obscuridade da lei (artigo 126 do Código de Processo Civil) deverá o douto julgador recorrer aos costumes, aos princípios gerais do direito e da analogia.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 92.

Deixando o magistrado de sentenciar, alegando os motivos elencados acima, ofenderá o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente. Esta obrigação de sentenciar deve-se ao fato de serem preenchidas às condições da ação e os pressupostos processuais, ficando o juiz obrigado a sentenciar, concedendo ou negando a pretensão do autor.

Denota-se que no sistema jurídico brasileiro o juiz deverá suprir a falta ou superar a obscuridade, através da analogia, dos costumes e dos princípios do direito, não deixando sem prestação jurisdicional aqueles que o procuram.

Por fim, trouxe esse princípio mais uma forma de se garantir o acesso à justiça, ficando impedido qualquer medida ou expediente que dificulte ou impeça que se exerça o direito de ação no processo civil. E no tocante a algumas limitações que são impostas, referem-se a meras limitações naturais.

2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O reconhecimento desse princípio como mais uma forma de manifestação do Estado de Direito, está disciplinado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que assim preceitua: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁷

Esse princípio foi concebido para ser aplicado no âmbito do processo civil quanto do processo administrativo. Objetiva-se a igualdade⁸ das partes tanto para o direito de ação, quanto ao direito de defesa. Essa garantia é estendida a autor e réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, ao assistente litisconsorcial e aos membros do Ministério Público, até quando atuam como fiscais da lei. Quanto aos peritos e as testemunhas, não lhe é assegurado este princípio, pois ambos não tem nenhuma pretensão na lide.

⁷ Art.5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

⁸ Somente através da concessão de iguais oportunidades às partes é que o processo pode-se converter num instrumento eficaz para a apuração da verdade material.

O intuído contraditório atua como uma garantia fundamental de justiça, que pode ser invocado tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, na defesa dos seus direitos fundamentais. Deve ser entendido como decorrência do conhecimento da existência da ação e dos atos processuais que sejam pertinentes, para que a parte interessada possa reagir frente aos atos que lhes sejam desfavoráveis. É em resumo o direito das partes de serem ouvidas em igualdade, durante todo tramitar do processo.

No processo civil a amplitude não é tão grande quanto no processo penal. Basta para esse ramo processual que seja garantido a oportunidade de tratamento igual entre os litigantes conferindo liberdade para a discussão da causa. Manifesta-se em nosso ordenamento nos três tipos clássicos de processo: conhecimento, execução e cautelar.

Deve ser ressaltado que existe parte da doutrina que é contrária a existência do contraditório no processo de execução, devido ao desequilíbrio que existe entre credor e devedor. Entretanto, mesmo que de forma menos abrangente o contraditório também se manifesta nesse tipo de processo, devido as peculiaridades do mesmo. A existência dos embargos do devedor é manifestação desse princípio na execução.

Esse princípio também tem incidência no processo administrativo, já que é preciso assegurar aos acusados, em todas as fases processuais, o direito de se manifestarem, produzindo provas que acharem necessárias.

A citação, ato pelo qual o réu tem conhecimento que em face dele foi ajuizado uma pretensão, trata-se do ato que inicia a manifestação do contraditório. O réu diante deste ato pode agir de várias formas, entretanto já contenta esse postulado o simples chamamento do réu, não, sendo necessário que esse se defenda ou se abstenha.

A realização do contraditório é tão importante, que diante disposição do artigo 156 do Código de Processo Civil exige-se que todos os atos processuais

sejam realizados em Língua Portuguesa, podendo quando necessário nomear interprete (artigo 151 do mesmo dispositivo), sendo esse rol apenas exemplificativo.

Todas essas medidas são necessárias para que o réu possa ser corretamente comunicado da existência da lide e possa defender-se em juízo.

Deve ser ressaltado que há possibilidade legal de ocorrer uma postergação do contraditório. É o caso da medida liminar “*inaldita altera pars*”. Refere-se a situações de extrema urgência em que o magistrado necessita decidir de forma muito rápida, e que a oitiva da parte contrária poderia vir a prejudicar de alguma forma, ou seja, resultaria em ineficácia da atividade jurisdicional.

É possível que a decisão seja tomada dessa forma, diante da sua provisoriedade. É o que ocorre na antecipação de tutela (CPC, artigo 273), nas ações possessórias, ações cautelares, nas liminares das ações possessórias e em tantas outras previstas pelos diplomas legais.

Apoiada no interesse da justiça, a tomada dessas medidas sem ouvir a parte contrária não fere o princípio da bilateralidade da audiência, já que poderia tornar-se ineficaz diante da demora e ofenderia o princípio da igualdade dos litigantes na relação processual.

Assim, deve o contraditório ser entendido como forma de conceder as mesmas oportunidades e instrumentos processuais às partes, para que estas possam agir do modo que entenderem melhor para defenderem seus interesses. Essa igualdade deve ser estabelecida ante a realidade em que as partes se encontram, ou seja, devem preencher os pressupostos processuais e as condições da ação. O não atendimento do que foi sucintamente narrado é que viola este nobre princípio.⁹

2.5 A repercussão do novo modelo na função jurisdicional

⁹ Insta salientar neste momento, que para garantir o princípio da igualdade é fundamental a atuação do juiz, pois só ele tem sensibilidade para identificar as desigualdades das partes.

Diante dessas breves considerações a respeito do processo e da Constituição Federal, não se poderia deixar de mencionar quanto a importância do Poder Judiciário.

A célebre tripartição de poderes de Montesquieu, em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, foi consagrada em nossa lei maior no artigo 2º que assim preceitua: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁰

Entre um dos três poderes encontra-se o Poder Judiciário, que possui atribuições variadas e múltiplas. Não lhe é atribuída à importância política que os demais poderes possuem, mas o que lhe destaca é garantia dos direitos individuais e sociais.

Possue capítulo próprio na Constituição atual, estando disposto que esse poder deve apreciar toda lesão ou ameaça de direito que for levado até ele (artigo 5º, inciso XXXV). É considerado como sua função precípua a jurisdição, que efetiva os direitos e garantias individuais, que estão abstratamente inscritos na lei maior.

Como os poderes do Estado foram estabelecidos sobre o sistema de freios e contrapesos, existem algumas restrições a atividade jurisdicional do Poder Judiciário, sendo possível que o Poder Executivo ora legisle e o Legislativo, julgue, tendo atribuído ao Judiciário outras funções além da julgadora, como legislativas e administrativas.

Essas funções podem ser verificadas quando ocorre a elaboração dos regimentos internos, exercendo ainda como função legislativa a organização das leis judiciárias, que é competência exclusiva dos tribunais. Desempenha atividade administrativa quando exerce atividades que são inerente ao autogoverno da Magistratura (artigo 96, CF).

¹⁰ Art. 2º da atual Constituição Federal

A composição do Poder Judiciário está disposta no artigo 92 da Constituição Federal.

O Poder Judiciário para poder exercer a sua função de guardião das liberdades e direitos individuais deve ter assegurado a sua independência e imparcialidade, o que ocorre através das garantias que a Carta Magna instituiu. Tratam-se de garantias que asseguram a independência política desse poder e dos seus órgãos, que se manifestam na magistratura, através da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Deve ser ainda externada a existência da denominada independência jurídica dos juizes, em que cabe ao juiz subordinação no desempenho de suas atividades funcionais somente a lei, sendo livre na formação do seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência.

É conferido ainda a este poder a prerrogativa de autogoverno, ou seja, ele próprio cuida de sua auto organização e auto regulamentação, compreendendo a toda autonomia administrativa e financeira.

As leis processuais cuidam de disciplinar o exercício da jurisdição, da ação e sujeitos processuais, sendo competência das normas de organização judiciária aquelas sobre a atuação da justiça. Dessa forma é garantido a cada estado sobre sua própria organização judiciária, devendo, contudo observar o que está estabelecido nos artigos 93 a 97 da Constituição.

Encontra-se assim, todo o Poder Judiciário expressamente previsto na lei maior já predeterminadas, suas normas gerais, garantias e impedimentos, enfim, toda estrutura judiciária do país.

Foi necessário tecer essas breves considerações para, dar seqüência a explanação do tema, passando a se analisar no próximo capítulo a figura do magistrado.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO JUIZ

3.1 Direito Romano

O processo civil moderno foi dividido em três fases históricas: a *legis actiones*, a *per formulas* e a *cognitio* extraordinária.

O primeiro período das *Legis Actiones*, assim chamado por influência da Lei das XII Tábuas, teve seu início desde a fundação de Roma e perdurou até o ano 149 a.C. É considerado como o período de maior influência para o antigo direito.

Nesta fase as solenidades eram rigorosas, obedeciam a um procedimento oral e formalista. E subdividiam-se em duas fases: *in jure* e *in judicio*.

Na fase *in jure* havia a presença do magistrado, que era um funcionário do Estado, este concedia a ação e determinava o objeto do litígio. Já na fase *in judicio*, desenvolvida perante o *judex* ou *arbiter*, tratava-se de um particular, sendo sua função proferir a sentença após a produção de provas e debate dos direitos.

O magistrado figurava somente na fase *in jure*, para presidir o ato e para alguns doutrinadores, entre eles Sílvio Meira¹¹, o magistrado era apenas uma testemunha solene do ato, e apesar de apagado ele não era nulo.

Na fase *in judicio* como já foi ressaltado atuava um particular e não uma autoridade do Estado, ra este que tinha a livre apreciação dos fatos alegados pelas partes e dispunha de grande liberdade de ação, pois era este que participava do momento de produção das provas e após apresentar a sentença encerrava sua função.

No segundo período, conhecido como *Per Formulas*, iniciado no 149 a. C, abrangeu os tempos da República. Esse período foi marcado pela necessidade de instituir uma magistratura que pudesse exercer uma jurisdição sobre os conflitos de interesse, tanto entre os romanos como entre os estrangeiros, tudo isso devido ao desenvolvimento romano em seus vários setores.

Esse período foi marcado pelo nascimento da figura do pretor peregrino, cuja função era fornecer às partes uma fórmula escrita que delimitava o objeto do litígio e em posse desta dirigiam-se perante um juiz que ao verificar os fatos, proferia a sentença.

Estava também subdividido em mais duas fases: *in jure* e *in judicio*. O magistrado atuava na fase *in jure* através da concessão da fórmula às partes, que nada mais era do que um resumo dos elementos jurídicos fundamentais da lide. Tratava-se de uma indicação do poder que seria exercido pelo juiz.

