

ALINE KOENTOPP

**OS PODERES DO ARTIGO 130 DO CPC FACE AO JUÍZO DE SEGUNDA
INSTÂNCIA**

Curitiba, 27 de novembro de 2002.

ALINE KOENTOPP

**OS PODERES DO ARTIGO 130 DO CPC FACE AO JUÍZO DE SEGUNDA
INSTÂNCIA**

Monografia desenvolvida por Aline Koentopp, acadêmica do quinto ano desta faculdade, matriculada sob o número 9826327, apresentada como requisito de avaliação parcial à conclusão de curso, sob orientação do Professor Manoel Caetano Ferreira Filho e co-orientação do Juiz de Alçada Noeval de Quadros.

Curitiba, 27 de novembro de 2002.

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE KOENTOPP

OS PODERES DO ART. 130 FACE AO JUÍZO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia desenvolvida como requisito parcial à conclusão de curso e obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

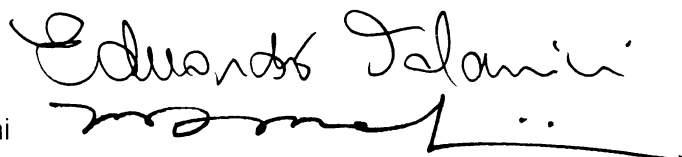
Orientador:

Manoel Caetano Ferreira Filho

Examinadores:

Eduardo Talamini

Edson Ribas Malachini

Handwritten signatures of Eduardo Talamini and Edson Ribas Malachini. The signature of Eduardo Talamini is written in a cursive style, and the signature of Edson Ribas Malachini is written in a more stylized, blocky cursive style.

*A meus pais, Norberto e Juliana,
pelo apoio incondicional,
traduzido em atos diários,
não só durante o curto período da
faculdade, mas ao longo de toda a vida.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer às pessoas sem as quais, por certo se tornaria impossível a realização deste trabalho.

Primeiramente, devo agradecer a meus pais, cuja paciência e compreensão reveladas em todos os momentos de angústia que se perpetraram durante a realização deste trabalho, foram fundamentais à concretização desta obra.

Ainda, devo agradecer aos amigos, que compreenderam que os longos períodos de ausência não eram fruto de um menor estimar, mas da necessidade da concentração de todos os esforços a fim de que fosse alcançado mais este objetivo.

Devo ainda um muitíssimo obrigado ao Dr. Noeval de Quadros, verdadeiro exemplo, profissional e de vida, cuja colaboração mostrou-se de todo imprescindível à realização deste trabalho.

Por fim, quero agradecer a todos aqueles que me cercaram nestes últimos meses, dentre os quais destaco os colegas de trabalho, que compreensivamente relevaram a ansiedade e, quiçá, a falta de atenção que não raro se fizeram presentes durante o período em que se desenvolveu esta monografia.

A todos, enfim, que de alguma forma contribuíram à realização deste trabalho, meu mais que sincero, muito obrigada.

“O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, mesmo as mais humildes. Ele sabe que não existem grandes causas e pequenas causas, porque a injustiça não é como aqueles venenos acerca dos quais certa medicina afirma que tomados em grandes doses matam, mas tomados em pequenas doses curam. A injustiça envenena até mesmo em doses homeopáticas.” (Piero Calamandrei in Eles, os juízes, vistos por um advogado.)

SUMÁRIO

1. Resumo.....	viii
2. Introdução.....	01
3. Capítulo I – Considerações iniciais.....	03
3.1 Seção I – O conceito de poder	03
3.2 Seção II – Análise histórica	07
3.3 Seção III – A figura do juiz no direito alienígena.....	15
4. Capítulo II – Justificativas à iniciativa probatória <i>ex officio</i>	17
4.1 Seção I – O escopo atual da atividade jurisdicional	17
4.2 Seção II – Do interesse público como norte da jurisdição	19
4.3 Seção III – Fundamentos legais à atuação <i>ex officio</i> do juiz.....	21
5. Capítulo III – A iniciativa probatória <i>ex officio</i> em face dos princípios norteadores do processo civil brasileiro.....	25
5.1 Seção I – Princípio dispositivo	25
5.2 Seção II – Princípio da igualdade das partes	28
5.3 Seção III – Princípio do contraditório	29
5.4 Seção IV – Princípio da imparcialidade.....	30
5.5 Seção V – Regras de distribuição do ônus da prova.....	32
6. Capítulo IV – A iniciativa probatória <i>ex officio</i> no julgamento de segunda instância.....	37
6.1 Seção I – Do duplo grau de jurisdição.....	37
6.2 Seção II – Do efeito devolutivo	39
6.3 Seção III – Da inexistência de preclusão	40
6.4 Seção IV – Mecanismos de realização de prova.....	42

7. Conclusão	51
8. Referências Bibliográficas.....	54
9. Obras consultadas.....	56

RESUMO

As atividades probatórias afiguram-se de suma importância a que o julgador possa desenvolver suas funções com exatidão. Assim é que o legislador houve por bem lhe atribuir poderes instrutórios, a fim de que melhor desempenhasse seu papel, o que foi normatizado no art. 130 de nosso Código de Processo Civil. A doutrina, todavia, ao analisar o referido dispositivo, cinge-se a focar a possibilidade de iniciativa probatória *ex officio* no juízo de primeira instância. Não se pode olvidar, entretanto, que tal discussão estende-se também aos julgadores de segundo grau, pois se há ao julgador o dever de bem conduzir o processo na busca da verdade e da melhor realização da justiça, indubitável que também aos magistrados de segunda instância há a imposição destes deveres. Resta, no entanto, delinear os mecanismos de concretização e os limites que se impõem a tal atividade. A isso é que se propõe a presente obra.

INTRODUÇÃO

Cediço é que o papel desempenhado pelos juízes, veio, ao longo dos tempos, sofrendo inúmeras modificações.

Passou-se de uma figura inerte, mero espectador da batalha judicial travada entre as partes, a um julgador ativo, que volta sua atuação à busca da verdade real e à prestação de uma efetiva tutela jurisdicional.

Esta mudança, todavia, não ocorreu sem oposição ou dificuldades. Certo é que foram muitas as vozes que se levantaram contra a atuação do juiz, preocupadas que estavam que, ao se conferir ao julgador instrumentos a potencializar sua atuação, pudesse ele se tornar arbitrário ou mesmo parcial.

Assim é que ao longo dos tempos, a magistratura foi construindo seu lugar e delineando seu papel, enfrentando as críticas que se lhe opuseram, na tentativa de melhor realizar a pacificação social.

Hoje se tem a figura de um juiz atuante na direção do processo, que não se exime de realizar a justiça a pretexto de que cabe tão somente às partes proceder à instrução da lide, mas toma as rédeas da direção processual de forma a fazer do processo um instrumento à realização do direito.

Imperioso, todavia, que se proceda à análise destes instrumentos conferidos ao juiz pelo legislador, dentre os quais se encontra a possibilidade de iniciativa probatória, de modo a que se possa delimitar o âmbito, ou mesmo buscar visualizar as tênues limitações que se impõe à sua utilização; pois certo é que, muito embora venha se desenvolvendo a imagem de um julgador atuante, não pode sua atuação ocorrer de maneira desregrada e ilimitada.

Há que se observar sempre as garantias constitucionais do processo, sob pena de se desviar o Judiciário de sua função, pondo em risco a existência do próprio regime democrático.

Outrossim, importa que se analise tais poderes quando inseridos na esfera do julgamento de segundo grau de jurisdição.

Ora, inegável que as circunstâncias que se apresentam no julgamento colegiado em muitos aspectos diferem do momento decisório quando o processo se encontra ainda em primeiro grau.

Impõe-se, então, uma análise acurada do reflexo de tais poderes perante o órgão colegiado. Afigura-se necessária a avaliação das possibilidades de utilização dos poderes instrutórios do julgador quando encontra-se a lide já em grau de recurso, aprofundando-se os estudos acerca de quais os mecanismos passíveis de utilização a fim de que os referidos poderes venham a se concretizar perante o Tribunal. Afinal, por certo, em razão das circunstâncias diferenciadas que circundam o julgamento do recurso, deve também uma eventual instrução processual ocorrer de um modo diferenciado. Mesmo porque, quando da apreciação de um recurso, além de se estar distante das partes e dos fatos, ao contrário do que ocorre com o juiz singular, já se encerrou uma primeira etapa da prestação jurisdicional, o que, por certo, há de ser considerado.

Assim, importa traçar novas considerações acerca do art. 130 de nosso Código de Processo Civil, visando trazer alguns esclarecimentos acerca das possibilidades de sua utilização, especialmente em segundo grau de jurisdição, uma vez que se afigura muito tênue a linha que separa a figura de um juiz, verdadeiro servo da justiça, daquela de um juiz que se utiliza arbitrariamente de seus poderes. Isto porque, a utilização dos poderes instrutórios em segundo grau de jurisdição, pode, muito facilmente, acarretar uma violação às garantias processuais, daí se justificando a necessidade que se estabeleçam parâmetros à atuação do julgador, objetivo a que se propõe o presente trabalho.

CAPÍTULO I

Considerações Iniciais

É cada vez maior a tendência de se atribuir ao julgador um papel mais participativo na prestação da tutela jurisdicional, abandonando-se a idéia de que é ele um mero espectador da relação processual, substituindo-a pela imagem de uma figura mais dinâmica, participativa, a desempenhar um importante papel na solução dos litígios levados à apreciação do Judiciário.

Nas palavras do mestre BARBOSA MOREIRA: *“Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha também aí uma função criadora é coisa de que ninguém mais duvida. O juiz simples ‘boca da lei’, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado.”*¹

Insta observar, no entanto, que para que possa ele vir a desempenhar o novo papel que lhe é atribuído, necessário que se lhe confirmem alguns poderes, sob pena de que reste impossibilitado de desempenhar suas funções, de que fique, na expressão do jargão popular, “de mãos atadas”.

