

DOS PODERES DE INSTRUÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

Rita de Cássia Franco Bôa SORTE¹

RESUMO: o presente trabalho abordará o instituto processual civil “poderes de instrução do magistrado”, sob o enfoque das interpretações tradicionalista e ativista, baseadas, respectivamente, na visão privatista e publicista do direito processual, e do processo civil de resultados, ou seja, efetivo. Analisará, ainda, os princípios do dispositivo, da imparcialidade e da isonomia, bem como do próprio artigo permissivo do instituto em questão à luz das duas interpretações. Tratará, ainda, sobre o aparente conflito existente entre os artigos 130 e 333 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes instrutórios. Teoria privatista. Teoria publicista. Ativismo judicial. Magistrado.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Estado, abarcado como a “ordem jurídica soberana” ou “ordem jurídica centralizada no mais alto grau”, se caracteriza pelo poder político-jurídico em sua forma mais extensa, vez que no exercício da sua soberania todas as decisões são assinaladas pela “inevitabilidade”, ou seja, o Estado impõe a sua vontade independente do consentimento das partes.

O poder político, cuja eficácia está na concretização dos fins sociais, possui também natureza jurídica, pois ao realizar os fins sociais está cumprindo alguns dos mandamentos constitucionais ou legais. Essa categoria poder político-jurídico se justifica, pelo motivo de que, cada sociedade depende de um “intrincado processo político no qual a efetividade das instituições de direito dependem da

¹ Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – rita_sorte@yahoo.com.br.

internalização de valores de obediência por parte dos destinatários das normas” (José Eduardo Faria *apud* MARTINS, p. 21).

Os juízes, como órgãos do Estado, também, no exercício de suas atribuições, exercem o poder político-jurídico, sendo, portanto, legitimados. “O juiz adquire sua legitimidade da Constituição e de seus valores, das leis, da qualidade do serviço que presta, de sua competência e de sua postura ética” (Volnei Ivo Carlin *apud* MARTINS, p. 50). Nesse sentido, ao juiz também é permitido impor a sua vontade independentemente do consentimento das partes, posto que ele representa os interesses do estado, caracterizados pelos “escopos sociais (pacificação justa, educação...), políticos (liberdade e participação do cidadão, afirmação da autoridade estatal e de seu ordenamento), e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 453).

Pelo exposto verifica-se que no Estado Contemporâneo, é função do estado-juiz compor os conflitos de interesse, impondo a qualquer membro da coletividade o cumprimento da norma jurídica concreta, com a finalidade precípua de atender aos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são ditados pela Carta Magna. Portanto, o Estado, para cumprir esse preceito constitucional, deve, como já o fez através do artigo 130 do Código de Processo Civil, fornecer ao julgador elementos que dêem guarida às suas decisões em busca da verdade real a fim de solucionar os litígios com a maior justiça possível.

Entretanto, o instituto dos poderes instrutórios do magistrado, estabelecido no artigo supra mencionado, recente, embora de raízes históricas antigas (remonta a 1.922 com uma obra de Manole Aureliano Gusmão), sofre uma certa resistência. Isso é decorrente dos resquícios da ultrapassada visão privatista do processo. Porém, hodiernamente, tem-se uma visão de processo calcada nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, não sendo mais possível, a idéia privatista de processo, há uma visão publicista que tende a conferir ao magistrado os mais amplos poderes instrutórios.

2 VISÃO TRADICIONALISTA OU VISÃO DO ESTADO LIBERAL

A premissa do Estado Liberal é a menor intervenção estatal possível na vida do cidadão. Veja-se que a jurisdição é uma função estatal e o processo, por sua vez, é o método para atuar a jurisdição. Nesse sentido, a menor intervenção possível do juiz na atividade das partes tem repercussão quando da aplicação do princípio do dispositivo. Por este princípio, as partes têm a disposição em relação ao processo e aos fatos que pretende deduzir e, a exclusividade na produção de provas, posto que os interesses eram predominantemente de conteúdo patrimonial, ou seja, interesses disponíveis. Não sendo razoável, nesse ínterim, exigir do Juiz a iniciativa probatória, caso contrário, ele estaria sendo parcial e o Estado estaria intervindo, sem necessidade, nos assuntos das partes, violando, assim, a sua principal premissa. Disto conclui-se que no Estado liberal o juiz era duplamente inerte, pois não tinha poderes para dar início ao processo e tampouco para determinar as provas que entendesse necessárias para a formação de sua convicção.