Na fase *in judicio* não mais atuava o magistrado, mas sim o juiz, que não era autoridade estatal; cabia a este proferir a sentença, obedecendo a fórmula já elaborada anteriormente. Insta acrescentar que quando o magistrado não se encontra seguro para julgar o feito voltava ao magistrado e cabia a este nomear outro juiz.

¹¹ MEIRA, Sílvio. **Noções gerais de processo civil romano** 1963 apud MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

O terceiro e último período foi a *Cognitio* Extraordinária que iniciou no ano 294 da Era Cristã sob o governo do Imperador Diocleciano e perdurou até a codificação de Justiniano (528-534).

Essa fase foi marcada pela criação da figura do juiz oficial, que era considerado como magistrado, funcionário do Estado, no exercício de uma função pública.

Ao ocupar essa função o magistrado passou a presidir e dirigir o processo, desde a sua instauração, ministrando a sentença e em seqüência executando-as, como ensina Vicente Miranda.¹²

Diante dessa mudança não teria mais necessidade de haver a divisão que ocorria nas duas fases anteriores, já que agora seria o mesmo juiz que conheceria a causa, que lhe daria sentença e em seqüência iria executá-la. Enfim as figuras de juiz e magistrado fundiram-se em uma única, passando a ser exercida pelo funcionário estatal.

3.2 Os Poderes do Juiz no Direito Romano

Neste momento torna-se necessário fazer uma análise quanto aos poderes do juiz no processo romano, já que até a terceira fase estes eram exercidos pelo juiz e pelo magistrado.

A jurisdição no direito romano, como foi em momentos ulteriores discutida, era exercida por duas figuras: o juiz e o magistrado. O magistrado nos períodos das *Legis Actiones* e *Per Formulas* atuava somente na fase *in jure*, considerado órgão estatal tinha a função de estabelecer antecipadamente os limites da lide. O juiz era um cidadão particular que diante das conseqüências jurídicas traçadas pelo magistrado colocava fim a lide ao prolatar a sentença.

¹² MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 13.

Nessa fase do direito romano as palavras juiz e magistrado não eram sinônimos. O Estado cuidava apenas de uma parcela da função judiciária e foi somente com o nascimento da terceira fase, da *Cognitio* Extraordinária, é que o Estado passou a exercer sua totalidade.

O magistrado exercia duas espécies de poderes: o *imperium* e a *jurisdictio*.

O *imperium* segundo Silvio Meira¹³, citado por Vicente Miranda era “o poder de comandar, de ordenar e de socorrer-se da força para fazer valer sua autoridade”. Já a *jurisdictio* era considerada como o poder que era conferido para o magistrado proferir o direito, fato este que era realizado na fase *in jure*.

Outras atribuições também foram conferidas aos magistrados através da edição de leis especiais.

Com relação às decisões ministradas pelo magistrado e pelo juiz quanto a *ordo judiciorum privatorum*, havia a sentença que era considerada como uma decisão final, em que se resolvia a lide condenando ou absolvendo o réu. Enquanto que na *cognitio* extraordinária são previstas três espécies de decisões: a definitiva, a interlocutória cuja função é sanear o processo de todos os empecilhos que possam prejudicar o desfecho, propiciando ao juiz continuar a marcha para a última fase, que é a decisão de mérito.

Ante o que foi discutido, pode-se verificar quais foram as fases pelas quais passou o direito romano quanto a figura do magistrado, até que pudesse ser concedido os poderes que este possui hoje.

3.3 Direito Brasileiro

¹³ MEIRA, Sílvio. **Noções gerais de processo civil romano** 1963 apud MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 14.

Após o descobrimento do Brasil, durante o período chamado de colonial, o nosso país ficou sob o governo de Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, de forma sucessiva.

Mesmo após a Independência ficou determinado que as leis portuguesas editadas até o dia 25 de abril de 1821 continuariam em vigor, permanecendo sob a égide das Ordenações Filipinas.

A primeira lei de cunho processual foi promulgada em 20 de outubro de 1823. Esta lei iria disciplinar somente causas que tratassem de matérias de direito comercial, enquanto que as lides de natureza cível eram regidas pelas Ordenações Filipinas e pelo Regulamento nº 737, editado em 25 de novembro de 1850. Esse regulamento objetivou reunir todas as leis complementares que tratassem de matéria pertinentes ao processo civil. Após a Proclamação da República foi aplicado a todas as lides cíveis.

Com a promulgação da Constituição Republicana no ano de 1891, foi conferido aos Estados-Membros, competência para que pudessem legislar sobre matérias pertinentes ao Processo Civil. Apenas os Estados de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, e o Distrito Federal resolveram promulgar seus diplomas legais, os demais continuaram aplicando o Regulamento 737.

Essa competência outorgada aos Estados-Membros foi retirada com a promulgação da Carta Magna de 1934 e reconsiderada pela Constituição Federal de 1937.

No ano de 1939 foi então editado o Código de Processo Civil que vigorou até 11 de janeiro de 1973, quando foi promulgado o atual diploma legal que cuida das matérias de Processo Civil.

Torna-se necessário mencionar como se comportou o magistrado durante o transcorrer de todas essas edições de leis, pelas quais passou o nosso país.

Os regulamento nº 737 e o Decreto nº 763 de 18 de setembro de 1899, determinavam que nenhuma causa podia sequer ser proposta sem que o douto magistrado fizesse a proposta de conciliação. O único poder que era conferido aos juizes era o de conciliador, haja vista que o mesmo chamava as partes, esclarecia sobre os interesses e vantagens da conciliação e dessa forma, somente se não conseguisse conciliar as partes é que se procedia a citação.

Vigorava no campo probatório o princípio da livre iniciativa das partes, ou melhor, o princípio dispositivo, em que cabia a cada um a iniciativa de apresentar as provas que melhor demonstrasse os seus direitos. Quanto à prova testemunhal cabia ao julgador somente ouvir a inquirição que era feita pelos advogados e manter a ordem; o juiz podia se achasse conveniente fazer indagações, quando necessário fosse.

E se após a produção de provas, ao manusear os autos sentisse o magistrado necessidade de algo para o seu convencimento, podia determinar *ex officio* a realização de diligências, embora não tivesse sido pedido pelas partes, para somente depois sentenciar.

O magistrado, neste momento da evolução processual, ficava intimamente ligado ao que fora apresentado pelas partes. Cabia a ele sentenciar embasado nas provas apresentadas, ainda que tivesse consciência de ser outra a verdade, o contrário do que foi demonstrado.

Nessa fase o juiz, segundo o Professor Moacir Lobo Costa¹⁴ o regulamento atribuía ao juiz o papel de um mero espectador, indiferente. Para esse douto estudioso “baseando-se nos arts. 230,191, 181, 209, o Regulamento armava o juiz de poderes de atuação no processo, para bem desempenhar sua missão”.

¹⁴ COSTA, Moacir Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil e de sua literatura, 1970 apud MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 29.

Proferida a sentença, estava encerrada a função jurisdicional do juiz. Após a sua publicação não era mais possível que o magistrado a revogasse, exceto por meio dos embargos que se admitia que fossem esclarecidas algumas obscuridades ou contradições.

Com relação aos códigos estaduais que foram promulgados com autorização da Carta Magna de 1891, afirmam muitos juristas que se tratava dos diplomas mais bem elaborados do meio jurídico da época.

No tocante ao papel desempenhado pelo magistrado, era seu dever marcar audiência e manter a ordem durante sua realização. Continuava a vigorar o princípio dispositivo, ou seja, o juiz ficava adstrito a julgar com base nos elementos e provas fornecidos pelas partes. Era-lhe conferido o poder de conduzir testemunhas coercitivamente e de determinar a realização de perícia quando necessário fosse. E ainda, após a apresentação das alegações finais, podia se desejar e lhe fosse indispensável à realização de diligências, requerida pelas partes, nesta última peça processual ofertada.

A sentença devia ser proferida dentro dos limites das conclusões apresentadas pelas partes. Após sua promulgação não podia mais ser modificada e estava previsto recurso *ex officio*.

Com a promulgação do Código de Processo Civil em 1939, o juiz passou a participar da relação processual, visto como órgão do Poder, com finalidade de compor os conflitos, visando os interesses da justiça. Houve uma significativa mudança da figura do juiz ora passivo, inerte, para o nascimento da figura de um juiz mais ativo.

Este código em seus dispositivos conferiu ao juiz poderes de direção do processo, iniciativa probatória, livre convencimento na apreciação da prova, isto é lógico, sem que se visualizasse sua função como autoritária.

Nesta fase processual foi atribuída ao magistrado, segundo o professor Moacir Amaral Santos¹⁵, duas espécies de poderes: Poder de Policia, cuja intenção era manter a ordem dos trabalhos forenses; e os Poderes Jurisdicionais, que eram subdivididos em ordinatórios, instrutórios e finais.

E como sucedâneo dessa figura de juiz ativo, no campo probatório foi conferido a este a possibilidade tanto de apreciar as provas oferecidas pelas partes, como também quando necessário participar ativamente da sua colheita. Esse poder, entretanto, era limitado a de indeferir diligências meramente protelatórias, a inquirição da partes e testemunhas e punir as testemunhas que se negassem a comparecer espontaneamente.

Muitos doutrinadores manifestaram-se afirmando que o único objetivo do código em oferecer tais poderes ao juiz era para que este pudesse solucionar as lides com maior rapidez; porém sendo considerado como um avanço frente aos dispositivos anteriores. Foi também considerado como uma vitória o julgador poder valorar as provas para motivar o seu convencimento, não podendo todavia, utilizar informações extrajudiciais, vinculando ao que fora pedido pelos litigantes, não lhe sendo permitido julgar nem *extra* e nem tão pouco *ultra petitem*.

O Código de Processo Civil atual, elaborado pelo Professor Alfredo Buzaid, trata dos poderes, deveres e responsabilidades do magistrado no Capítulo IV, do Título IV do Livro I Seção I.

Esse diploma legal preocupou-se muito em manter a justiça e a ética. Visou-se ampliar os poderes do juiz objetivando uma harmonia entre o princípio dispositivo e o fortalecimento de sua autoridade.

O magistrado deverá dirigir toda instrução processual, procurando resolver de forma rápida os conflitos de interesses.

¹⁵ SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. São Paulo:Saraiva, 1998. v. 1. p. 368-370.

É conferido à parte a iniciativa da ação e o ônus *probandi*, ou seja, deverão formar o convencimento do magistrado com provas que possam demonstrar o direito que pleiteiam, deverá este proferir sua sentença, embasado no que for apresentado pelas partes.