Assim, numa nova dinâmica processual, em que prima o julgador pela busca da verdade real, superando-se a visão formalista de que basta a verdade processual, onde o quadrado pode virar redondo, e numa ótica que visa a realização da justiça, é que, paulatinamente, por meio de uma constante renovação legislativa, confere-se ao juiz uma gama cada vez maior de poderes, os quais consistem no objeto de análise do presente trabalho.

1.1 Conceito de poder

O vocábulo poder deriva do latim, do verbo posse, que significa poder, ter o poder de, ser capaz de.

¹ BARBOSA MOREIRA, J.C. O juiz e a cultura da transgressão, *in* RJ 267, p. 05, jan/2000.

Ainda, como ressaltam os magistrados Gilberto FERREIRA e Sandra Mara Flügel ASSAD², a palavra *poder*, possui como fontes, segundo Brecht, a força bruta ou ameaça de seu emprego, o prestígio ou a autoridade legal, os meios pecuniários que dão ao seu detentor o “poder” de compra e venda no mercado, atração pessoal, fascinação, carisma; conceituando-a os referidos julgadores como sendo “a *faculdade que tem uma pessoa de decidir e de impor sua decisão contra a vontade de outrem.*”

Numa acepção vulgar, *poder*, como verbo, significa ter a faculdade de, ter a possibilidade de, achar-se em estado de, dispor de força ou autoridade, ter direito de, ter razão ou motivo para. Como substantivo, significa possibilidade, faculdade, império, mando, autoridade, força, posse, jurisdição, meio, recursos.

Na terminologia jurídica, poder ou poderes constituem função ou funções, competência e atribuição ou atribuições de um órgão do Estado, que recebe parcela da soberania nacional.

Neste sentido é que ao juiz, como órgão estatal, atribui-se certa soma de poderes a serem desempenhados na direção do processo.

Daí é que Vicente MIRANDA define os poderes do juiz no processo civil pátrio como “*os poderes que o Estado brasileiro atribui ao juiz para o exercício de sua função jurisdicional no processo civil.*”³

Ou ainda, na concepção de Gilberto FERREIRA e Sandra M. F. ASSAD, “... o Juiz (em sentido lato) exerce poder porque na condução do processo está sempre decidindo e impondo sua decisão, sem o que o processo seria uma balbúrdia. Tal poder encontra sua fonte na autoridade da qual é investido, a fim de melhor realizar a prestação jurisdicional.”⁴

² FERREIRA, G. e ASSAD, S. M. F. Os poderes do Juiz no Processo Civil Moderno, in Paraná Judiciário 49, p. 27.

³ MIRANDA, Vicente. Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro, p. 95.

⁴ Op. Cit., p. 27

Consubstanciados em um verdadeiro instituto do direito processual civil brasileiro, podem os poderes do juiz ser decompostos em elementos essenciais que, na lição de Vicente MIRANDA⁵, dividiriam-se em subjetivos e objetivos.

Os primeiros, seriam referentes à relação estabelecida entre o juiz, aqui considerado como órgão estatal, e os demais integrantes do processo, estabelecendo-se uma relação de sujeição processual destes em relação àquele.

Afinal, como lecionam os Professores Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido R. DINAMARCO: “O Estado está no processo na sua condição de ente soberano, exercendo a sua autoridade (jurisdição), à qual corresponde a sujeição das partes.”⁶

Já os poderes em seus aspectos objetivos estariam no conjunto de possibilidades de querer e de agir conferidas ao órgão estatal da jurisdição, pressupondo a existência e desenvolvimento da relação processual civil.

Afinal, é no curso da relação processual que se exteriorizam os poderes do magistrado, aí é que há sua manifestação na forma de atos processuais judiciais; influenciando na constituição, desenvolvimento ou extinção da relação processual, nela produzindo efeitos diretos e imediatos.

Partindo-se desse pressuposto, abre-se espaço a uma nova discussão: seriam os poderes do juiz imbuídos de um caráter de dever, de ônus, ou seu exercício seria mera faculdade a ser utilizada pelo julgador segundo seus próprios critérios de conveniência?

Na lição de Vicente MIRANDA⁷, tais conceitos não se confundiriam, uma vez que a obrigação, o dever ou o ônus se constituiriam em formas de sujeição, enquanto o poder é manifestação

⁵ Op. Cit. P. 96

⁶ CINTRA, A. C. de A. et alli. Teoria Geral do Processo, p. 255.

⁷ Op. Cit. P. 98

de autoridade, é possibilidade de querer e agir, que não se exaure na prática deste ou daquele ato, mas permanece em sua potencialidade no curso de toda a relação processual.

Tampouco se confunde o poder com o ônus, visto que este possuiria como elemento essencial a existência de um interesse da parte a ser satisfeito, o que torna tal conceito inaplicável à hipótese, pois é o juiz sujeito desinteressado no processo.

Assim, conclui-se que o poder tomado em sua expressão judicial, caracteriza-se como sendo um poder-dever, ou seja, tem uma conotação de dever do juiz para com os jurisdicionados, não se admitindo que venha a deixar de exercitá-lo, nem dele dispor.

Também neste sentido é a lição dos já supra-referidos magistrados paranaenses: *“Contudo, os poderes que são colocados à disposição do Juiz não passam de deveres porquanto os exerce não para satisfazer o ego pessoal mas sim em razão da obrigação decorrente da função de dar o direito a quem realmente o tem. Por isto, é mais adequado chamá-los de poderes-deveres.”*⁸

Ou ainda, no escólio de Vicente MIRANDA: *“A expressão poder-dever quer dizer que o poder judicial é necessário e indisponível. É necessário porque o juiz tem que exercê-lo e é indisponível porque não pode o órgão estatal da jurisdição abrir mão dele.”*⁹

Diversos são os poderes atribuídos ao juiz, sendo que o de julgar afigura-se de substancial importância ao exercício de suas funções, pois decorre da natureza mesma do Poder Judiciário.

Nem por isso, entretanto, são os demais poderes irrelevantes, havendo a necessidade de que o juiz faça seu uso já durante a instrução processual, até para que seja alcançado o momento do julgamento.

Assim é que nossa legislação vem sendo objeto de um constante e gradual avanço, preocupando-se cada vez mais com a disciplina destes “outros poderes” atribuídos à figura do julgador. Afinal, se hoje,

⁸ Op. Cit. P. 27

⁹ Op. Cit. P. 102

como já referido, está sepultada a figura de um juiz que cinge-se a ser a “boca da lei”, nem sempre foi esta a posição adotada por nosso ordenamento, senão vejamos.

1.2 Análise histórica

Se passarmos em breve análise à história da magistratura, percebe-se que diversas foram suas atribuições e diferentes foram os papéis políticos e sociais por ela desempenhados, em consonância com a evolução das organizações sociais, as diferentes situações estabelecidas através dos tempos, a partir de Grécia e Roma, seja no surgimento de idéias e inspirando soluções, seja gerando uma acumulação de teorias e experiências que se acham refletidas nas situações contemporâneas.

No período clássico do direito romano, o juiz não era um ente estatal, mas escolhido pelas partes à solução de um litígio e seu papel limitava-se a pronunciar *in iudicio* a sentença, dentro dos estritos limites propostos.

Durante este período dispensava-se o formalismo, admitindo-se que tanto as partes quanto o juiz escolhido se manifestassem em quaisquer termos.

O processo desenvolvia-se de forma eminentemente oral, com a dedução das razões, a produção de provas e a decisão.

Durante todo esse período, que compreende quatro séculos, o direito romano apresenta-se, ressalvadas as devidas peculiaridades, com as características próprias de um direito jurisprudencial, em que o jurista é o verdadeiro depositário e responsável pela elaboração do direito.

O panorama não sofre grandes modificações com o início do período da *Legis Actionis*, em que o procedimento continuava a ser oral. Aqui, todavia, já se fazia necessária a observância de algumas solenidades formais.

Neste período o procedimento se dividia em duas fases: *in jure* e *in judicio*, desenvolvendo-se a primeira perante o magistrado, funcionário do Estado, que fixava o objeto do litígio e a segunda perante o *judex* ou *arbiter*, um particular a quem cabia, após produzidas as provas e tendo as partes debatido seus direitos, proferir a sentença.

Na lição de Silvio MEIRA, citado por Vicente MIRANDA¹⁰, o juiz, neste período, funcionando na fase *in judicio*, tinha inteira liberdade na apreciação dos fatos invocados pelas partes. Para formar seu convencimento dispunha de grande liberdade de ação, podendo ouvir testemunhas e basear-se em confissões e juramentos.

No período formulário ou *per formulas*, que se inicia no ano 149 a.C., compreendendo os tempos da República, o procedimento a ser observado continua o mesmo, sendo que ao juiz, ao proferir a sentença, cabia apreciar as provas que a ele se destinavam e nelas formar livremente sua convicção, contanto que se ativesse à fórmula legal.

Na hipótese de o juiz não se sentir devidamente esclarecido ou convencido para julgar, se lhe permitia que se eximisse do julgamento, voltando o feito ao magistrado para nomeação de outro juiz.

No período da *cognitio extraordinaria*, iniciado no ano 294 d.C., criou-se a figura do juiz oficial, funcionário do Estado no exercício de uma função pública. Agora, um mesmo juiz conhecia da causa, dava-lhe andamento processual, decidia-a e executava a sentença.

Assim, a função jurisdicional no processo civil romano deve ser examinada em dois momentos históricos. Num primeiro, compreendendo o período das *legis actiones* e *per formulas*, era ela exercida por dois órgãos distintos: o magistrado, que atuava na fase *in jure*, órgão do Estado e o juiz, que atuava na fase *in judicio*, particular que punha fim ao juízo mediante sentença. Já num segundo momento,

¹⁰ Op. Cit. P. 12

período da *cognitio extraordinária*, o Estado assumiu a totalidade da função jurisdicional.