Essa era a regra do diploma processual civil de 1.939, que não contemplava a possibilidade da iniciativa probatória partir do magistrado, sendo ele mero árbitro diante do duelo judicial travado entre as partes, não lhe sendo possível, sob pena de mancomunar a sua imparcialidade, assumir qualquer poder de iniciativa na busca da verdade. Verdade essa formal, pois o magistrado pautava-se, para as suas decisões, pelos elementos instrutórios trazidos pelas partes da lide e pelas regras do ônus da prova. Assim, conforme esse entendimento o princípio do dispositivo era aplicado de forma absoluta e, conseqüentemente, o Juiz era um “convidado de pedra”.

3 VISÃO MODERNA OU VISÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU VISÃO ATIVISTA

A premissa no Estado Democrático de Direito, trazida pelos artigos 1º e 3º da Carta Magna, é a observância dos valores fundamentais, ou seja, da dignidade

da pessoa humana, da soberania, da cidadania, da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Nesse diapasão, não há como sustentar a idéia de predominância de direitos patrimoniais, pois em escala de valores os direitos não patrimoniais, indisponíveis, estão acima daqueles. Como cediço, os direitos indisponíveis são passíveis de intervenção estatal. Verifica-se, assim, que o princípio do dispositivo está sendo mitigado pela visão moderna do processo civil. Caso contrário, a figura de um juiz inerte, estaria ferindo as premissas do próprio Estado Democrático de Direito.

A regra trazida pelo Código de Ritos atual é aquela emanada no artigo 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Como se vê, o código não consagra o princípio do dispositivo de forma absoluta, não se compadecendo mais com a figura do juiz mero espectador. Agora, com a nova regra, é possível distinguir que a parte tem disposição do processo, competindo a ela ajuizar a ação e escolher o momento oportuno para tanto, cabendo-lhe, ainda, fixar os contornos da lide. Entretanto, uma vez ajuizada a causa, o impulso é oficial, pois além do interesse das partes, há, como já ressaltado, o interesse do estado, no sentido de que a lide seja justa, conforme as regras do direito. Assim, o juiz, como o destinatário da prova, deve ter participação ativa em sua produção. A busca é pela verdade real, pois “há sempre um interesse público subjacente: o de que seja proferida a melhor sentença possível, para que se dê efetividade ao processo e garanta-se àquele que tem razão uma tutela jurisdicional adequada”.

Essa atitude do juiz, de conduzir a produção de provas, não fere a sua imparcialidade, pois trata-se de uma busca da verdade com o fim precípua de cumprir adequadamente o seu ofício. Note-se que isto ocorreu, pois o acesso à justiça era mínimo, em razão da hipossuficiência, do desconhecimento dos direitos e da inadequação do processo civil tradicional, de maneira que não era mais possível a figura de um juiz expectador. A essa nova postura deu-se o nome de *ativismo judicial* e, o magistrado passou a ter uma postura de maior intervenção com relação a sua iniciativa probatória. Contudo, esse poder não é pleno, encontrando limites: o juiz só pode mandar produzir provas de ofício quando o conjunto probatório for

incompleto, confuso ou contraditório e, quando a prova a ser produzida puder influir da formação de sua convicção na busca da verdade real dos fatos.

4 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

Visão tradicionalista: o indivíduo tem total disposição sobre a iniciativa do processo, dos fatos e de maneira exclusiva sobre a iniciativa probatória. Consagra o princípio do dispositivo em sua plenitude, vez que ao magistrado não é permitido, sob pena de violar a premissa maior do Estado Liberal, qual seja, a não intervenção estatal, produzir qualquer prova.

Visão ativista: ao indivíduo é dado dispor sobre a iniciativa processual e contornos da lide, contudo, não detém a disposição exclusiva sobre as produção das provas, pois, na esfera processual, vige um outro princípio, que é o inquisitório, pelo qual compete ao juiz a iniciativa probatória a fim de julgar com justiça, conforme as regras do direito e principalmente de maneira a assegurar a prestação jurisdicional mais adequada. Assim, a produção das provas não está, necessariamente, na esfera de disponibilidade das partes. Sendo que, a figura do juiz inerte, que se satisfaz apenas com as provas trazidas pelas partes, ainda que insuficientes, está em dissonância com as premissas do Estado Democrático de Direito, o que não permite.