Atualmente, muitos doutrinadores têm se dedicado ao estudo do fortalecimento dos poderes do magistrado, não para restringir os poderes dos advogados ou das partes, mas como uma maneira de se alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e qualificada.

A doutrina moderna direcionou o seu trabalho a colheita do material probatório, defendendo segundo Cappelletti¹⁶ que o juiz não poderá mais se satisfazer com a simples direção formal do processo, em que agora passará a preocupar-se com a direção material do processo, ou seja, não mais poderá permitir que as deficiências técnicas do advogado prejudiquem o direito pleiteado pelas partes.

O tema, como se denota, é muito rico e não poderá ser totalmente apreciado nestas poucas linhas, devendo ser exaurido ao decorrer desta dissertação, com objetivo de expor que o magistrado moderno não é mais um convidado de pedra, mas será considerado como um personagem fundamental da cena judiciária.

¹⁶ CAPPELLETTI apud LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.36. jul./set. 1984.

4 OS PODERES DO JUIZ E AS PROVAS

4.1 Atividade Instrutória do Juiz

Em nossa legislação anterior eram muito escassos os poderes instrutórios concedidos aos magistrados, pois se encontravam interligados a uma visão privatista, que atualmente está totalmente afastada.

Como exemplo dessa visão atrasada narra José Roberto dos Santos Bedaque que: “Nas Ordenações, por exemplo, devia o juiz julgar segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado”.¹⁷

Diante das afirmações acima transcritas o magistrado ficava adstrito a iniciativa das partes na colheita do material probatório, e somente podia julgar diante daquilo que era trazido aos autos por estas, por tanto se comportava como um mero espectador.

Com o decorrer dos anos, essa visão de imobilidade dos juízes não mais satisfazia às exigências do avanço da ciência do direito, já que se entende como poderes instrutórios aqueles conferidos ao magistrado com a finalidade essencial de instruir a causa, podendo ele em decorrência destes poderes admitir ou não as provas oferecidas, permitir ou não a produção destas, e também de valorá-las.

Com a passagem dos anos foram apresentadas inúmeras manifestações de doutrinadores renomados, que defendiam que a produção das provas é de interesse das partes. Entretanto o juiz não pode manter-se inerte, pois este possui a direção do processo e deve zelar pela correta aplicação das normas

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 57 apud SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária**, p. 109.

processuais, podendo intervir durante a instrução para que ocorra a correta investigação dos fatos e por fim a descoberta da verdade.

Diante da tendência evolutiva dos ordenamentos processuais modernos foi promulgado o art. 130 do atual Código de Processo Civil.

“Art. 130 Caberá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.¹⁸

Esse diploma legal encontra amparo no princípio dispositivo, pois já que o Estado visa a justiça através de uma rápida e melhor solução do litígio, para que isto ocorra deve ser permitido aos juízes a sua participação ativa durante a fase de produção de provas.

Para iniciarmos, faz-se necessário tecer uma pequena explicação sobre o que significa instruir a causa. Em seu magistério, Moacir Amaral Santos, esclarece que: a instrução da causa é o preparo da causa com elementos adequados para uma decisão de mérito.¹⁹

Conclui-se então, que se trata da fase de preparação do processo, ou seja, é neste momento que se prepara o processo, que se busca trazer para os autos elementos que sejam realmente esclarecedores.

Por isso é que se afirma que o juiz deve dar a maior atenção possível a esta fase, pois para realizar um bom julgamento ele tem o dever de bem conhecer todo o material probatório. Diante da importância que possui esta fase, a nova corrente defende, que é também dever do juiz instruir a causa, como bem ensina Barbosa Moreira: “Nenhuma lei no mundo, hoje, consagra o absoluto monopólio,

¹⁸ Artigo 130 do atual Código de Processo Civil.

¹⁹ SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1981. v. 2. p. 269.

o absoluto privilégio das partes na atividade de carrear para os autos o material probatório”.²⁰

No processo civil quando a lide versa sobre direitos disponíveis, as partes fazem a indicação das provas, que possam da melhor forma comprovar os fatos alegados. No segundo momento caberá ao magistrado deferir-las ou não, verificando neste momento, se estas são ou não necessárias e em seqüência procede a sua produção.

Após a realização das provas, não se encontrando satisfeito, ou melhor, não se sentindo apto a julgar com total convicção, poderá o juiz determinar a realização de ofício de provas que achar necessária para a correta aplicação da lei.

Esta atividade instrutória realizada pelo juiz é essencial, podendo até ser considerada como ponto de maior importância dentro da relação processual, portanto, quando o magistrado determinar a produção de provas necessárias à instrução do processo, como afirma o dispositivo presente no código de processo civil, este não fará a substituição do papel das partes, porque fundamentará sua atitude, para não deixar dúvidas sobre a necessidade de sua ação, no anseio de conceder a justiça.²¹

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, out. 1984. p. 180.

²¹ A propósito: “Agravo de Instrumento – Despacho suficientemente fundamentado – Produção de prova – Iniciativa pelo juiz – Possibilidade – Prescinde de outra fundamentação despacho que determina a produção de outras provas, que não a que lhe é imanente e esta implícita, qual seja, a de buscar o julgador em outros elementos de prova subsídios para a formação de seu convencimento. Nulidade incorrente. O juiz não é espectador passivo do que dizem e fazem as partes no processo, nem homologador cego e submisso de situação que não o convence ou o leva a perplexidade. Na busca da **verdade real**, quando a **formal** não lhe pareça convincente, pode e deve determinar a produção de outras provas. CPC, art.130. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Agravo conhecido e desprovido. Votação majoritária. Vencido juiz relator, com declaração de voto”. (TAPR – AI 124843900 – Ac 10817 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Eugenio Achille Grandinetti – DJPR 13.11.1998, in *Juris Síntese Millennium...*, Síntese Editora, CD-Rom n.22, abril/maio 2000, ementa 9002014).

Cabe ressaltar que a tendência moderna em todas as legislações é a de ampliar os poderes instrutórios do juiz, pois não é incompatível com a natureza privada do direito material, já que são planos diferentes. Embora seja privado o objeto do processo que é a função jurisdicional, é pública.

O que visa garantir este dispositivo não é que o juiz beneficie uma parte ou outra na coleta do material probatório, ou seja, que haja no interesse privado, indo buscar provas sem real necessidade, mas deverá este servidor público procurar investigar, para apurar a verdade dos fatos, quando a situação demonstrar que existe essa possibilidade.

Esse diploma legal é perfeitamente esclarecido quando conjugado com artigo 131 do Código de Processo Civil que assim proclama:

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

Assim temos a brilhante explicação do mestre Sergio Augusto Frederico:

Assim, os artigos 130 e 131 reforçam a autoridade para a busca da verdade, ainda que as partes se tenham omitido desse encargo. Ele também apreciará livremente a prova que ele próprio trouxe para os atos, porque art. 131 permite essa leitura. É a lei outorgando ao juiz liberdade para descoberta a apreciação da prova, pois convém que o processo se aproxime da verdade.²²

Esse poder que vem sendo discutido, pode ainda ser utilizado de ofício, já que o juiz encontra-se investido nos deveres de agir com independência, serenidade e exatidão, segundo o art. 35, I, da LOMN, e isto pode perfeitamente ser enquadrado quanto a produção de provas.

Conclui-se que o juiz, não pode portar-se como mero convidado de pedra, diante da coleta do material probatório, pois feriria suas obrigações funcionais e

²² FREDERICO, Sergio Augusto. **O princípio da imparcialidade do juiz no processo civil e sua participação na coleta do material probatório**. 2001. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru. p. 64.

todos os dispositivos legais presentes no Código Processual Civil, não podendo ser desinteressado.²³

4.2 FINALIDADE DAS PROVAS (O JUIZ E A PROVA)

A melhor definição do que seja prova é feita pelos doutrinadores que se dedicam a Teoria Geral do Processo. Estes por sua vez, entendem-na como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência dos fatos controvertidos no processo”.²⁴

Como foi bem definido, a prova tem a função no processo de convencer o juiz a respeito dos fatos controvertidos ali presentes, para que forme elementos que possibilitem o seu convencimento.

Quando as questões que versam sobre matéria de direito, é mais fácil para o magistrado, pois basta aplicar a norma vigente ao caso concreto, sem necessidade de produção de provas.

Entretanto, ao se tratar de questões atinentes aos fatos, estes são desconhecidos pelo juiz, apenas chegam ao seu conhecimento através das narrativas das partes, autor e réu. Nesta situação o juiz deverá procurar fundamentos que cercam aquela situação, para em momento posterior vir a sentenciar.

Como forma de melhor explicar a atividade do juiz apresenta-se o sábio ensinamento:

Mister se faz que o juiz perceba os fatos da maneira mais real possível, com a razão e a sensibilidade, para que possa

²³ Em toda a relação processual busca-se o julgamento de mérito, em que o juiz irá proceder a apreciação dos fatos alegados diante das provas requeridas e das produzidas e somente ao final é que irá valorá-las e sentenciar.

²⁴ GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil, 2001. p. 239 apud GRINOVER, Ada Pellegrine e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**, 7 ed., São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1990, p. 310.

formular um juízo justo com relação às suas conseqüências diante da ordem jurídica vigente. Isso só é possível por meio da prova. Embora nem sempre esta seja capaz de demonstrar a verdade, é com base nela que ao juiz é dado formar sua convicção, orientado pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131).²⁵

É necessário salientar que não será qualquer fato que poderá ser considerado como objeto de prova, mas somente os fatos **pertinentes, controvertidos e relevantes** para o deslinde da lide, os demais devem ficar excluídos, pois não serão capazes de colaborar com a decisão do magistrado.

Também não possuirão função auxiliadora os fatos notórios, aqueles de conhecimento público, como os afirmados por uma parte e confessados pela outra e por derradeiro os que gozam de presunção legal de existência ou de veracidade, além daqueles tidos como impossíveis.

Em nosso ordenamento jurídico há um dispositivo legal em vigor, que assim proclama:

“Art. 332 Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” .

Esta norma é também amparada por nossa Carta Magna em seu art. 5º, inciso LVI, que visa apenas proibir as provas obtidas por meios ilícitos.

Ante a este diploma legal, nosso Código de Processo Civil passa a regular os seguintes meios de prova: nos artigos 342 a 347 trata do depoimento pessoal, nos artigos 348 a 354 cuida da confissão, zela pela prova documental nos artigos 364 a 399, aceita também a prova testemunhal nos artigos 400 a 419 e ainda a prova pericial nos artigos 420 a 439 e a inspeção judicial.