No que se refere aos magistrados, seus poderes dividiam-se em duas espécies fundamentais: o *imperium* e a *jurisdictio*.

O primeiro constituía-se no poder de comandar, ordenar e até mesmo de socorrer-se da força para fazer valer sua autoridade.

Já a *jurisdictio* era o poder de declarar o direito e se exercia na fase *in jure*. Desdobrava-se em outros poderes com características próprias, tais como o *jus edicendi*, de expedir editos, *jus judicari jubendi aut judicandi*, de mandar as partes a um juiz ou tribunal, *imperium mixtum*, de expedir certas medidas com conteúdo declaratório de direito e com conteúdo executório.

Várias constituições emanadas no período que se estende entre o reinado de Constantino e o de Justiniano, estabelecem uma multiplicidade de normas processuais, especialmente no que se refere à prova testemunhal.

Pelo fortalecimento do poder imperial, verifica-se a prevalência do princípio inquisitório ao dispositivo. Aparentemente o juiz adquire mais poderes, uma vez que dispõe de maior inquisitorialidade. Na realidade, porém, tais poderes não passam de mera ilusão, eis que o juiz se torna apenas uma peça da complicada máquina burocrática imperial e seus movimentos ficam tolhidos nas malhas do normativismo, sob o regime da prova legal.

Com a queda de Roma em 476 pela invasão dos povos germanos, o direito germânico foi substituindo o romano em várias regiões. Daí ter se formado um processo misto, com influências de ambos os sistemas jurídicos, a que se denomina processo romano-barbárico.

Aqui o verdadeiro titular da jurisdição era a assembléia dos membros livres do povo ou da comunidade, limitando-se o juiz à direção formal do debate e à proclamação, também formal, de seu

resultado. A comunidade reunida é que ditava a sentença. Ao juiz competia apenas a promulgação desta decisão.

No tocante às provas, sua produção competia exclusivamente às partes, limitando-se o juiz a desempenhar um papel passivo e mecânico, apenas constatando o resultado da prova.

Verifica-se, portanto, que nas fases pré-justinianéias há um predomínio do princípio dispositivo, devendo o juiz limitar-se às provas produzidas pelas partes.

No século XI renasce o direito romano, na Itália, com a Escola dos Glosadores. Com as obras dos glosadores, dos pós-glosadores e dos canonistas, buscava-se adaptar o direito costumeiro, então vigente, ao direito romano e ao canônico, dando azo à formação de um processo romano-canônico.

Por influência do direito canônico surgiram princípios processuais éticos, surgindo assim, a limitação dos poderes do juiz, com a finalidade de evitar a arbitrariedade e o desmando. Novamente são criadas normas rígidas para a valorização de prova, deixando estreita a margem de atuação do juiz.

O procedimento, nesta época, era formalista, predominantemente escrito, prevalecendo o princípio dispositivo.

O sistema probatório tinha como base a classificação sistemática das provas, pela qual a cada espécie de prova se atribuía um valor específico, sem que se permitisse ao juiz uma apreciação pessoal.

Concentrando-se a presente análise às raízes históricas de nosso ordenamento, passa-se então à apreciação do direito luso-brasileiro.

Da elevação do Condado Portucalense a reino independente até o reinado de D. Afonso III, predomina o direito consuetudinário local. No período que vai do começo de seu reinado até o aparecimento das Ordenações Afonsinas, ocorre o fenômeno de recepção do direito comum. Aplicam-se os costumes em coordenação com os direitos

romano e canônico, sendo que, em caso de conflito destas normas, cabia ao rei pronunciar-se.

Com o advento das Ordenações Afonsinas, nascidas pela necessidade de se definir qual o exato campo de aplicação dos diversos sistemas jurídicos, a previsão legal dispunha no sentido de que *“O juiz devia ser cumpridamente informado da verdade para justamente poder dar sentença conforme as petições”*(Tít. XX, § 3º).

Todo julgador deveria sempre julgar *“segundo que achar no feito alegado, e provado pelas partes”*, sendo sua sentença, portanto, preferida sempre conforme o pedido, fundando-se nas provas dadas pelas partes. Não devia julgar segundo sua consciência, salvo enquanto fosse ela formada pelas alegações e provas feitas pelas partes (Tít. XXXI).

Posteriormente surgiram as Ordenações Manuelinas, que conservaram o plano sistemático das primeiras. Denota-se, contudo, que se atribui ao juiz já alguns poderes instrutórios, dispondo o Tít. XXI que todo julgador podia e devia desde o começo da demanda, antes que a lide fosse contestada, fazer perguntas às partes para a boa ordenação do processo ou para decisão da causa, e podia constranger as partes a que respondessem às perguntas por ele feitas, pondo-lhes pena de dinheiro ou havendo-as por revéis presentes e procedendo contra elas no feito à sua revelia, se não quisessem responder às perguntas.

Não era admitido, todavia, o livre convencimento do juiz, cabendo a ele julgar segundo o que se achasse provado de uma parte e de outra, ainda que a consciência lhe ditasse o contrário e soubesse ele a verdade ser contrária ao que no feito foi provado. (Tít. L).

Com o advento das Ordenações Filipinas, mantém-se o mesmo sistema, atribuindo ao julgador os poderes já referidos.

Após a independência, determinou-se que se mantivessem em pleno vigor as leis portuguesas, continuando, assim, o processo a ser disciplinado pelas Ordenações Filipinas.

Em 1850, editou-se o Regulamento 737, que determinou a ordem do juízo no processo comercial; sendo que sua aplicação veio a ser ampliada ao âmbito civil por força do Decreto 763/1899.

O quadro que se delineava então, era de prevalência do princípio dispositivo no campo probatório. As testemunhas eram inquiridas pelas próprias partes ou por seus advogados ou procuradores, cabendo ao juiz assistir à inquirição, abrindo-se-lhe a oportunidade, no entanto, de fazer perguntas às testemunhas se assim julgasse conveniente (art. 181).

Ainda, se o juiz, examinando os autos, julgasse necessária alguma diligência, poderia ele ordená-la ainda que não tivesse sido ela requerida nas alegações finais (art. 230).

Percebe-se que há aí, portanto, já alguma atribuição de poderes instrutórios ao juiz, cabendo ressaltar, todavia, que a iniciativa judicial era meramente supletiva da iniciativa dos litigantes.

Insta salientar, contudo, que permanecia o entendimento de que o juiz deveria se adstringir ao representado nos autos quando de seu julgamento, não se admitindo que julgasse de forma contrária, ainda que soubesse ser a verdade o contrário.

Em 1876 nasceu a Consolidação das Leis do Processo Civil. No campo das provas, não se procedeu a nenhuma alteração substancial, continuando a vigorar o princípio dispositivo, nos termos do art. 334, admitindo-se a formulação de perguntas às testemunhas pelo juiz.

Abre-se, todavia, uma nova gama de poderes ao juiz, admitindo-se que nomeasse ele arbitradores ou peritos à revelia das partes, bem como que determinasse *ex officio* que os referidos *experts* esclarecessem algum ponto obscuro.

Podia também proceder à vistoria, a qual poderia ser feita em todo o tempo e estado da causa, ainda que depois da conclusão (art. 471).

Outrossim, conclusos os autos para sentença, tinha o juiz o poder de *ex officio* mandar abrir a conclusão para exigir provas,

esclarecer as existentes ou sanar qualquer erro suprível do processo. Permanecia, ainda, a obrigação de ter o juiz de julgar tão somente segundo o comprovado nos autos, ainda que em contrariedade à sua consciência.

Pelo Decreto 3084/1898 aprovou-se a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal.

Mantinha-se por esta Consolidação o ônus da prova atribuído às partes, admitindo-se o arbitramento e a *vistoria ex officio*, ou ainda, a ~~determinação de realização de diligência caso o magistrado julgasse ser assim necessário (art. 254).~~

Essa legislação vigorou até 1939, quando a legislação processual foi sistematizada no primeiro Código de Processo Civil brasileiro, fundamentado na concepção publicística do processo.

O juiz passa então a participar do processo como órgão do Poder, a compor os conflitos no interesse da coletividade, abandonando-se a figura de um juiz inerte e passivo, substituída pela imagem de um juiz ativo.

Nesta codificação o legislador atribuiu ao juiz o poder de direção do processo (art. 112), o poder de iniciativa probatória (art. 117), o poder de livre convencimento na apreciação da prova (art. 118).

Moacyr Amaral SANTOS¹¹, classificou os poderes atribuídos ao juiz pelo Código de 1939 em poderes de polícia e jurisdicionais, subdividindo estes em ordinatórios, instrutórios e finais; interessando ao presente trabalho precipuamente os instrutórios.

Neste tocante, o Código atribuiu ao juiz a possibilidade de admitir, apreciar e participar ativamente da produção das provas; destacando-se a possibilidade de ordenar diligências ou indeferir aquelas dispensáveis, requeridas por uma das partes com intuito meramente protelatório; inquirir testemunhas e partes,...

Vale destacar que revela-se aqui um grande avanço, uma vez que os diplomas legais pretéritos somente permitiam ao juiz ordenar ex

¹¹ SANTOS, M. A. Primeiras Linhas, 3^o ed., Max Limonad, v. 01, p. 368-70.

officio algumas diligências previamente determinadas em lei, enquanto a codificação de 1939 atribuiu ao juiz o poder de ordenar toda e qualquer diligência necessária à instrução processual. Além disso, estabeleceu, finalmente, o princípio probatório do livre convencimento do juiz, permitindo a ele a livre apreciação do valor da prova, persistindo, porém, o dever se ater aos fatos e circunstâncias constantes do processo, não podendo valer-se de informações extrajudiciais.