5 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Visão tradicionalista: o juiz é mero espectador para preservar sua imparcialidade. Sendo certo que o juiz buscava apenas a verdade formal, deveria decidir, sob pena de se tornar parcial, apenas com os respaldos probatórios trazidos aos autos por ação das próprias partes.

Visão ativista: a imparcialidade do Juiz pode ser preservada, ainda que ele tenha poder instrutório. Quando o Juiz determina a realização de uma prova

de ofício, não favorece qualquer das partes, primeiro pois ele não sabe o resultado da prova e, depois, porque a análise das provas apenas lhe proporcionará a apuração mais profunda e completa dos fatos que as partes lhe espuseram para julgar. Assim, definitivamente o magistrado não será parcial. Ademais, existem dois princípios processuais que garantem a imparcialidade do juiz, quais sejam, o princípio do contraditório e o princípio da motivação dos pronunciamentos do Juiz. Nesse sentido, sugere, com razão, José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 108):

a melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vierem aos autos por sua iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de foro íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.

Além disso, esse poder inerente ao juiz do Estado Democrático de Direito não é absoluto, como já mencionado alhures. Ao magistrado é permitido determinar a produção de elementos probatórios, contudo, não lhe é permitido influir no conteúdo probatório de fatos que não estão presentes nos autos e, tampouco, emitir convicções de foro íntimo, pois, posteriormente terá que indicar na sentença os motivos de seu convencimento.

Ademais, esse poder também encontra restrições.

6 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Visão tradicionalista: os tradicionalistas defendem que a postura do juiz deve ser a de mero espectador sob pena de violar o princípio da isonomia das partes, ao passo que, a determinação para a produção de uma ou outra prova poderia vir a favorecer qualquer das partes, o que culmina com o desequilíbrio da relação processual.

Visão ativista: na prática, o que se vislumbra, é a desigualdade entre as partes com relação à produção das provas dos fatos que alegam em seu favor.

Assim, ao contrário do que defendem os tradicionalistas, o princípio da isonomia não é violado, pois uma das funções do magistrado é conduzir o trâmite processual conferindo equilíbrio à relação jurídica das partes, é, justamente, nesse sentido, que se justifica a atuação positiva do magistrado na instrução probatória. Nesse sentido é lição de Nelson Nery Júnior: “O juiz deve exercer o poder instrutório que lhe é dado pelo CPC 130, de forma a garantir a igualdade de tratamento entre as partes”.

7 ANÁLISE DO ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Visão tradicionalista: a interpretação do artigo 130 do CPC é bastante restringida, ao passo que ao juiz só é permitido determinar, de ofício, a produção de alguma prova de maneira supletiva, ou seja, se as partes já produziram as provas, e o magistrado ao apreciá-las, diante de uma dúvida, determina a produção de alguma outra prova com a finalidade exclusiva de aclarar a sua dúvida.

Visão ativista: a interpretação do artigo 130 do CPC é realizada de acordo com os princípios do processo civil moderno (efetividade do processo e busca pela verdade real), o tema dos obstáculos do acesso à justiça, os direitos não patrimoniais ou indisponíveis e o princípio da livre convicção motivada. Assim, por exemplo, o juiz determina, de ofício, a produção de prova no processo em que existindo obstáculos de acesso à justiça, a postura de mero espectador agravar ainda mais esses obstáculos. Tudo isso de acordo com o princípio da livre convicção motivada. Como se verifica, a interpretação é ampla, contudo não é absoluta, no sentido de que o magistrado não encontra limites nesse poder de iniciativa instrutória, pois o julgador ao determinar a produção de provas deve ser, sobretudo, imparcial e resguardar o princípio do contraditório.

8 O APARENTE CONFLITO ENTRE OS ARTIGOS 130 E 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já dito alhures, o CPC no artigo 130, mitigou o princípio do dispositivo consolidando os poderes do juiz na direção do processo. De outra parte, às partes cabem alegar os fatos e prová-los conforme as regras do ônus da prova, tais regras emanam do artigo 333 do CPC. O primeiro artigo supra citado outorga também ao julgador poderes de iniciativa probatória, tendo poderes para determinar de ofício a produção de provas e também de indeferir o requerimento de provas que entender inúteis e protelatórias.