²⁵GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 239.

Esses meios de provas mais comuns tentam possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento, sendo admitidos outros desde que não sejam **ilícitos**.

A par destes instrumentos de prova o magistrado procederá a sua valoração para em seguida prolatar uma sentença justa.

Ainda no tocante às provas faz-se necessário mencionar quais são os momentos em que o juiz estará em contato com o material probatório. São três os momentos, digam-se essenciais.

O primeiro contato do juiz com a prova seria ao admiti-la e em seqüência ao determinar a sua produção. Logo, estaria na segunda etapa que se relaciona com a possibilidade da sua participação na coleta do material probatório e por fim um dos momentos mais importantes, em que ocorrerá a valoração da prova.

Como cabe ao magistrado a direção do processo, nada poderia ser permitido sem o seu consentimento. Ao ser mencionado anteriormente primeiro ocorrerá o que está previsto nos artigos 130 e 331, incisos I e II do Código de Processo Civil, ou seja, a produção de provas requerida pelas partes e também daquelas determinadas e achando o juiz conveniente indeferirá as inúteis e as meramente protelatórias.

Outra fase de grande importância ocorre no momento da prolatação da sentença. Essa é a fase decisória, em que o juiz procederá à realização da valoração de todo material colhido, atribuindo o valor que cada uma merecer e em seguida tornará sua decisão pública através da sentença.

Como finalização deste item torna-se ainda necessário tecer algumas observações quanto ao comportamento dos juízes durante o desenvolver das fases explicadas anteriormente.

Antigamente o Estado desejava um juiz inerte, pacífico e que se mantivesse distante do duelo entre as partes, sendo totalmente privado de propor qualquer forma de se averiguar a verdade dos fatos. Portavam-se assim, em decorrência da própria forma de governo, que seguia uma linha individualista.

Sabe-se que a função de um juiz é a de julgar bem e com justiça, aplicando as normas jurídicas abstratas aos casos concretos, encontrando maior dificuldade quando se depara com as questões de fato.

Essa dificuldade acontece porque o juiz não tem contato direto com os fatos que deram origem a lide e somente terá acesso a elas através das partes, que demonstrarão por meio das provas.

Diante desses argumentos, verifica-se que é necessário que o juiz procure conhecer bem os fatos, tendo a disposição sobre eles, primando sempre pela busca da verdade. E no correto exercício da sua função pública, quando necessário ordenar a produção das provas, pois a estes não importa que vença autor ou réu, a sua grande preocupação é para que seja vencedor aquele que é possuidor da razão.

Vale ressaltar os esclarecedores ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira: “Ao juiz, como órgão do Estado, interessa e diria que a ninguém mais do que a ele, que se faça justiça, isto é que vença aquele que efetivamente tenha razão”.²⁶

4.3 PODERES INSTRUTÓRIOS E O ÔNUS DA PROVA

Toda as questões que passarão a ser suscitadas, advém do artigo 333 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O juiz e a prova, **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.178. jul./set. 1984.

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor ”.

A palavra ônus analisada em face dos poderes instrutórios, traduz o dever das partes de provar, enquanto sujeitos processuais que são.

Essa tarefa foi conferida as partes porque o juiz necessita de provas para formar o seu convencimento e proferir sua sentença.

Atualmente não é mais autorizado aos magistrados proferir sentença *nom liquet*²⁷, como assim era permitido no direito romano. Como hoje os magistrados devem decidir, faz-se necessário entender corretamente a aplicação das regras de ônus da prova frente aos poderes instrutórios.

As partes movimentam-se durante toda instrução processual para demonstrar que suas afirmações são verdadeiras, somente sendo isto possível através das provas, ante a isso foi necessário fazer a distribuição do ônus da prova.

Nesta distribuição, que na verdade é um ônus e não uma obrigação, caberá ao autor produzir provas acerca dos fatos constitutivos do seu direito. Nesse sentido fato constitutivo refere-se aquele fato que dele deriva efeito jurídico, é dele que surge a relação jurídica de direito material.

Ao réu caberá tecer suas provas frente aos fatos impeditivos, que é bem explicado por Chiovenda, citado por Sérgio Alves Gomes “é a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes

²⁷“ No velho direito romano , quando o juiz não conseguia formar uma convicção segura sobre os fatos, dizia *nom liquet*, não está claro, e o processo recomeçava perante outro juiz.” MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O juiz e a prova, **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.181. jul./set. 1984.

de produzir o efeito que lhes é natural”²⁸. O fato modificativo é aquele que impede ou modifica a relação jurídica existente, enquanto que o fato extintivo faz cessar a relação jurídica.

Portanto, o ônus está intimamente ligado com as afirmações feitas por cada uma das partes com relação aos fatos acima explicados. Será o desejo de vencer destas que as motivará, para que venham trazer aos autos os melhores meios de provar o seu direito.

As regras estabelecidas para o ônus da prova já sofreram inúmeras reformulações e nos dias de hoje, aprimoradas pelos modernos processualistas, são embasadas no princípio da igualdade entre as partes.

Dessa forma, esclarece o artigo 333 do Código de Processo Civil que o autor deverá tentar convencer o magistrado sobre a existência do fato constitutivo do seu direito, não o fazendo ou sendo possível, poderá vir o réu a ser absolvido.

Em contrapartida, deverá o réu demonstrar que existem fatos impeditivos, modificativos ou que possam extinguir o direito ora pleiteado, caso não possa realizar ou não fique suficientemente provado, o magistrado julgará o feito procedente.

Como se denota, todo questionamento sobre o ônus da prova surge quando se mostram insatisfatórios os resultados da atividade instrutória realizada pelas partes, pois o órgão judicial será obrigado a julgar ainda que o material probatório colhido esteja incompleto.

Essa possibilidade de haver pontos obscuros no material probatório no momento de sentenciar traz riscos para os sujeitos processuais, surgindo a necessidade de se verificar como se deve proceder para conciliar essa falta, aos poderes instrutórios do juiz e o ônus da prova.

²⁸ GHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, 1965, apud GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.247.

Toda a doutrina moderna manifesta-se no sentido de que a essência das normas referentes ao ônus da prova devem ser entendidas como regras de julgamento, permitindo que seja possível prolatar uma decisão apesar de existirem pontos obscuros. Isto acontece, pois é expressamente proibido a extinção de processos sem julgamento da causa e também de sentenças *nom liquet*, sendo sobre esta matéria que a presente monografia se deterá.

Diante das mudanças nas concepções de Estado e sociedade o processo civil também teve que se atualizar, sendo fato de amplo conhecimento para todos os países a tendência de ampliar a iniciativa do órgão judicial na colheita do material probatório.

O vigente Código de Processo Civil traz em seu bojo o artigo 130, que já foi transcrito em página anterior. Esse dispositivo vem a habilitar o magistrado para determinar de ofício a produção das provas que forem necessárias para a instrução do processo.

Esse poder foi conferido ao julgador porque é a ele que interessa o rápido esclarecimento da lide, tarefa esta que não depende, desse modo, somente às partes, pois a lei espera que não haja a omissão de fatos essenciais para a realização do julgamento da lide.

Com relação a este assunto a doutrina brasileira divide-se em opiniões quanto a aplicação da regra do ônus da prova e o exercício dos poderes instrutórios do juiz.

A corrente de posicionamento tradicional defensora de uma conduta mais passiva por parte do julgador, afirma haver um conflito entre as normas dispostas nos artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil. Para eles o juiz não poderá substituir a tarefa das partes na fase de produção de provas, devendo obedecer fielmente a regra disposta no art. 333, caso a parte incumbida de provar os fatos, não o faça, por qualquer motivo que seja.

Esse posicionamento, diga-se mais conservador, somente admitiria a aplicação do art.130 em situação **excepcional de dúvida por parte do magistrado ou nas causas que versarem sobre matéria de ordem pública.**

Desse modo, entende-se que a atividade instrutória do juiz é supletiva das partes, somente podendo ser exercida em momento posterior e se existir alguma dúvida, caso contrário, não há previsão.

Vejamos então a opinião jurisprudencial manifestada por essa corrente tradicional:

Prova – Ônus da prova – A iniciativa probatória é sempre da parte (princípio dispositivo). Excepcionalmente, poderá o juiz complementar prova em busca da convicção para julgar (princípio inquisitório). Jamais terá iniciativa probatória, pena de substituir-se a parte, perdendo a imparcialidade, pressuposto inarredável para prestação jurisdicional²⁹.

Denota-se que essa parte da doutrina visualiza o julgador como mero “espectador”, somente sendo permitido que passe a agir como um substituto das partes, após a aplicação das regras sobre ônus da prova, isto se houver alguma dúvida.

Não é aceito por essa parte da doutrina que o juiz ao agir, ou seja, participar da colheita do material probatório, não estará agindo no interesse das partes, mas apenas com o objetivo de se proporcionar justiça e o bem comum com a sua decisão.

Detentora de uma visão mais atual e evoluída a outra corrente, comumente chamada de ativista, defende um posicionamento mais participativo por parte do julgador e ainda tem-se a ressaltar que a aplicação das regras sobre o ônus da prova não interfere nos poderes instrutórios que foram determinados ao juiz, podendo participar da colheita das provas.

²⁹ (TRT – 2ª R. – AC. 02910004281 – 4ªT. – Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira – DOESP 24.01.1991, *in* Juris Sintese Millennium legislação..., Síntese Editora, CD-Rom n.22, abril/maio 2000, ementa 911280).

Entende essa parte da doutrina que existe uma correlação necessária entre os artigos 130 e 333 do Código de Processo de Civil, pois estes são exercidos em momentos processuais distintos. Assim a distribuição da regra sobre ônus da prova, que será melhor explicada a seguir, servem para facilitar a atividade instrutória do juiz, haja vista que caberá ao julgador utilizá-la no momento de sentenciar.

Como explicação para o correto entendimento desse posicionamento, há a brilhante explicação do mestre Sérgio Augusto Frederico:

Os arts. 130 e 333 não se contrapõem, ao contrario convivem harmoniosamente. Permitir ao juiz colher provas por sua própria iniciativa não exclui tal tarefa também por parte dos litigantes. O juiz deve prudentemente, utilizar-se de seus poderes instrutorios na forma que estabelece o art.130: determinar provas de ofício ou deferir aquelas requeridas pelas partes, não sobrevivendo elementos probatórios suficiente, ao julgar, deve aplicar a regra do ônus da prova.³⁰

Em contraposição ao posicionamento tradicional, o magistrado poderá participar da coleta do material probatório sem ferir o seu dever de manter-se imparcial, neutro no exercício de sua função, pois ao designar a produção de uma prova não poderá prever qual das partes será beneficiada.