Essa legislação norteou a prática processual brasileira até o advento do código atual, segundo o qual cabe às partes a iniciativa da ação, incumbindo ao juiz impulsioná-la.

Permanece a concepção de que o *onus probandi* cabe às partes, admitindo-se ao juiz a determinação de diligências para formar seu convencimento. Ainda, importante salientar que o Código de 1973 arma o juiz de poderes excepcionais, a fim de coibir atos praticados pelas partes que venham a obstar a prestação da atividade jurisdicional.

A doutrina das provas sofreu importantes modificações. O art. 332, por exemplo, admite qualquer meio de prova moralmente legítimo, ainda que não especificado pela lei. Além disso, permite-se que o juiz, na falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum (art. 335).

Adota-se um modelo processual em que há um temperamento entre os princípios dispositivo e inquisitório, ampliando-se os poderes do juiz com a consciência de que é necessário armar o Poder Judiciário de melhores meios ao descobrimento da verdade, sem sacrificar os princípios básicos que estruturam o processo dispositivo.

Neste passo merece especial atenção a lição de João de Castro MENDES, citado pelo Professor Aloísio SURGIK¹², ao afirmar que só se justifica a atribuição de poderes de um órgão do Estado na medida em que se considere estar em jogo no processo um interesse público.

¹² MENDES, citado por Aloísio SURGIK. Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade, *in* Revista Genesis, p.463

1.3 A figura do juiz no direito alienígena

Assim como em nosso ordenamento, também da análise da legislação estrangeira, denota-se que a tendência aponta no sentido de ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Não é de se desconsiderar, todavia, a existência de ordenamentos fortemente influenciados por concepções privatistas, em que ao julgador é atribuído papel de mero espectador da lide.

Por esta razão, BEDAQUE¹³ divide o direito alienígena em três grandes grupos: aqueles que não conferem poder instrutório ao juiz, aqueles que o fazem com restrições e os que permitem amplamente a investigação probatória.

Assim, é que na lição do referido doutrinador, integra o primeiro grupo o direito espanhol, fortemente influenciado pelo princípio dispositivo.

Já no segundo grupo, encontra-se a legislação alemã, à medida em que a prova testemunhal é a única cuja produção depende exclusivamente da parte, sendo total o poder judicial quanto às demais provas. Também os legisladores sueco e colombiano estabeleceram limitações quanto às provas testemunhal e documental.

Já o legislador chileno conferiu amplos poderes de iniciativa ao juiz em leis específicas.

No direito italiano, o art. 115 dispõe que a decisão proferida pelo juiz deve ser fundada nas provas produzidas pelas partes. Além disso, sustenta a doutrina não ser excepcional o poder instrutório do juiz, posto que é admitido por inúmeros dispositivos legais. Cumpre ressaltar, entretanto, que há quem defenda não sofrer qualquer restrição o princípio dispositivo, cabendo exclusivamente às partes a iniciativa probatória.

¹³ BEDAQUE, J.R. dos S. Poderes instrutórios do juiz, p. 78.

Também no *Code de Procedure Civile* francês, de 1975, pode-se verificar uma tendência à ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Em seu artigo 10, tal digesto processual confere ao juiz iniciativa referente a todas as medidas de instrução legalmente admissíveis; o mesmo se observando na legislação argentina.

Esta é também a orientação adotada nos países da *common law*. Dentre estes, BEDAQUE¹⁴ ressalta o exemplo do código austríaco de 1895, que revela um caráter eminentemente publicista ao admitir ampla investigação oficial. Relaciona ainda, como exemplos de legislações que admitem amplamente a investigação oficial, a da extinta União Soviética e dos países socialistas da Europa Oriental.

Saliente-se que na primeira, além de poderes instrutórios, admitia-se que o juiz viesse a interferir na própria relação jurídica substancial, concepção esta decorrente da visão do processo como instrumento de proteção da ordem socialista, vigente à época.

Assim, diante de um panorama geral dos poderes atribuídos ao juiz nos diversos ordenamentos vigentes ao redor do mundo, depreende-se que o Brasil encontra-se dentre o rol de países que adotam uma orientação mais moderna, no sentido de se conceder ao juiz poderes instrutórios, possibilitando-lhe o melhor desempenho de suas funções.

¹⁴ Op. Cit., p. 83

CAPÍTULO II

Justificativas à iniciativa probatória *ex officio*

2.1 O escopo atual da atividade jurisdicional

No escólio de Sérgio Alves GOMES¹⁵, a atividade jurisdicional apresentaria tríplice função: jurídica, pois encontra-se disciplinada pelo ordenamento, possuindo a Constituição como respaldo; política, pois o magistrado, ao exercitar seus poderes decidindo coercitivamente as controvérsias que se lhe apresentam, evidencia a soberania do Estado, colaborando à legitimação do poder estatal e, ainda, social, à medida que realiza a pacificação social por meio da justa solução dos litígios.

Assim, situando-se a atividade jurisdicional neste contexto multifacetado, conclui-se que a atividade do juiz é, simultaneamente, moldada pelos componentes da vida em sociedade e sobre eles exerce influência, seja afim de conservá-los ou de transformá-los.

Evidencia-se que a jurisdição é poder que emana do povo, em favor do qual deve atuar. Nas palavras de Sérgio Alves GOMES¹⁶, pela evolução simultânea do Estado e do Direito Processual, surgem resultados significativos para um direcionamento do juiz no contexto social hodierno. Como efeito de tal evolução, o magistrado contemporâneo se torna uma figura muito diversa e distante daquele juiz imaginado por Montesquieu no prelúdio do Estado liberal, que não passava de um autômato, sem sentimentos humanos, nas mãos do legislador, já que nada mais podia fazer do que pronunciar as palavras da lei, sem poder moderar-lhe o rigor, que nem sempre leva a decisões justas, consoante velho brocado latino *summum jus, summa injuria*.

Este apego do juiz à letra da lei, sem liberdade para qualquer interpretação divergente da literal, como herança do positivismo jurídico desenvolvido no século XIX, fez com que se adotasse uma

¹⁵ GOMES, S. A. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil, p. 27-28.

¹⁶ Op. Cit., p. 32

mentalidade formalista, em que a preocupação com a legalidade supera a busca da realização da justiça.

Ao contrário do apregoado pelos primeiros liberais, acabou prevalecendo uma lei apenas formal, “fabricada” artificialmente pelos legislativos, sem esboçarem uma preocupação real com a justiça e os interesses sociais.

Assim é que, devido às constantes injustiças cometidas, seja pelo legislador, seja na prestação jurisdicional, que só fazem crescer a insatisfação social e a descrença para com o Judiciário, impõe-se uma reforma de mentalidade, para que, como afirma DALLARI

“o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, ‘uma forma legal de promover injustiças.’(...) Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.”¹⁷

No escólio de Sálvio FIGUEIREDO TEIXEIRA:

“O Estado Democrático, de Direito, não se contenta mais com uma nação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder eqüidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhes a omissão... esta a missão que a todos nós cabe: criar um novo processo e com ele uma nova Justiça, para responder aos desafios de um novo tempo.”¹⁸

Hoje, o processo não pode ser pensado fora da conflituosa vida de relações e desigualdades das pessoas em sociedade. Pelo contrário, dentro desta perspectiva é que deve se desenvolver a atividade do juiz e o exercício de seus poderes.

¹⁷ DALLARI, D. A. O poder dos juízes, p.83-84.

¹⁸ FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. O Aprimoramento do Processo Civil como Pressuposto de uma Justiça Melhor, *in* Revista de Processo, n. 65, p.171/172.

O direito processual diferencia-se do material e possui objetivos próprios, que se confundem com os da própria atividade estatal, uma vez que a jurisdição é uma das funções desempenhadas para assegurar o bem estar da sociedade. Ora, o processo é o instrumento de atuação da jurisdição, é o meio através do qual se busca um provimento justo. É através do processo que o Estado impõe as normas do direito material às situações da vida real.

2.2 Do interesse público como norte da jurisdição

Com a formulação sugerida por Oskar von Bülow, do processo como relação jurídica processual, tendo como sujeitos as partes e o juiz, com o passar do tempo, deu-se a compreensão de que a tutela jurisdicional é prestada não só em atenção aos direitos subjetivos particulares, mas principalmente em atenção ao interesse público de impedir ou reparar qualquer lesão às regras de conduta do homem na vida em sociedade, estabelecidas pelo ordenamento jurídico material.

Assim, admitindo-se a predominância do interesse público no exercício da prestação jurisdicional, bem se compreende que o processo moderno seja dominado pelo princípio do impulso oficial, que se contrapõe ao princípio dispositivo, um processo em que predomina o interesse pela verdade real.

Por esta razão afirma o saudoso Desembargador Ivan Ordine RIGHI: *“O Juiz tem o dever de exercitar os seus poderes, porque se encontra investido desses poderes para a finalidade precípua de que se possa alcançar o ideal do processo, que é o dizer de Calamandrei, a justa composição da lide. O Juiz tem poderes, mas também tem o dever de exercê-los sempre que possível.”*¹⁹

Também neste sentido leciona Jones Figueirêdo ALVES:

“É com esta identidade de razões que se aperfeiçoa o princípio do impulso processual em seu sentido e alcance e arrazoa-se por abreviar o litígio, manifesto que a realização da função judicial exige a direção efetiva do processo. Para isso, o Estado-Juiz, valorando

¹⁹ RIGHI, I. O. Os poderes do juiz, *in* Jurisprudência Brasileira, n. 169, p. 41.