Porém, para alguns doutrinadores, a regra do artigo 130 do CPC só pode ser invocada quando o juiz estiver em dúvida diante do conjunto probatório. Essa dúvida pressupõe que as partes já produziram as provas, pois do contrário, o juiz deveria julgar pela improcedência da demanda, ante a falta de provas, não lhe sendo permitindo determinar a produção de provas quando as partes, a quem incumbia, não o fizeram.

Contudo, essa idéia encontra-se dissociada das finalidades do processo civil moderno, quais sejam, a observância dos princípios e valores do Estado Democrático de Direito nas decisões e a prestação efetiva e adequada da tutela jurisdicional. Portanto, com base no caráter publicista do processo e, ante ao caso concreto, ainda que as partes não tenham produzido prova alguma, e o juiz verificar a possibilidade de cancelar flagrante injustiça, deverá utilizar-se do permissivo do artigo 130 do CPC, convertendo o julgamento em diligência, determinando providências capazes de esclarecer pontos relevantes para um julgamento justo, sem se importar qual das partes se beneficiará, podendo ser até mesmo a que não se desincumbiu do ônus probatório. Essa participação ativa do juiz no processo visa alcançar a verdade real, dando a quem for merecedor o objeto em litígio, demonstrando, desta maneira, a sua preocupação com os fins sociais a que se dirige o processo, prestigiando a visão publicista do direito processual moderno.

De acordo com a doutrina tradicional a regra do artigo 333 do CPC é um limite aos poderes instrutórios do magistrado, conferidos pelo artigo 130 do CPC,

sendo tal permissivo aplicado apenas de maneira supletiva. Nesse entendimento se o juiz pudesse ilimitadamente determinar a produção de provas dos fatos alegados, estaria violando princípio da igualdade que deve existir entre as partes, pois estaria suprimindo a inércia de uma das partes e conseqüentemente desequilibraria o contraditório.

Contudo, o pensamento de Bedaque é o mais acertado “as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja, a efetivação do direito material”.(Poderes instrutórios do juiz, p. 80). Assim, as regras de distribuição do ônus da prova devem ser utilizadas pelo magistrado apenas no momento decisório, que o auxiliam quando os fatos não forme suficientemente provados, sendo, em verdade, meios para proferir a decisão. Sendo certo que, esses poderes de instrução não são ilimitados, encontram limites nos princípios do contraditório e da motivação dos julgados.

Desta feita, não se observa qualquer conflito entre os dispositivos em análise. O artigo 130 do CPC não encontra obstáculos nas regras do ônus probatório, como afirmam os processualistas tradicionais, pois são institutos diversos, cuja aplicação se dá em momentos também diversos, pois o primeiro se aplica na fase da instrução processual e o segundo na fase decisória.

9 CONCLUSÃO

O juiz, na análise da lide trazida para a solução, deve atentar para a perspectiva instrumentalista, publicista do processo que visa a realização dos valores estabelecidos pela Constituição Federal e que busca corresponder às exigências da sociedade. Cabe ao magistrado proporcionar às partes em litígio um processo justo, mediante a adequada aplicação das regras de direito material. Ao juiz cumpre interferir no processo para determinar e selecionar os meios de prova que sejam eficientes para a demonstração e descoberta da verdade real. Pertinente, nesse contexto é a lição da doutrina:

Impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas a solução dos conflitos das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa (MARINONI, 2005, p. 286).

Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo a sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da “verdade”, e não aquele que resulta vitorioso (autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo. (BEDAQUE *apud* MARINONI, 2005, p. 286)

Sendo certo, portanto, que a existência dos fatos vincula determinados efeitos jurídicos, ao lado da iniciativa probatória das partes, encontra-se a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas para a formação da convicção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do estado**. 2ª ed; São Paulo: Saraiva, 2000.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed; São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. V. I; São Paulo: Saraiva, 2004.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed; Salvador: JusPODIVM, 2006.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. V. I; 44ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 7ª ed; São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed; São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)**. 23ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2005.