O juiz, como órgão do Estado, age em benefício da justiça, para que vença aquele que realmente possui o melhor direito.

No tocante a aplicação da regras sobre ônus da prova, há outro ponto de contradição entre as duas correntes. A doutrina ativista, a qual esta monografia

³⁰ FREDERICO, Sérgio Augusto. **O princípio da imparcialidade do juiz no processo civil e sua participação na coleta do material probatório**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino, Bauru. 2001, p.74.

tende ressaltar, entende que o magistrado somente deve preocupar-se com a distribuição do ônus da prova no momento em que for sentenciar.

O magistrado sem permitir que as partes sintam-se acomodadas e não busquem seus meios de prova, poderá determinar a produção daquelas que realmente achar necessário para que possa sentenciar tranqüilamente. Entretanto, após o transcurso de toda fase instrutória com a sua participação e também das partes, exatamente no momento da valoração do material coletado e se ainda houver dúvidas ou lacunas, poderá aplicar às regras sobre o ônus da prova.

Assim, realizado todo trabalho a fim de obter o material probatório, não sendo este suficiente, deverá o magistrado neste momento recorrer as determinações sobre o ônus da prova. Portanto, verificando o julgador que não foi provado o fato constitutivo do direito do autor, deverá imputar essa conseqüência ao mesmo.

De outro lado, se lacuna probatória versar sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, quem suportará as conseqüências será o réu.

Vale ressaltar a título conclusivo a lição do prudente doutrinador Barbosa Moreira:

Então, as regras sobre ônus da prova subsistem; não são afetadas pelo poder do juiz de determinar *ex officio* a realização de quaisquer provas, porque elas constituem a última solução, a tábua de salvação que a lei atira ao juiz em contrapartida da proibição que lhe impõe de deixar de julgar por não ter conseguido formar uma convicção segura.³¹

Consoante a sábia explicação, aclaradora de conhecimento, não deve o juiz dirigir-se cegamente à regra presente no art.333, deve antes verificar se as

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O juiz e a prova, **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.181. jul./set. 1984.

partes deduziram corretamente as provas em juízo e se foram esgotadas todas as vias. Caso verifique a ausência de instrumento probatório em razão de uma das partes não dispor de recursos, verificando uma desigualdade na relação processual, poderá utilizar de seus poderes instrutórios e se ainda assim restar improvados os fatos, será neste momento final que fará uso do ônus da prova, como meio efetivo e justo de solucionar a lide.

5. DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

5.1 O Princípio da Imparcialidade - Conceito

O Poder Judiciário tem como uma de suas finalidades resolver todos litígios que lhe são propostos. Diante desse atributo, ou seja, de distribuir justiça aos homens foi que surgiu a necessidade do Estado, conferir-lhe jurisdição e através desta foi possível aos juizes que **julgassem** e **decidissem**, de modo desinteressado.

Quanto a essa expressão, **desinteressado** faz-se necessário abrir um parêntese, pois a mesma não quer se referir ao magistrado estar sem atenção ao feito, mas trata-se da sua falta de interesse para que vença autor ou réu, preocupado em cumprir a sua função para que vença tão somente aquele que possui o melhor direito.

Em decorrência de sua atividade surge a discussão quanto a imparcialidade do órgão julgador, adiantando ser este princípio um atributo inafastável, inseparável da jurisdição.

O princípio da imparcialidade deve ser visto como uma decorrência do próprio Estado de Direito em que vivemos, pois nossa Carta Magna assegura que

todos os cidadãos são iguais perante a lei, não podendo ser permitido que um cidadão seja beneficiado em detrimento de outro. Está expresso no art. 3º, IV, que zela pelos objetivos do Estado Brasileiro:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”³²

Há ainda menção a este tema no art. 5º, XXXVII e LIII, do mesmo diploma legal.

Ressaltando a importância da imparcialidade da jurisdição houve o reconhecimento internacional através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim foi proclamada:

Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.³³

Dessa forma, entende-se que fica proibido de tribunais *ad hoc* e os de exceção, consagrando assim o princípio do juiz natural que deve agir com imparcialidade para solucionar as causas que lhes são submetidas.

Na atuação do juiz durante toda relação processual são lhe feitas algumas exigências. Torna-se necessário que o mesmo mantenha sua neutralidade em relação às partes, seja desinteressado quanto aos sujeitos da

³² Art. 3º da Constituição Federal de 1988.

³³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948.

lide e preocupe-se apenas com o desejo de justiça, buscando sempre a equidade, ou seja, a igualdade real.

Neste sentido vejamos a brilhante explicação de Cintra, Grinover e Dinamarco:

O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.³⁴

Como forma de manter esta imparcialidade, que é tão necessária à relação processual, foram estipuladas algumas garantias aos magistrados para que possam manter a sua postura. São elas a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade, presentes em nossa Constituição Federal no art. 95.

Portanto, como resultado desse princípio, no intuito de garantir uma decisão justa, deverá o juiz manter-se sob as partes, preocupando-se apenas com o dever de conceder a justiça a quem dela necessita, não devendo visualizar a imparcialidade apenas como uma faculdade, mas como um dever de sua profissão.

5.2 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

No tocante a imparcialidade ainda, existe muitas divergências doutrinárias em que defende a doutrina abstencionista que se houver a participação do juiz na

³⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51-52. j

coleta do material probatório, este passaria a beneficiar qualquer das partes, gerando a quebra do dever de ser neutro.

Neste capítulo tentaremos esclarecer que é possível a participação do magistrado durante a fase de produção de provas, preservando a sua imparcialidade e garantindo realmente uma decisão justa.

Ao dissertar-se sobre o dever do magistrado de se manter imparcial, faz-se necessário tecer alguns comentários quanto a sua responsabilidade pessoal e profissional de prolatar uma decisão que esteja de acordo com os ditames da lei e os Princípios Gerais do Direito. Foi diante dessa preocupação que a corrente moderna passou a dedicar-se aos estudos para demonstrar que é possível existir um juiz mais ativo, participativo, deixando-se de lado a figura do mero espectador, frio e distante da atividade das partes.

A doutrina tradicional, preocupada em manter a imparcialidade do órgão julgador, defende que o legislador não teve intenção de dotá-lo de poderes quando da redação do art. 130 do CPC, para que este viesse a determinar a produção de provas e se caso o magistrado ordenasse a produção de alguma prova, diante da inércia da parte, deixaria de ser neutro e estaria se afastando ao máximo de sua real atividade.

De opinião contrária, defendendo uma posição mais dinâmica do magistrado, apresenta-se a doutrina ativista. Essa corrente aponta algumas explicações fundamentadas, que demonstram a possibilidade do juiz participar mais ativamente da relação processual, deixando de lado a figura de simples convidado de pedra, mero ditador, para atuar, sem o intuito de beneficiar qualquer das partes ou de ferir seu dever de imparcialidade, apenas tendo como preocupação o dever de distribuir a justiça.

Segundo um dos doutrinadores ativista, Cândido Rangel Dinamarco³⁵, o juiz moderno deve entender que sua imparcialidade é mantida quando há oferta de iguais oportunidades as partes, não revelando preferência por uma ou por

outra, não sendo admitido de forma alguma a indiferença durante a fase instrutória.

O juiz ao manter seu compromisso com a lei, determinando a produção de uma prova, não tem condição de saber qual será o resultado. Esta atitude não foi tomada com certeza para beneficiar qualquer uma das partes, mas com o intuito de se demonstrar a verdade, proferindo uma decisão mais próxima da justiça.

Com propriedade afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

Para ele (juiz) não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que sai vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente a sua função.³⁶

Um outro ponto foi ressaltado por esta corrente, na demonstração da possibilidade da atividade do magistrado que ao determinar a produção de alguma prova poderá preservar a sua imparcialidade, desde que submeta sua atividade instrutória ao princípio do contraditório, e ainda motivando suas decisões. O magistrado que fundamentar de forma clara suas sentenças e somente prolatá-las após a ocorrência do contraditório, ficará isento de qualquer acusação de violação do seu dever de se manter imparcial.

Por ser a imparcialidade um dever inseparável do magistrado, deve o mesmo decidir sempre visando o interesse público, colocando-se acima das partes, fornecendo a estas as mesmas oportunidades, não deixando em momento algum de ser neutro.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 275.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 80.

Torna-se falsa então, a afirmação feita pela corrente tradicional de que o magistrado ao determinar a produção de uma prova irá somente decidir com base nela. Isto não ocorrerá, pois o magistrado torna-se obrigado a respeitar o princípio do contraditório, e ainda, deve ser lembrado que toda decisão proferida será motivada, sob pena de tornar-se sem qualquer validade, como dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal.

Insta salientar que as provas são produzidas para esclarecer pontos obscuros da relação processual, com a finalidade de trazer a clara verdade procurada, e após a sua colheita, se não for esclarecedora o juiz não poderá utilizá-la.

A figura do juiz imparcial, não pode ser confundida com o juiz inerte, passivo, despreocupado com o resultado final da lide. Não pode ser mantido o entendimento de que o juiz parcial é aquele que participa da produção da prova, mas o que poderá prejudicar sua neutralidade será o silêncio diante das situações de desigualdade e também o modo como ponderará, como pesará cada prova colhida, para em seguida prolatar sua decisão.

Percebendo o julgador que existe desigualdade entre as partes, para a realização da fase instrutória, podendo esta desigualdade ocasionar prejuízos no resultado, não será possível que o julgador cerre seus olhos a mantenha-se inerte, pois será desse modo que ele ferirá a sua imparcialidade. Caberá ao magistrado, como instrumento de justiça intervir nesta fase, não prejudicando sua imparcialidade já que estará adstrito ao princípio do contraditório e ao da motivação das decisões judiciais.

A título conclusivo apresenta-se:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar

atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento de ofício determinar que sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por que concebe processo como instrumento efetivo de acesso a ordem jurídica justa.³⁷

Essa conclusão será mais debatida e esclarecida logo à frente, quando tratarmos das concepções da doutrina ativista.

5.3 A Imparcialidade sob a Ótica do Processo Civil Moderno

A moderna ciência processual, diante de todas as mudanças sociais, econômicas, históricas e políticas, passou a preocupar-se mais com a efetividade do processo, ou seja, deixou em segundo plano os exagerados e desnecessários formalismos. Com essa mudança procurou-se efetivar o acesso de todos aqueles que necessitam da justiça e não somente da técnica do rigorismo.