*que a finalidade do processo não é mera proteção dos direitos subjetivos mas a atuação do direito objetivo, chamando a si o poder-dever de distribuição da justiça, não fica limitado à posição única de garantidor dos interesses de cada um. É, sobretudo, empenhado na ordem pública que a todos interessa, razão pela qual deve influir no desenvolvimento da lide, impulsionando o processo para uma rápida solução definitiva da controvérsia, oferecendo a prestação jurisdicional que lhe é pertinente. Caracteriza-se desse modo 'uma tarefa geral de tutela que transcende a individualidade' como refere Schoenke."*²⁰

Logo, diante desta concepção, verifica-se que há um crescente aperfeiçoamento do processo em sua concepção instrumentalista, buscando sua real efetividade; o que em muito se relaciona com a participação do juiz na direção do processo. Afinal, o processo não vale por si mesmo, mas pelos objetivos que é chamado a realizar.

Na ponderação de Fritz BAUR, citado por Jones Figueirêdo ALVES, "*a atividade do órgão jurisdicional relaciona-se, em primeiro lugar, com a condução do processo*".²¹

Resta, portanto, indiscutível que a instrumentalidade do processo deve ser considerada a todo instante, em razão do ideal de atuação da justiça, cabendo ao juiz atuar com ênfase na direção do processo.

Busca-se, assim, uma perfeita adequação entre o processo e seu objeto. Da visão instrumentalista do processo depende a realização *in concreto*, com o máximo de celeridade e proveito, do resultado justiça.

Dentro desta perspectiva, a importância da atuação do juiz está em sua responsabilidade na concretização da garantia da igualdade das partes, uma vez que a essência do processo reside na dialética dos opostos.

Assim, admitindo-se que cabe ao Estado zelar pela igualdade real, é que se impõe o temperamento da célebre equidistância do juiz, se lhe atribuindo poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva

²⁰ BAUR, citado por Jones Figueirêdo ALVES. Do poder "ex officio" no processo civil, p. 13.

²¹ Op. Cit., p. 17

participação das partes no contraditório, para que, mediante sua colaboração e cooperação, se alcance um processo justo.

É de se compreender o processo como um instrumento, servindo não só como advertência de que por meio dele se busca realizar o direito material, como também da preocupação que se tem de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito, precisamente aquilo que deve obter.

Não se pode desvincular a jurisdição da aplicação da distribuição da justiça.

Nas palavras de Francisco Wildo Lacerda DANTAS, *“de tudo o brevemente examinado, impõe-se concluir que os poderes atribuídos ao juiz, no processo, são poderes instrumentais, não bastantes em si mesmos, porque afitados ao fim do próprio processo: a rápida e correta prestação da justiça.”*²²

2.3 Fundamentos legais à atuação *ex officio* do juiz

Noticia José Roberto dos Santos BEDAQUE²³ que a reação ao imobilismo no Brasil iniciou-se através da doutrina do Prof. Alexandre Gusmão, para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então; era necessário que se concedesse maior amplitude ao poder de iniciativa do Juiz. Já em 1922/24 este professor defendia a idéia de que seria possível ao juiz determinar de ofício diligências que lhe parecessem necessárias à apuração dos fatos debatidos no processo.

A exposição destas idéias acabou por ser acolhida pelo legislador do CPC de 1939, como se denota do seguinte trecho de sua Exposição de Motivos:

²² DANTAS, F. W. L. Os poderes do juiz na processo civil e a reforma do judiciário, *in* RT 700, p. 35.

²³ Op. Cit., p. 75

“A direção do processo deve caber ao Juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingindo pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o Juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno Direito Processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito Processual como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O Juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no Juiz que um tal interesse se representa e personifica.”

Também o atual Código de Processo Civil pátrio estabelece preceitos consagrando poderes *ex officio* ao julgador, exercidos em favor da atividade jurisdicional; preceitos que se inter-relacionam pela necessidade de agilização do processo, da guarda de matérias de ordem pública ou da guarda de dignidade do órgão jurisdicional.

Aliás, os poderes do juiz no processo civil brasileiro, não só gozam de natureza processual, como possuem respaldo constitucional.

Sendo o Estado quem estrutura a justiça e atribui ao Poder Judiciário sua realização no plano constitucional, conferindo-lhe o poder de processar e julgar, é de se concluir que os poderes processuais do juiz emanam constitucionalmente daquele Poder, pois os poderes que lhe são atribuídos, tais como os ordinatórios, executórios,... nada mais são do que a explicitação fática, lógica e jurídica do poder de processar e julgar previsto expressamente na Constituição Brasileira, pelos arts. 102, I; 105, I; 108, I e 109.

Assim, o instituto dos poderes processuais judiciais goza de *status* constitucional, uma vez que o legislador os estruturou, em suas

linhas gerais e em seus princípios fundamentais, na Constituição Federal. Tanto é assim, que a doutrina vem se debruçando sobre a elaboração de um direito processual constitucional.

Insta salientar que a importância de tal colocação não é meramente teórica, mas possui grandes efeitos práticos. Afinal, se o juiz, personificação do Poder Judiciário, é, por isso, o titular do poder jurisdicional, se a Constituição, na tripartição dos Poderes do Estado, lhe atribuiu a função de fazer justiça, está o legislador ordinário obrigado a respeitar esse poder jurisdicional, regulando seu funcionamento e sua dinâmica, de forma a possibilitar e a efetivar o seu pleno exercício.

Não pode a lei ordinária, portanto, criar obstáculos e empecilhos à efetivação desse poder, concluindo-se que os poderes judiciais processuais devem ser sempre analisados à luz da Constituição e seus princípios.

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer é que a jurisdição terá cumprido sua função social.

Cumprir ressaltar, todavia, que não são muito frequentes na prática judiciária brasileira as iniciativas instrutórias oficiais, em que pesem as possibilidades legais. Para BARBOSA MOREIRA,²⁴ tal fato se deve à sobrecarga de trabalho e à mentalidade ainda dominante em certos setores que vêem com reserva, quando não com desconfiança, a atuação espontânea do juiz na busca da verdade.

A atuação do magistrado interessa a toda a coletividade. Por isso é que se admite a ampliação dos poderes do juiz no processo, para investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes. E não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução

realmente justa, uma vez que as partes visam tão somente um resultado favorável aos seus interesses, não se preocupando com a adequação destes seus interesses à ordem jurídica estabelecida. Esta é interesse do Juiz/Estado.

Assim, às partes incumbe, predominantemente, o ônus da iniciativa probatória, até porque possuem elas o conhecimento primeiro e adequado das questões que serão trazidas ao processo. Há que se considerar, todavia, que o objetivo buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a atuação do magistrado.

²⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. A Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, *in* Revista de Processo, n. 37, p. 179/180.

Capítulo III

A iniciativa probatória *ex officio* em face dos princípios norteadores do Processo Civil Brasileiro

Diante da análise precedente, ineludível que incumbe ao juiz uma atuação dinâmica, utilizando-se dos poderes que lhe conferiu o legislador. Sua atuação no entanto, não é de ser desmedida ou ilimitada, instando-se um contraponto entre a necessidade de que atue na direção do processo e os princípios norteadores do direito processual brasileiro, como forma de se delimitar as possibilidades de atuação do magistrado.

3.1 Princípio dispositivo

No entendimento majoritário da doutrina, o princípio dispositivo em muito se relaciona com a matéria atinente aos poderes instrutórios do juiz, figurando como obstáculo à iniciativa probatória do julgador.

Há também o entendimento de que nossa sistemática processual harmonizou o princípio dispositivo ao inquisitório, atribuindo às partes o ônus de provar suas afirmações, sem embargo de se ampliar os poderes do juiz para que, representado o Estado, atue em busca da justiça.

Denota-se daí que, pelo grau de aplicação deste princípio, revela-se o nível de privatismo ou de publicismo de um sistema processual.

Quando se fala em princípio dispositivo, está-se a tratar, portanto, da maior ou menor dependência do juiz em relação à iniciativa das partes quanto às provas e alegações que servirão de base ao provimento jurisdicional. Tal princípio se resume no brocardo romano *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*.

Outrossim, para que melhor se enfrente esta problemática, necessário que se defina em que consistiria o princípio dispositivo, referindo-se ele ora à propositura da demanda e ora à estrutura interna do processo.

Assim é que BEDAQUE²⁵, a fim de evitar equívocos, prefere reservar a denominação princípio dispositivo tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo, considerando que as partes têm ampla liberdade no que se refere aos direitos disponíveis.

Quanto à estrutura interna do processo, mantida sob o domínio das partes, especialmente no que se refere à colheita de provas, o princípio dispositivo vem sendo rejeitado pela moderna ciência processual, que defende a iniciativa oficial quanto à prova. Afinal, ainda que seja privada a relação processual, continua o Estado a ter interesse na melhor prestação da tutela jurisdicional. Desta forma, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é. A natureza da relação submetida ao juiz, portanto, não influiria nos poderes instrutórios a ele conferidos.

Daí é que conclui BEDAQUE:

“Conclui-se assim que a denominação princípio dispositivo deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexa com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão tornaria possível sua utilização para representar tais restrições.”²⁶

Os sujeitos do processo, portanto, podem tão somente estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, mas não em relação aos meios de prova que entender necessários à formação de seu convencimento. Deste modo, tem-se que os limites da

²⁵ Op. Cit., p. 90.

²⁶ Op. Cit., p. 93

atividade instrutória do juiz são estabelecidos pelos limites da própria demanda. Insta observar, no entanto, que nem aí as limitações são absolutas, admitindo-se que sejam ultrapassadas, como na hipótese do art. 461, §4º, ou mesmo na hipótese de tutela condenatória *ex officio* de pensão alimentícia em demanda com pedido declaratório de reconhecimento de paternidade, nos termos do art. 7º da Lei 8560/92.

Assim é que a legislação brasileira confere ao juiz papel ativo na formação do conjunto probatório e não meramente subsidiário à iniciativa das partes, como resultado do fenômeno da publicização do processo.