O processo civil atual preocupa-se em efetivar o direito material, em ser realmente um instrumento útil para a sua sociedade, que almeja a pacificação das lides e a manutenção da paz social.

Para direcionar todas essas mudanças ocorridas, a instrumentalidade passou a exigir um juiz mais ativo, dinâmico e principalmente participativo. Nesse sentido manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco:

O juiz moderno compreende que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito a oferta de iguais oportunidades às

³⁷ BEDAQUE, José dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 81-82

partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença.³⁸

Diante dessa mudança o juiz também teve que se adequar. Muitos doutrinadores censuram essa nova posição tomada pelos juízes. Afirmam estes que agindo assim, o juiz estará ferindo seu dever de manter-se imparcial.

Na verdade o juiz iria ferir o princípio da imparcialidade, se por estar sobre as partes pudesse verificar uma prova necessária e se mantivesse inerte, nessa situação é que haveria o privilégio de uma das partes.

O juiz ativo não fere, de modo algum, sua imparcialidade, pois este age em nome da justiça e na busca da melhor solução para o processo. Como afirmou Dinamarco que critica o formalismo exagerado, o magistrado não pode manter-se passivo desculpando sua falta de ação no medo de ser parcial. Oferecendo iguais oportunidades para os sujeitos processuais e fundamentando sempre suas decisões não haverá do que temer.

Essas mudanças passaram a exigir que o juiz trabalhasse em conjunto com as partes, objetivando ao final prolatar uma decisão justa verdadeira. Somente assim será possível que o processo esteja a serviço do homem e atenda aos seus fins sociais.

A doutrina tradicional, por não aceitar essas mudanças, digam-se necessárias, na postura do julgador, afirma que ao participar da coleta do material probatório perde o juiz sua neutralidade para beneficiar uma das partes. Enganam-se quanto a essas objeções, já que o magistrado ativista ao determinar de ofício a produção de uma prova não é vidente para já de pronto identificar se beneficiará autor ou réu. Logo, essa iniciativa não poderá significar quebra do dever atribuído a sua profissão.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.196

Nessa caminhada de estudos, a solução encontrada pelos doutrinadores modernos para afastar o fantasma da parcialidade, foi o de submeter toda atividade instrutória dos magistrados a égide do contraditório. Dessa maneira todo o material que for colhido sem que houver participação das partes deverá ser concedido a estas o direito de manifestarem-se, no momento oportuno, sobre o resultado.

Também foi ressaltado, pelos estudiosos do tema, importante conclusão sobre o tão discutido ônus da prova, em que ficou acertado que a sua aplicação dar-se-á como última tentativa para a solução da lide, devendo ser aplicado da seguinte forma: se for verificado que o fato não provado era o constitutivo de direito, atribui-se ao autor as conseqüências dessa lacuna. Verificando-se que a prova que está faltando é do réu, sendo referente a fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito, será este que suportará as conseqüências, como já foi devidamente ressaltado no item III, que trata especificamente do tema.

Anteriormente foi exposto que o princípio da imparcialidade é considerado condição *sine qua non* para que se exerça toda função jurisdicional. Isso assegura aos litigantes que sua demanda será dirigida e julgada por um terceiro, que não possui interesse algum em beneficiar qualquer das partes, pelo contrário, seu interesse está voltado para que se obtenha a melhor solução da lide, pesando o equilíbrio e a justiça.

Em decorrência dessa exigência encontra-se no Código de Processo Civil, exatamente no art. 125, I, um dispositivo que visa assegurar a igualdade de tratamento às partes:

“Art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme disposições deste Código, competindo-lhe:
I – Assegurar as partes igualdade de tratamento.”³⁹

³⁹ Art. 125 do atual Código de Processo Civil

Nossa Carta Magna estabeleceu o princípio da igualdade, de imensurável importância, não podendo ser omitido nas ciências processuais. Diante desse princípio os processualistas modernos entenderam que o juiz está habilitado pelos seus poderes instrutórios a determinar a produção de provas, como a realização de perícias, cópias de documentos, entre outras formas de provas permitidas em lei, sem agir com desigualdade frente aos litigantes, já que sua conduta é toda direcionada à solução do litígio e não para o benefício pessoal de qualquer um dos litigantes. O julgador conduzirá o feito sem beneficiar um ou outro, concederá oportunidades amplas a ambas para provarem ou contestarem o alegado⁴⁰.

Por derradeiro, convém debatermos sobre a incansável pergunta que afronta a todos os doutrinadores: É incompatível a posição ativa dos juízes na colheita do material probatório com a preservação de sua imparcialidade?

Toda essa discussão iniciou-se quando foi verificado com os operadores do Direito, que diante das desigualdades econômicas das partes gerava na relação processual um certo desequilíbrio, que diretamente provocava prejuízos para aqueles menos abastados.

Aquele que é possuidor de melhores condições financeiras, sempre obterá mais informações e terá acesso a mais recursos, dispondo de advogados mais competentes e também poderá suportar sem nenhum prejuízo a longa duração dos feitos. Outro ponto que também inviabiliza a utilização dos serviços do Judiciário são as altas taxas cobradas, que desestimulam aqueles que realmente necessitam.

A doutrina tradicional, como já foi ressaltado em páginas anteriores, prefere defender a inércia dos juízes que devido à sobrecarga de trabalho, a

⁴⁰ Será através da concessão de iguais oportunidades às partes que o processo pode-se converter num instrumento eficaz para a apuração da verdade material. E ao juiz para garantir este princípio deve identificar essa situação de desigualdade e atuar para que ela desapareça.

frente de vários processos pendentes de solução, dificilmente empenham-se para partirem a procura de outros elementos probatórios, quando aqueles apresentados pelas partes aparentam ser insuficientes e falíveis, não lhe possibilitando emitir uma decisão segura.

Os seguidores do abstencionismo preferem aguardar as alegações das partes e não utilizam seus poderes instrutórios, apresentando como desculpa a parcialidade, que é inadmissível para os magistrados.

De outro lado, com o objetivo maior de diminuir as desigualdades entre as partes, encontramos aqueles que defendem que a imparcialidade está intimamente ligada à correta instrução do processo, ou seja, como já foi mencionado anteriormente, trata-se da fase destinada a coleta do material probatório, das provas necessárias a solução do litígio, que podem perfeitamente ser produzidas com a participação do julgador.

Compartilhando com esta idéia relata o moderno processualista Barbosa Moreira:

Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto a mesma censura na hipótese de omitir-se, com efeito a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte.⁴¹

Diante desta explicação, pode-se concluir que o magistrado somente ferirá o princípio que rege sua carreira ao não agir, ao manter-se inerte quando da sua atuação pudesse solucionar justamente a lide. O tão esperado agir do juiz, deixando de ocupar o lugar de convidado de pedra do processo não poderá ferir sua imparcialidade, primeiro porque o faz legalmente, por haver previsão legal (art. 130 do Código de Processo Civil) e em segundo porque age em prol do bem

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano XLVI, n. 250, p. 21-22, ago. 1988.

estar social. Age sem preocupar-se com o resultado, se será um ou outro vitorioso, mais pensando em melhor exercer a distribuição da justiça. E em momento algum substitui o lugar das partes.

Insta salientar novamente, como desfecho, as brilhantes palavras de Barbosa Moreira:

O lema do processo “social” não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras.⁴²

O novo processo civil precisa para ser eficaz de que haja colaboração, ou seja, de que juiz e as partes trabalhem juntos. A função/atuação de um ou de outras não são excludentes. Não podendo ser confundido a figura de um juiz ativo com a de autoritário, que já não é mais aceita diante dessas mudanças.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 56, jan./mar. 1985.

6 CORRENTES DESENVOLVIDAS SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA

6.1 A Atividade do Juiz sob a Ótica da Doutrina Tradicional

Por ser a atividade probatória tão influente no resultado final do processo, é que muitos doutrinadores passaram a estudar detalhadamente o tema levando a formação de duas correntes, de posições antagônicas, frente a atividade do juiz na coleta do material probatório.

Neste momento a atenção será direcionada ao posicionamento tradicional, enquanto que logo à frente, se discutirá, de maneira minuciosa, a doutrina ativista que é objeto desta monografia.

A discussão sobre a atividade probatória do juiz, não é tão recente como pensam alguns, em decorrência da edição do art. 130 do Código de Processo Civil, mas já decorre de longa data. No diploma processual civil anterior, toda discussão centrou-se no art. 117.

Defendendo que o atual código não acolheu *in totum* o princípio dispositivo, entendem os ilustre doutrinadores filiados a esta corrente, que o poder de agir para produzir provas pertence somente às partes e ressaltam ainda que o juiz deve ater-se no momento do julgamento ao que foi trazido pelas partes, somente podendo agir de forma supletiva.

Contestam a posição de um juiz mais ativo, participativo, pois o processo brasileiro é predominantemente formado por partes, sendo tarefa destinada a elas convencerem o magistrado sobre o seu direito, já que ele não domina conhecimento dos fatos.

Como um dos doutrinadores defensores do posicionamento tradicional o professor Arruda Alvim manifesta-se nos seguintes termos: “Desta forma, se compadece mais com a posição imparcial em que se deve conservar o juiz, teoria que entende que as partes, principalmente, são os agentes da atividade probatória, trazendo-a ao processo para informá-lo”.⁴³

Ante o exposto torna-se possível verificar que esta parcela prefere manter o magistrado como mero espectador dos fatos, que se mantém inerte durante toda fase instrutória, aguardando apenas o momento final, que será o de prolatar a sentença.

No Código de Processo Civil de 1939 toda discussão tinha como cenário o art. 117, que assim preceituava:

“Art. 117. a requerimento, ou ex- officio, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligencias necessárias á instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”.⁴⁴

O diploma legal supra citado, segundo a visão conservadora, somente era aplicado subsidiariamente à atividade das partes, ou seja, caso o material probatório colhido pelos sujeitos processuais não fosse satisfatório e não fosse possível aplicar a teoria do ônus da prova, não se encontrando o julgador seguro para julgar, poderia determinar a produção de provas.

Verifica-se que existe uma grande preocupação por parte dos defensores desta doutrina em manter a imparcialidade do juiz. Afirmam que se houvesse um magistrado ativo que interviesse nas omissões de uma das partes, causaria um benefício direto a esta e faria com que ela não sofresse penalidades por sua omissão.

⁴³ ALVIM, Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano1972, v. 7. p. 219/220

⁴⁴ Art. 117 do Código de Processo Civil de 1939

Justificam ainda a inércia quando ressaltam que se o magistrado determinasse a produção de uma prova ficaria adstrito a julgar somente com base nela, dispensando todas as demais.

Nesse sentido, o papel do juiz será apenas de esperar que as partes dirijam-se até ele para obterem a autorização ou não da produção de determinada prova, evitando com isso a produção de provas inúteis. Haja vista que a prova é de fundamental importância para a solução do feito, deve o magistrado manter-se afastado das partes para que não seja criado qualquer constrangimento quanto a sua imparcialidade.

Diante desse medo de agir do magistrado e tornar-se parcial, foi muito discutido na época do Código de Processo Civil de 1939, a possibilidade de conferir ao Ministério Público a iniciativa de determinar a produção de provas, ao invés de outorgá-los ao juiz, em que assim seria resguardada a sua sagrada imparcialidade.

Como forma de melhor demonstrar o entendimento dessa corrente ressalta-se:

A posição do juiz deve ser mantida, o quanto possível na mais absoluta imparcialidade para, assim centrada, decidir a respeito dos interesses que se apresentam em contraste ou conflito. A investigação unilateral por parte do juiz, procurando descobrir a verdade e, para tanto, realizando uma prova, possivelmente o condicionará psicologicamente – mesmo que não conscientemente – a crer mais no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação⁴⁵.

Consoante a arguição, preocupa-se demasiadamente com a imparcialidade do órgão julgador, pois este vindo a agir poderia deixá-la muito

⁴⁵ ALVIM, Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 230.

vulnerável. Essa visão trata-se de uma herança das Ordenações Filipinas, pois nesse período o juiz julgava apenas com base no que se encontrava provado nos autos, ainda que a verdade fosse do seu conhecimento e sua consciência manifestasse de maneira contrária.

O juiz não poderia agir durante a realização a produção das provas, ficava reservado a estes agirem **subsidiariamente**⁴⁶, nesse sentido o juiz não poderia agir de ofício caso fosse necessário a produção de alguma prova, ficava adstrito às partes, assim que entendiam ao ler o art. 117 do antigo Código de Processo Civil.

A única abertura conferida ao juiz para agir *ex officio*, mesmo perante a inércia da parte, seria quando a matéria a ser provada tratasse de bens indisponíveis ou matéria de ordem pública. Portanto, somente nessas situações era autorizado aplicar o citado artigo na íntegra.

Com a publicação do novo Código de Processo Civil em 1973, foi trazido em seu bojo o art. 130, considerado como um avanço processual para a época. Entretanto, esta parte da doutrina apesar de reconhecer a existência dos poderes instrutórios, preferiu manter seu posicionamento, meio tímido, para se adaptar às mudanças que ocorreram.

Esse diploma legal manteve algumas determinações e ampliou sensivelmente os poderes do juiz no âmbito probatório. Os mais conservadores permaneceram firmes ao afirmarem, que se o julgador participar da coleta das provas, deixará seu papel de diretor do feito, para agir como parte, passando a julgar somente com base nas provas que ele determinou a produção.

Argumenta-se ainda, que se este artigo fosse aplicado como está expresso conferiria poderes ilimitados ao magistrado, não sendo correto este entendimento, como logo a seguir será demonstrado.

⁴⁶ A expressão subsidiariamente para esta corrente doutrinária deve ser compreendida como uma permissão para o juiz agir somente após a atividade das partes e se restar grande dúvida que não possa ser solucionada através da utilização do ônus da prova.

Deposita-se no ônus da prova o título de melhor herói, daquele que solucionará a lide, nos casos em que as partes por impossibilidade ou por falta de conhecimento de seus patronos e até por falta de recursos deixam de produzi-la. Preferem manter essa visão privatista do direito, porque demonstram grande medo de violarem o dever da imparcialidade.

Acreditam que a boa justiça é aquela proferida por um juiz inerte, que diante da falta de prova de uma das partes, não procura verificar o motivo da lacuna e logo prolata sua decisão.

Comprova-se tal entendimento através das palavras do ilustre doutrinador Moacyr Amaral Santos:

Se tivesse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes, apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para o outro, nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça.⁴⁷

De acordo com a citação das palavras do processualista, essa corrente até admite os poderes instrutórios expressos no art. 130, mas não com a

⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial** apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. v. 6. p. 419.

abrangência que lhe foi conferido legalmente, somente de forma restrita e subsidiária, sendo dever das partes, em qualquer situação, mesmo nos casos de desigualdade a prova de seus direitos.

Dessa forma, mantém a figura do juiz como a de diretor do feito, só podendo intervir em situações excepcionais na fase instrutória, pois no seu entendimento a produção de provas é dever das partes, apenas. O medo de ser parcial encontra-se presente, fazendo com que os magistrados deixem de prolatar decisões mais justas, ainda não conseguindo se adaptar às exigências do Estado Moderno.

A preocupação demasiada com a sagrada imparcialidade impede o juiz de realmente desempenhar o papel que lhe é exigido diante das necessidades da sociedade atual, porque para os tradicionalistas a sua participação na pesquisa e demonstração da verdade o levaria a proferir sentenças parciais e apaixonadas.

Entretanto, por não ser esta a concepção verdadeira é que se dedicará o próximo item para demonstrar os fundamentos do ativismo judicial.

6.2 O Ativismo Judicial

Com posição diametralmente oposta apresenta-se a doutrina moderna que recebeu o nome de **ativista**, por defender um posicionamento mais participativo por parte do julgador.

Durante os longos períodos de dedicação aos estudos, foi comprovado que o juiz pode perfeitamente utilizar-se dos poderes instrutórios que lhes foram conferidos pelo art. 130 do Código de Processo Civil, como se demonstrará a seguir, sem tornar-se parcial ou passar a agir no lugar das partes.

O primeiro ponto a ser esclarecido foi quanto a vigência do princípio dispositivo, haja vista que o mesmo impõe restrições a atividade *ex-officio* pelo

juiz, conferindo às partes a iniciativa de instrução da causa, restando ao juiz, apenas o dever de sentenciar fundamentadamente.

Diante da publicação do novo Código de Processo Civil de 1973, com a edição do art. 130, verificou-se que este princípio deixou de ser absoluto, pois foi conferido poderes instrutórios ao magistrado para também instruir a causa, não havendo mais qualquer desarmonia.

Esse entendimento foi possível devido a outras mudanças que ocorreram no processo civil, como o busca da efetividade do instrumento processual. Segundo um dos idealizadores: “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais”.⁴⁸

Adotando-se essa nova concepção, a preocupação do processo não é mais a de seguir todos os rigorismos formais, mais sim de eliminar as insatisfações que levaram as partes a procurarem o judiciário, para receberem uma decisão justa, que realmente lhe assegure seus direitos. Foram estas mudanças que exigiram uma evolução na mentalidade e na postura dos juízes, já que sem o seu consentimento nada será possível.

Existem inúmeros fatores que obstam o acesso à justiça, tais como: a pobreza, a desinformação, a legitimidade ativa individual e própria descrença no resultado final. Ao tomar consciência desses problemas surgiu a motivação, que incentivou os modernos processualistas a manifestarem-se, fundamentadamente, acerca da formação de um juiz mais ativo, dinâmico e comprometido com a justiça e com a sociedade que tanto necessita dele.

A doutrina que manifesta a posição conservadora, como já foi ressaltado anteriormente, afirma que o julgador deve utilizar os seus poderes instrutórios, que lhe foram conferidos **supletivamente**. Entretanto, com a evolução da

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 270.

sociedade os doutrinadores depararam-se com inúmeras situações que os forçaram a fazer uma reanálise deste entendimento.

No processo civil moderno, que possui caráter publicista, é muito comum encontrarem-se lides em que uma das partes seja menos abastada que a outra, ou que esteja acompanhada por um patrono não tão experiente e que acabe deixando então de produzir provas por falta de recursos. Diante disso questiona-se: será que o julgador poderá manter-se inerte e permitir que uma das partes sofra as conseqüências de sua pobreza ou da falta de experiência do seu advogado?

Já é considerado fato notório que a parte mais fraca não possui as mesmas possibilidades que aquela que possui melhores condições econômicas, de trazer para os autos as provas necessárias a fim de provar o seu direito, sendo assim o que se almeja nesse momento é a iniciativa probatória do juiz, que não pode permitir que a igualdade substancial prevaleça sobre a formal.

Somente se o magistrado apresentar uma conduta ativa é que este contribuirá para atenuar o direito, e se pelo contrário manter-se inerte é que estará violando a disposição contida no art. 125 do Código de Processo Penal.

Torna-se equivocada em mais este ponto a doutrina tradicional, ao afirmar que a participação do juiz na instrução do feito feriu a sua imparcialidade e o princípio do contraditório.

O magistrado somente obterá a realização de um contraditório efetivo e equilibrado se propiciar aos litigantes que se defendam com paridade de armas, tornando necessária a sua participação para que possa ocorrer o equilíbrio esperado. Mantendo-se tímido, ele entrará em conflito com as exigências do processo atual.

Na discussão sobre a imparcialidade, não merece prosperar o entendimento de que o magistrado quando participa da coleta do material probatório, age como parte e torna-se parcial, passando a julgar embasado

somente nessas provas colhidas. Em momento oportuno já foram tecidos alguns comentários sobre esta matéria, mas convém esclarecer que o julgador ao auxiliar na formação das provas, tem o intuito de que seu julgamento venha realmente conceder justiça a quem possui o direito. E ainda quando determina de ofício a realização de alguma prova o mesmo não possui condições de verificar a quem esta beneficiará.

Simpatizante deste entendimento, manifesta-se o estudioso José Roberto dos Santos Bedaque:

O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.⁴⁹

O Magistrado agindo desta forma se manterá consciente de que pode não ter alcançado a verdade completa, mas ao menos facilitou que se reduzi-se alguns pontos obscuros.

E assim, como forma de afastar qualquer questionamento sobre sua imparcialidade, deve o magistrado sempre, exercer sua atividade sob a luz do princípio do contraditório.

A fundamentação de todas as decisões proferidas pelos magistrados, após serem submetidas ao contraditório, é outra maneira apontada pelos adeptos da teoria ativista, para demonstrar que é perfeitamente possível a participação do juiz sem ferir seu compromisso de manter-se imparcial.

As atitudes que foram acima elencadas, com o intuito de buscar material probatório, são previstas, almejadas e aceitas pelo ordenamento jurídico como instrumentos para garantir o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.180.