A polêmica doutrinária surge em torno deste princípio quando se contrapõe a posição daqueles que defendem uma maior participação do juiz na produção das provas e aqueles que entendem que tal participação fere o princípio da imparcialidade do juiz.

Descabida, todavia, tal ponderação, pois como bem ressalta DENTI, mencionado por Sérgio Alves GOMES²⁷, a garantia da imparcialidade respalda-se na efetividade do contraditório e não na inércia do juiz. Tal entendimento é também defendido por BARBOSA MOREIRA, que afirma:

“Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido à sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir (...) O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quanto toma a iniciativa instrutória, pois,

²⁷ DENTI, citado por Sérgio Alves GOMES, Op. Cit., p. 86.

*seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade.*²⁸

Deste modo, a questão básica sobre a aplicação do princípio dispositivo, atualmente, consiste em que seja ele corretamente dosado com os poderes que o ordenamento atribui ao juiz na direção do processo, inclusive na determinação de provas *ex officio*; havendo ainda que se observar o princípio do ônus da prova, também acolhido por nosso ordenamento. É de se buscar, antes de tudo, a realização da justiça, por meio da ciência e da prudência.

3.2 Princípio da igualdade das partes

Este princípio surge como desdobramento do princípio da isonomia, resguardado pelo artigo 5º da Constituição, não só no âmbito formal, mas com uma perspectiva de realização da igualdade substancial na esfera do processo.

De extrema importância é o princípio ora em tela, uma vez que o processo não deve ser visto como um duelo, onde vence o mais forte, mas como instrumento de afirmação de direitos.

É de se considerar que a disparidade de condições culturais e de meios econômicos coloca uma das partes em condições de não poder se servir dessa igualdade jurídica, pois os custos e as dificuldades técnicas do processo, constituem um obstáculo, não raras vezes insuperável, às partes menos favorecidas no caminho da justiça. Assim é que para eliminar os perigos derivados destas desigualdades sociais nosso Código deu especial atenção ao desenvolvimento de institutos capazes de elevar a parte mais fraca às mesmas condições da parte mais forte, visando impedir que pela inferioridade de cultura e de meios econômicos, a igualdade de direito possa transformar-se, diante dos juízes, em uma desigualdade de fato.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, citado por Sérgio Alves GOMES, op. Cit., p. 86.

Esta preocupação revela-se, principalmente, na disposição do art. 125, I do CPC, *in verbis*: “*cabe ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.*”

Tal dever é de ser considerado, todavia, numa contraposição à imparcialidade do juiz, cabendo a ele dispensar igual atenção a ambas as partes, sem permitir que uma tenha maior oportunidade de apresentar argumentos e provas do que a outra. Da mesma forma, vedado é ao juiz examinar com maior profundidade o que afirma um dos litigantes, examinando apenas superficialmente as alegações do outro.

BARBOSA MOREIRA²⁹ leciona que a igualdade no processo desdobra-se em três aspectos: igualdade de riscos, de oportunidades e de tratamento, de modo a assegurar a credibilidade do processo como instrumento de resolução de litígios; oferecendo aos titulares dos interesses em conflito uma perspectiva de eqüanimidade.

Muito embora seja o problema da desigualdade processual reflexo da desigualdade real entre as partes, problema que não cabe ao juiz dirimir, decerto que cabe a ele empenhar-se no objetivo de reduzir seus reflexos na esfera processual, utilizando-se, para tanto, dos poderes que lhe são conferidos.

Assim é que cresce a cada dia a idéia de um comportamento ativo do julgador, de forma a efetivar a igualdade das partes, superando a visão de plena disponibilidade das provas, pois muitas vezes sua omissão na instrução do feito deve-se a fenômenos econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.

Derruba-se a idéia de que um juiz dotado de poderes reflete a idéia de um Estado ditatorial. Pelo contrário, pela concessão de poderes ao juiz é que se pode prestar a tutela jurisdicional em sua maior eficácia, na revelação de um verdadeiro Estado social.

3.3 Princípio do contraditório

²⁹ BARBOSA MOREIRA citado por Sérgio Alves GOMES, Op. Cit., p. 79.

Cabe ao juiz zelar, primordialmente, pela observância deste princípio na direção do processo.

Entende-se o princípio do contraditório como sendo a regra segundo a qual, sendo formulado um pedido ou oposto um argumento ao sujeito, deve-se dar a ele oportunidade de se pronunciar sobre o pedido ou argumento, não se decidindo a lide antes de tal oportunidade.

Assim é que o processo se desenvolve de forma dialética, oportunizando-se a cada uma das partes a manifestação sobre os argumentos da outra; impedindo-se que o juiz decida baseado apenas nas alegações de uma das partes, sem antes possibilitar que a outra se pronuncie a respeito da matéria em apreciação.

A idéia de que um processo se desenvolva sem a devida observância do contraditório, repugna à atual consciência jurídica, devido à sua relevância para que o juiz encontre a verdade dos fatos pelo confronto de argumentos e provas.

Assim, não há qualquer infringência ao princípio do contraditório pela iniciativa probatória do juiz, por si só. Basta que o magistrado oportunize a ambas as partes que se manifestem acerca da prova realizada por sua determinação, que tal garantia permanecerá incólume.

3.4 Princípio da imparcialidade

Este princípio consiste em verdadeira garantia a um julgamento válido e justo, exigindo do juiz que se coloque em posição eqüidistante das partes.

Não se deve confundir imparcialidade com neutralidade, admitindo-se que tenha o juiz seu próprio conjunto de valores. Aliás, pretender-se que seja uma pessoa axiologicamente neutra afigura-se inadmissível. O que se pretende com a imparcialidade do juiz, na verdade, é tão somente que conduza o processo de modo a que seja

efetivo instrumento de justiça, conduzindo à “vitória” aquele que realmente tem razão, ou seja, deve o julgador conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes.

O fato de determinar o juiz, *ex officio*, a realização de provas, ao contrário do que muitos afirmam, em nada contraria o princípio da imparcialidade. A uma, porque o juiz, quando determina a realização de alguma prova, não conhece de antemão seu resultado. A duas, porque cabe indagar se não seria verdadeiramente parcial o juiz que, tendo conhecimento de que dada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, ao deixar de fazê-lo, não estaria aí sim se revelando parcial por acabar beneficiando a parte que não tem razão.

Mais uma vez se ressalta que a atividade instrutória do juiz somente vem a corroborar a busca por uma prestação jurisdicional efetiva, alcançando a verdade completa.

Como bem afirma o Prof. Eduardo TALAMINI:

“Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar quem tem razão, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional. A imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades aos litigantes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos – e cessa aí. As vantagens que advêm no processo a alguma das partes, precisamente porque e na medida em que esta tem razão, não são mais do que consequência da correta atuação imparcial.”³⁰

Ademais, preserva-se a imparcialidade do juiz pela submissão de suas atividades ao princípio do contraditório, bem como pelo dever que lhe é constitucionalmente imposto de motivar suas decisões.

Ora, não há que se confundir imparcialidade com passividade. Como já se disse, a participação do juiz na formação do conjunto probatório, somente demonstra que está ele atento aos fins sociais do processo, comprometido com a efetivação do direito material.

A imparcialidade do juiz deve ater-se à obrigação de examinar objetivamente as matérias fáticas reproduzidas nos autos. Sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos

³⁰ TALAMINI, E. Prova emprestada no Processo Civil e Penal.

jurídicos. Pouco importa quem tenha carreado a prova aos autos, mas sim que o provimento jurisdicional seja nelas baseado.

Ademais, insta salientar que não é possível conceber-se a existência de imparcialidade em uma relação em que já de início uma das partes esteja em situação de desigualdade, seja econômica ou cultural. O juiz, assumindo um papel ativo, estaria a restituir a igualdade das partes, restaurando a paridade das armas no processo. Contribuindo o juiz à equiparação das situações processuais, estaria atuando em favor da preservação do princípio da imparcialidade, atuando de forma efetiva à garantia do pleno acesso à Justiça.

3.5 Regras de distribuição do ônus da prova

No escólio de João Bonumá:

“Ainda influi largamente na elaboração do conceito de prova a sua destinação específica, acima referida, de produzir a certeza jurídica que fundamentará a sentença. E, precisamente, devido à sua destinação, que a lei preestabelece aos meios probatórios admissíveis, o fatos sobre os quais podem eles incidir, a quem cabe o ônus da prova, o processo de sua produção em juízo e as regras que o juiz deve observar para sua verificação.”³¹

Assim, logo se depreende que a questão do ônus da prova ocupa lugar importante nas discussões doutrinárias. Assume especial relevo quando a instrução se conclui sem clareza não permitindo ao juiz a formação de convencimento seguro.

O ônus da prova consiste num conjunto de regramentos a distribuir a que parte cabe comprovar o alegado, pois há que se indicar qual das partes suportará as conseqüências negativas da falta de prova. A lei atribui a determinadas situações, caracterizadas pela falta de provas, certos efeitos danosos, afigurando-se conveniente ao interessado evitá-los.

Muito embora tenha a norma, em sua essência, pretendido fixar o princípio básico do alheamento do juiz à prova, em observância ao

³¹ BONUMÁ, citado por Miguel KFOURI NETO. Culpa médica e ônus da prova, p. 58.

princípio do contraditório, tal não impede que possa o juiz exigir de ofício a realização de determinada prova.

Ora, a ordenação da prova é atividade reservada ao juiz. Tem lugar, na sistemática processual vigente, por ocasião da realização da audiência de conciliação e saneamento, na forma do que dispõe o art. 331 do CPC.

Afora as regras fixadas pelo legislador atinentes ao ônus da prova, surgem diversas outras teorias a compor este importante tema, dentre as quais assume especial relevância a teoria da carga probatória dinâmica, tratada com maestria pelo Prof. Miguel KFOURI NETO em sua obra *Culpa Médica e Ônus da Prova*.