Diante destes argumentos torna-se inaceitável que alguns doutrinadores ainda firmem que o art. 130 do Código de Processo Civil confira poderes ilimitados ao julgador.

Anteriormente foi demonstrado, que o juiz utilizando os seus poderes instrutórios, o faz por estar atento aos fins sociais dos processos que exige um compromisso deste, para se conseguir a efetivação do direito material. Não sendo mais permitido que se questione a sua imparcialidade, por utilizar poderes que estão inegavelmente previstos em lei.

Através da citação das palavras do ilustre doutrinador José dos Santos Bedaque, torna-se possível visualizar os limites para os poderes instrutórios:

Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita as partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade.⁵⁰

Torna-se parcial o magistrado que diante de situações que exigem a utilização dos seus poderes instrutórios, este prefere manter indiferente, inerte. Ao agir dessa forma, ele afasta-se do compromisso firmado com a justiça e com a lei, e se transforma em mero espectador e não no diretor e condutor, como é a atitude esperada pela sociedade.

Frente às exposições realizadas conclui-se que o juiz moderno não pode manter-se ausente durante a pesquisa da verdade material, deve entender que é necessário unir-se às partes para obterem de modo mais rápido a solução do litígio, adotando quando achar necessário medidas de ofício, relacionadas com o

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, 1994, Op Cit pág. 184.

feito. E ainda, segundo Barbosa Moreira⁵¹ deve ficar demonstrado que quando utilizar seus poderes instrutórios, não substituirá as partes, sendo esta uma visão distorcida, mas usará tais poderes de modo hábil e diligente para iluminar a solução da lide, com intuito de suprir as inferioridades de recursos e as dificuldades dos patronos na obtenção da prova. Somente assim, estará cumprindo o lema do processo social.

Encerradas as discussões, convém nesse momento ressaltar uma decisão jurisprudencial que demonstra o entendimento da necessidade de mudanças quanto a atividade instrutória do juiz. Os Tribunais têm se posicionado favoravelmente ao ativismo judicial, como forma de se alcançar um resultado mais justo e realmente de acordo com os pilares da justiça.

Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão pro judicato. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita a preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas. (Grifo nosso)⁵²

É possível verificar que o emérito Tribunal de Justiça entende ser perfeitamente possível a aplicação do art. 130 do Código de Processo Civil, nos moldes do entendimento de que o juiz pode se desligar da figura de inerte,

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano10, n. 37, jan. 1985. p. 52-53.

⁵² RESP 345436 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0105326-5, Fonte DJ DATA:13/05/2002, PG:00208, Relator Min. NANCY ANDRIGHI (1118)

passivo, ou seja, de um mero espectador dos acontecimentos, passando a participar da produção de provas que entender necessárias, a fim de formar o seu convencimento para emitir uma sentença com equilíbrio e equidade.

7 CONDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho destacou em sua parte introdutória a importância da figura do juiz em toda relação processual, demonstrando que com evolução de vários institutos processuais, o responsável pela direção do feito não poderia manter-se mais como mero “convidado de pedra”.

Ao se estudar os princípios de ouro do processo civil, verificou-se que a sociedade ansiava por um processo que proporcionasse a cada uma das partes a demonstração de suas razões, e que o julgamento fosse amparado em todas as garantias processuais, tais como o correto oferecimento do contraditório, logo em seguida da ampla defesa e regido pelo juiz natural.

Com a mudança para o Estado Democrático de Direito, teve como uma de suas grandes preocupações o acesso à justiça, já que este é um dos direitos humanos; diga-se fundamental para o sistema jurídico moderno. Objetiva-se superar as desigualdades que impedem os cidadãos de participarem das relações processuais, buscando mudanças nos dispositivos dos códigos e também na mentalidade de alguns juristas, que visam somente os aspectos técnicos, não se preocupando com o bem estar coletivo.

Foi afirmado ainda que a Constituição Federal destacou um capítulo próprio para reger um dos três tão importantes poderes, que é o Judiciário; tendo como função precípua a jurisdição, sendo o seu exercício declinado aos juízes que são os responsáveis pela direção e decisão dos feitos.

Diante de tão grande responsabilidade, tornou-se necessário destacar como ocorreu a evolução histórica do juiz, desde o direito romano e suas três fases históricas até o nosso direito brasileiro. A fusão da figura do juiz com a de magistrado ressalta o primeiro avanço, entretanto ao longo de todos esses anos

mantiveram-se muito tímidos no exercício de seus deveres, apontando inúmeros obstáculos para realizarem qualquer mudança.

Entretanto, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, elaborado pelo professor Alfredo Buzaid, é que se deu início a inúmeras discussões quanto a conduta do magistrado, haja vista que esse diploma legal preocupado com a justiça ampliou os poderes instrutórios do juiz, como preceitua o art. 130.

Não aceitando uma posição mais participativa do juiz, nasceu a corrente de posição conservadora que ainda se encontra arraigada em fundamentos ultrapassados do direito processual e entende que se o diretor do processo participar da produção das provas, agirá em benefício de uma das partes, além de entender que qualquer lacuna pode ser solucionada com utilização das regras de ônus da prova. O temor de tornar-se parcial é que impede os defensores dessa posição em aceitar o ativismo judicial.

Frente a todas as mudanças ocorridas no processo civil, surge a posição ativista que por esta monografia foi defendida, tornando-se necessário tecer algumas considerações que demonstrarão que não há empecilhos para a perfeita utilização dos poderes instrutórios do juiz.

No tocante a imparcialidade, aceita-se essa posição mais dinâmica por parte do julgador, porque ao se determinar à produção de uma prova não tem condições de se saber de imediato quem será beneficiado.

Outro ponto que merece destaque é o que o juiz em momento algum age em benefício particular de um dos sujeitos processuais, pois o seu interesse está voltado para a solução justa da lide, objetivando que vença aquele que efetivamente está com a razão. E agindo desse modo, não se torna parcial, pelo contrário, demonstra ter comprometimento com os fins sociais almejados pelo processo.

Na verdade torna-se parcial o julgador que emite uma decisão sabendo que todos os fatos não foram verificados com precisão, ficando acometido por

dúvidas. Em uma situação como essa, tem o magistrado como solução, ao determinar a produção de uma prova, submetê-la ao contraditório, oferecendo as partes igualdade de oportunidades para manifestarem-se acerca do material apresentado.

Agindo desta forma, o juiz utilizará os poderes conferidos por lei e manterá seu compromisso com a justiça.

O art. 333 do Código de Processo Civil trata das regras referentes ao ônus da prova, já que atualmente aos magistrados é vedado proferir decisões que não consigam solucionar o feito.

A discussão traçada quanto a esse tema tem seu ponto inicial quando se tornavam insatisfatórios os resultados da atividade probatória. A doutrina de posição abstencionista entende que o art. 130, do mesmo diploma legal, somente seria aplicado se após o desenvolvimento de toda fase probatória e da conseqüente utilização da regras de ônus da prova, o magistrado ainda ficasse com dúvidas para prolatar a sentença, pois entendiam que tais poderes eram ilimitados.

Não merece prosperar tais entendimentos, haja vista que as regras de distribuição do ônus probatório somente devem ser utilizadas pelo juiz na fase decisória, como regra de julgamento e não como erroneamente acontece sua aplicação na fase instrutória.

E assim, deve-se firmar o entendimento de que os poderes instrutórios do juiz não ficam subordinados às regras de ônus da prova, pois são resolvidos em momentos diferentes.

O juiz tendo dever da rápida solução do litígio, sendo lhe conferido um papel preponderante para direção dos feitos, não pode se comportar como um mero observador, inerte, até porque nossas leis conferem os seus poderes instrutórios. Existem determinadas ações que para obterem um bom resultado

exigem um maior comprometimento do juiz, tais como: causas associadas ao estado ou capacidade das pessoas, nas ações coletivas e em ações populares.

A única preocupação que deve recair sobre os ombros do magistrado é a de julgar bem e para alcançar este dever é imprescindível a sua participação na fase probatória.

Não deve ser visto com maus olhos a utilização dos poderes instrutórios do magistrado, porque este age em nome da justiça e não em benefício de uma parte exclusivamente, ou seja, o juiz não se torna parcial quando toma alguma atitude, faz com intuito de prolatar decisões que sejam espelhadas nas normas norteadoras do direito.

Mesmo sendo mais ativo, o juiz garantirá sua sagrada imparcialidade através da fundamentação de suas decisões, sendo este considerado o melhor antídoto, em face a qualquer questionamento.

Torna-se também incorreto compreender que os poderes instrutórios do juiz são ilimitados. Essa afirmação feita pelos conservadores, infelizmente não está em consonância com as necessidades do processo moderno, que se preocupa mais com o acesso à ordem jurídica justa do que com o formalismo exagerado, considerado como um grande empecilho.

Portanto, os poderes instrutórios do juiz devem ser utilizados diante da omissão das partes, tanto por questões financeiras como por deficiência de um de seus patronos, porque se trata de um PODER-DEVER conferido pelo legislador a aquele que ocupa posição protagônica na relação processual.

Esse PODER-DEVER será utilizado quando se deparar o julgador em situações que tornem imprescindível para solução do feito sua participação na fase probatória, para poder prolatar uma decisão fundamentada nos pilares da justiça e que venha atender as necessidades tão almejadas pela sociedade.

O ativismo judicial deve ser aspirado por todos os magistrados como forma de realizar o direito e a justiça social. Desse modo, deve-se admitir a ampliação dos poderes do juiz em busca da verdade real, tal como ocorre no direito processual penal, haja vista que apenas a verdade formal não mais satisfaz ao processualista moderno, que almeja a solução justa e rápida dos litígios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantias da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FREDERICO, Sérgio Augusto. **O princípio da imparcialidade do juiz no processo civil e sua participação na coleta do material probatório**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino, Bauru. 2001.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: J. Bushatksy, 1975.

MARINONI, Luís Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.24-67. jul./set. 1984.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

_____. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano XLVI, n. 250, p. 5-13, ago. 1988.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: _____. **Temas de direito processual, 2ª série.** São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. O juiz e a prova, **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.178-184. jul./set. 1984.

_____. Os poderes do juiz na instrução e direção do processo. In: _____. **Temas de direito processual, 4ª série.** São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2000. v.2.

SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XIX, n. 54, p. 40-52, mar. 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

_____. Princípios gerais do direito processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 173-191, jul./set. 1981.

VIEIRA, Helena Cunha. Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXI, n. 60, p. 313-332, mar. 1994.