Pela teoria da carga probatória dinâmica, desloca-se a parte em relação ao ônus da prova por determinação do juiz, tornando dinâmicas as posições quanto à prova ao longo da demanda.

ARAZI³² entende ser importante que o juiz valere as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando qual das partes se encontra em melhores condições de esclarecer o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem detinha o ônus de provar não o fez.

Como bem ressalta o Prof. Miguel KFOURI NETO, *“a teoria das cargas probatórias dinâmicas constitui uma exceção à norma legal de distribuição do ônus da prova, utilizável apenas quando regras legais que disciplinam o encargo probatório se mostrarem manifestamente inadequadas ao estabelecimento da verdade.”*³³

Esta concepção se opõe à tradicional idéia estática, igual para todas as hipóteses, na distribuição do ônus probatório. Aqui, confere-se especial importância à idéia de solidariedade e colaboração das partes na etapa probatória do processo, exceptuando-se as regras rígidas que insistem em fazer recair toda a responsabilidade probatória num ou noutro demandante.

³² ARAZI, citado por KFOURI NETO, Op. Cit., p. 137

³³ Op. Cit. , p. 138.

Esta nova posição, de flexibilização da carga probatória, já assume relevo na jurisprudência, tendo sido acolhida inclusive em nossas Cortes Superiores, como demonstra um Acórdão, da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar.³⁴

Também Teresa Arruda Alvim WAMBIER defende um posicionamento mais ativo ao juiz na distribuição do ônus da prova:

“A esse respeito sustentamos posição anteriormente no sentido de que o juiz, deveria, em certos contextos, exercer papel mais ativo até no que concerne ao ônus da prova. Segundo uma postura mais tradicional, se estabelece que a cada uma das partes cabe provar o que alegou. Por causa dos princípios da igualdade e da imparcialidade é que se entendeu durante muito tempo que assim se deveria delinear a teoria do ônus da prova. Todavia, hoje se vem paulatinamente difundindo a idéia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo. (...) Ao magistrado interessa a busca da verdade, e se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver ‘favorecendo uma das partes’, isso importa nada ou muito pouco. (...) Na atividade do juiz, tem-se a garantia de que estar-se-á buscando a verdade. O mesmo não se pode dizer quanto às partes, que estarão sempre querendo mostrar o lado da realidade que lhes interessa. Desaparece, segundo este ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório. (...) O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tinha o direito, que assevera ter mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar o direito

³⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO – CLÍNICA – CULPA – PROVA – 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. “Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equivocado conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais da vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área. Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar que tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade. Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação. (RESP 69309/RS, 4^a T., j. 18/06/1996).

que efetivamente tem.(...) Em função deste parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.”³⁵

O art. 333 do CPC estabelece as regras do ônus da prova. Segundo suas disposições, cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

Parte de nossa doutrina afirma que a possibilidade de determinação de provas *ex officio* pelo juiz deve ser entendida em conformidade com estas regras legalmente estabelecidas. Assim é que, diante da omissão da parte, caberia ao juiz tão somente negar-lhe a pretensão, sem diligenciar no sentido de completar a instrução. Em outras palavras, as regras referentes ao ônus da prova limitariam os poderes do art. 130, sendo que estes somente poderiam ser aplicados na hipótese de permanecer o juiz em dúvida mesmo após finda a instrução pelas partes. Tal doutrina defende que se o juiz, utilizando-se dos poderes que lhe foram conferidos, determinasse a realização de uma prova, estaria contrariando os arts. 125 e 333 do CPC, beneficiando uma das partes em prejuízo de outra.

Este entendimento, todavia, apresenta-se equivocado, uma vez que, como bem ressalta BEDAQUE³⁶, as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja a efetivação de direito substancial e a pacificação social.

O raciocínio que se deveria adotar a fim de se efetivar o processo, é o de que as regras atinentes ao ônus da prova devem ser tomadas pelo juiz tão somente no momento do julgamento, auxiliando o julgador quando, finda a instrução, não restaram os fatos suficientemente provados. Antes desse momento, admite-se que o juiz esgote todos os meios a ele disponibilizados a fim de proferir um julgamento justo.

³⁵ WAMBIER, T. A. A. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória, SP:RT, 2001, p. 106 e ss.

Ainda, não há que se confundir a distribuição do ônus da prova com a legitimidade para sua produção. Trata-se de questões distintas, pois esta incide somente em situações de insuficiência de prova.

Assim, é que se faz admissível a atividade instrutória desenvolvida pelo juiz, pois em sendo a atividade probatória suficiente, irá o julgador decidir com base nas provas trazidas aos autos, independentemente de como tenham elas ali chegado. Em sendo, no entanto, negativo o resultado, aí sim incidirão as regras do ônus da prova.

O que pode ocorrer, isso sim, é que a atividade do juiz venha a diminuir os casos de incidência das regras do ônus da prova. Isso todavia, ao contrário do que se possa pensar, não possui nenhum caráter prejudicial. Muito pelo contrário, esta atividade possui conotação benéfica, pois aumenta a probabilidade de um julgamento correto, sem que isso venha de encontro aos interesses das partes, como anteriormente salientado.

Desta forma, a fim de evitar a emissão de um provimento injusto, deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, não pode se omitir.

³⁶ Op. Cit., p. 117.

CAPÍTULO IV

A iniciativa probatória *ex officio* no julgamento de segunda instância

Muito embora a doutrina pátria não dispense maior atenção à possibilidade de determinação de provas *ex officio* pelo juiz de segundo grau, não se olvida que tal possibilidade abre-se também a ele. Afinal, estreme de dúvidas que também ao julgador de segunda instância impõem-se os deveres e os princípios supra analisados, numa contínua busca da realização da função precípua do Judiciário, qual seja, a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Insta observar, todavia, que se afigura inegável que no julgamento de segundo grau apresentam-se diversos aspectos diferenciados em relação ao provimento jurisdicional de primeira instância, uma vez que o processo aqui já foi sentenciado, o que faz com que se entenda finda a instrução processual. Sendo assim, poderia haver uma maior relutância a que se reabram as atividades probatórias neste momento. Esta relutância, todavia, não se justifica, como se demonstrará pela análise adiante.

4.1 Do duplo grau de jurisdição.

Inicialmente, poder-se-ia afirmar que, ao admitir-se que o juiz de segundo grau venha a utilizar-se dos poderes do art. 130, estar-se-ia a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição.

Não procede, contudo, tal afirmação.

Primeiramente, cumpre salientar que, muito embora não seja o princípio do duplo grau de jurisdição garantido de modo expreso na Constituição, há em nossa Magna Carta a atribuição de competência recursal (art. 102, II; 105, II e 108, II) e a denominação dos tribunais como sendo órgãos judiciários de segundo grau (art. 93, III); o que faz

com que prevaleça o entendimento de que está ele previsto implicitamente no texto constitucional.

Humberto THEODORO JR.³⁷ leciona que o princípio do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes.

Por este princípio, portanto, é possibilitada a revisão das causas julgadas pelo juiz de primeiro grau, via recurso, de forma a evitar a ocorrência de erros ou injustiças no julgamento. Ora, bastante conveniente é que se dê ao vencido uma oportunidade de reexame da sentença com a qual não se conformou. Mesmo porque, os tribunais de segundo grau são formados por juízes mais experientes, oferecendo, via de regra, maior segurança no julgamento, seja ao jurisdicionado, seja ao juiz de primeiro grau, o qual por certo se cerca de maiores cuidados ao sentenciar quando vislumbra a possibilidade de que sua decisão seja revista pelos tribunais de jurisdição superior.

Outrossim, como bem salientam Ada P. GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO e Antônio Araújo CINTRA³⁸, um dos principais fundamentos à manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. Na ausência de controle popular, uma vez que seus membros não são sufragados pelo povo, é preciso que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais.

Tem-se assim que, em razão do princípio ora em tela se oportuniza o reexame da decisão contra a qual se insurgiu uma das partes, via recurso.

Não há que se falar, portanto, que a determinação de produção de provas pelo magistrado de segundo grau consistirá em violação a este princípio.

Ora, o juiz de primeira instância teve a oportunidade de examinar a lide, sendo que a considerou suficientemente instruída à

³⁷ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, p. 25

³⁸ Op. Cit., p. 75.

prolação de sentença. Se, na hipótese, os componentes do órgão julgador, ao examinarem a mesma causa, entenderem pela impossibilidade do julgamento face à insuficiência da instrução, afigurando-se necessária a produção de determinada prova, não há que se falar na violação do duplo grau de jurisdição, pois teve o juiz de primeiro grau a oportunidade de apreciar a causa em sua totalidade, não determinando a realização de outras provas tão somente por entender desnecessário tal procedimento.

Ademais, a nova prova a ser produzida versará tão somente a respeito da matéria já exaustivamente discutida no processo e, portanto, já examinada pelo juiz *a quo*, sendo dispensável que, em certos casos, cuja análise se procederá nas próximas linhas, venha ele a reexaminar o caso. Basta, na hipótese, que ambas as partes manifestem-se acerca da prova produzida, de forma a resguardar o princípio constitucional do contraditório.

4.2 Do efeito devolutivo

Pela previsão do art. 515 do CPC, no recurso de apelação é devolvido ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Deste modo, as questões de fato e de direito tratadas no processo, sejam de natureza substancial ou processual, voltam a ser conhecidas e examinadas pelo Tribunal, em sua totalidade ou apenas parcialmente, conforme a impugnação atinja toda a sentença ou apenas parte dela.

Ainda, pelo disposto no § 1º deste artigo, tem-se que deve o Tribunal apreciar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença recorrida não as tenha julgado por inteiro.

Outrossim, há que se ressaltar que, pela última reforma do CPC, realizada pela Lei 10352 de 26/12/2001, foi ampliado o conceito de efeito devolutivo, admitindo-se que o Tribunal, no casos em que o juiz singular tenha decidido pela extinção do processo sem julgamento do

mérito, venha a julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito ou estiver suficientemente instruída, reunindo condições ao imediato julgamento.

Ora, se é a matéria devolvida à análise do Tribunal em toda sua profundidade, decerto que cabe a este órgão sua análise acurada de modo a buscar tenha a causa o melhor deslinde possível.

Inolvidável que também ao órgão de segundo grau de jurisdição se impõe a observância da realização da justiça, da busca da verdade real, da pacificação social, enfim de todos os deveres anteriormente referidos e sumariamente analisados.

Daí é que se origina a possibilidade de o relator do recurso vir a determinar a realização de novas provas. Exatamente pelas mesmas razões que justificam e dão sustentáculo à disposição do art. 130 no que se refere ao magistrado de primeiro grau, pois o julgamento de segundo grau nada mais é do que a continuidade da prestação jurisdicional, numa incessante busca que prima pela correção das decisões judiciais, evitando que se venha a cometer injustiças, o que por certo acarretaria a insatisfação social.

Há que se observar, todavia, que assim como cabe ao órgão julgador do recurso a busca da verdade ao provimento jurisdicional, cabe também a observância dos supra analisados princípios processuais, especialmente aqueles referentes às garantias constitucionais do devido processo legal, tais como o contraditório e a ampla defesa. Assim é que em se determinando a realização de nova prova, afora a hipótese de anulação da sentença, deve o relator oportunizar às partes que se manifestem, em homenagem aos princípios constitucionais que norteiam o processo civil.

4.3 Da inexistência de preclusão

Outrossim, não há que se falar na ocorrência de preclusão como impedimento à determinação de novas provas.

Como bem afirma CHIOVENDA, é certo que a preclusão afigura-se num instituto processual que atinge não só as partes, mas também os poderes do juiz. O que importa, entretanto, é a ressalva que faz no sentido de conceber *“a preclusão limitada a um grau de jurisdição (...) As questões ficam preclusas em relação ao juiz que as decidiu, mas não em relação ao juiz superior.”*³⁹

Tal conclusão não deixa de ser lógica, advindo da própria noção de preclusão.

Ora, trata-se a preclusão de perda ou extinção ou a consumação de uma faculdade processual, consubstanciada no fato de não ter o sujeito realizado os atos que lhe competiam no prazo legalmente estabelecido (preclusão temporal), ter praticado atividade incompatível com o exercício da faculdade (preclusão lógica) ou de já ter exercido validamente a faculdade processual de que gozava (preclusão consumativa); sendo certo que ao juiz somente seria possível a caracterização de preclusão consumativa pois *“uma vez exercido o poder que se manifesta na prática do ato decisório, ocorre a consumação do poder, mesmo ficando o juiz impedido de reapreciar a questão decidida.”*⁴⁰

Neste sentido aponta a norma do art. 471⁴¹ do CPC.

Tal não se aplica, no entanto, em relação ao juízo de segundo grau, uma vez que está a apreciar a lide pela primeira vez.

Ainda, no que se refere à preclusão quanto aos poderes instrutórios do juiz, leciona Manoel Caetano FERREIRA FILHO:

“Pensamos, portanto, que a preclusão atinge também as faculdades das partes em matéria probatória.

³⁹ CHIOVENDA citado por Manoel Caetano FERREIRA FILHO. A preclusão no direito processual civil, p.22.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, M. C. A preclusão no direito processual civil, p. 25

⁴¹ Art. 471 - *Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.”*

Esta mesma conclusão não pode ser acatada no que tange aos poderes do juiz.

Admitimos que a preclusão abranja também tais poderes. Ressalvamos, contudo, que ele não está sujeito à preclusão temporal, pois os prazos fixados para que ele pratique atos no processo são sempre impróprios, não acarretando, assim, qualquer consequência processual.

Não bastasse esse argumento, o artigo 130, ao conferir ao juiz poderes de iniciativa probatória, não estabelece qualquer prazo para ele 'determinar as provas necessárias à instrução do processo.'

Ausente o prazo, não há que se cogitar de preclusão temporal. Nem mesmo a preclusão por fases do processo alcança o juiz em matéria probatória, sendo inquestionável a possibilidade, mesmo ultimada a instrução, de conversão do 'julgamento em diligência para complementar a instrução do processo''⁴²

Certo é que o referido mestre está a referir-se ao próprio magistrado de primeiro grau, que antes de proferir sentença pode determinar a realização de uma diligência se assim entender necessário.

Pode-se, todavia, analogicamente, proceder ao mesmo raciocínio quanto ao julgador de segundo grau; pois se pode o juiz singular, finda a instrução, determinar ainda a realização de determinada prova, o mesmo deve ser admitido quanto ao julgamento perante o tribunal.

Se o recurso traz impugnação a dada matéria e os julgadores entenderem pela necessidade de realização de nova prova a fim de que se esclareçam pontos obscuros, assim deve se proceder.

Ademais, insta salientar que esta prática não implica qualquer prejuízo às partes, pois busca-se aí tão somente o esclarecimento dos fatos quanto à matéria impugnada, oportunizando-se-lhes posterior manifestação acerca dos novos dados obtidos. Prejudicial, isso sim, seria se entender pelo engessamento do judiciário em segunda instância, obstaculizando-se a realização da justiça.

4.4 Mecanismos de realização de prova

⁴² Op. Cit., p. 91/92

Diversos são os mecanismos de que se têm utilizado os tribunais pátrios à realização de prova por ocasião da apreciação de um recurso.

Inicialmente, pode o relator utilizar-se, singularmente, via despacho, da conversão em diligência, determinando a complementação da instrução do feito antes que proceda ao julgamento do recurso; especialmente em razão dos amplos poderes que lhe foram conferidos pela redação do art. 557 do CPC.

Este instrumento, entretanto, costuma ser utilizado na hipótese de se fazer necessária mera regularização documental, e não quando se exige a produção de provas dotadas de maior complexidade. Neste sentido: *“Este poder pode ser exercido pelas Turmas Julgadoras, através da conversão do julgamento em diligência, como pelos relatores, se se tratar de simples juntada de documentos” (decisão do TJSP extraída do Acórdão 1483, 7ª CC do TAPR, da lavra do Juiz Carlos Hoffmann)*

Ademais, insta salientar que tais poderes devem ser aplicados pelo relator com extrema habilidade e diligência, a fim de que sua decisão singular não venha a causar gravames a qualquer das partes, o que poderá prejudicá-las quando do julgamento perante o colegiado, ou mesmo, a *contrario sensu* do pretendido pelo legislador quando atribuiu poderes ao relator, visando a celeridade processual, vir a tumultuar o processo pela interposição de recurso desta decisão, o qual, forçosamente, haverá de ser submetido ao órgão julgador.

Pode também o órgão colegiado decidir pela conversão do julgamento em diligência na própria sessão de julgamento, determinando que após realizadas as provas retornem os autos para que daí se proceda ao julgamento do recurso.

Ainda, pode o órgão colegiado, entendendo pela insuficiência da instrução, decidir pela anulação da sentença, determinando a realização de uma prova específica, cabendo ao magistrado *a quo* a prolação de uma nova decisão tomando em consideração a nova prova, para que daí sim, em havendo novo recurso, seja a lide apreciada em segundo grau.

Insta salientar que se está aqui a tratar da iniciativa probatória *ex officio* dos magistrados de segundo grau, sendo, por óbvio, admissível que reconheça o colegiado a anulação da sentença por força de uma alegação formulada pelo recorrente.

Ademais, cumpre observar que se está aqui a tratar da hipótese de o próprio magistrado vislumbrar a necessidade de realização de prova em razão de sua íntima convicção, não havendo que se falar na determinação de realização de prova em razão de pretensão deduzida pela parte em sede de apelação. Aí sim faz-se presente o instituto da preclusão, cabendo à parte requerer a produção da prova no momento oportuno, insurgindo-se quanto ao seu eventual indeferimento na primeira oportunidade em que foi instada a se manifestar, pela interposição do recurso cabível.

Desta forma, ao magistrado de segundo instância que pretenda fazer uso dos poderes do art.130, afora a hipótese de regularização documental, abrem-se dois caminhos possíveis: pode ele converter o julgamento em diligência ou mesmo declarar *ex officio* a nulidade da sentença guerreada, determinando a realização de uma prova específica a ser considerada pelo juiz singular por ocasião de um novo julgamento.

Quanto à primeira hipótese, é de se considerar o disposto no art. 560 do CPC⁴³.

Sendo assim, em se tratando de nulidade sanável, tem a praxe jurisprudencial determinado a conversão do julgamento em diligência, a fim de que se realize, por exemplo, a complementação de uma prova realizada em primeiro grau, mas que se afigura deficiente ou contraditória.

A esse respeito anota Theotonio NEGRÃO:

⁴³Art. 560 - Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. **Parágrafo único:** Versando a preliminar sobre nulidade supável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanando o vício.

“Art. 130:4a – O julgador de Segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta (Lex JTA 141/257), desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório (RSTJ – RF 336/256).”⁴⁴

Também neste sentido já se manifestou inúmeras vezes o TJPR:

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LAUDOS CONFLITANTES. DÚVIDA QUANTO ÀS ÁREAS EFETIVAMENTE OCUPADAS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. (1) A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, DETERMINADA PELO RELATOR DA APELAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA, PARA A PRODUÇÃO DE PROVA CONSIDERADA IMPRESCINDÍVEL AO DESLINDE DA “RES IN JUDICIO DEDUCTA”, NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO GRAVAME A QUEM QUER QUE SEJA, DESDE QUE AO ATO COMPAREÇAM AS PARTES, OS SEUS ADVOGADOS E O PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO, POR SEU REPRESENTANTE LEGAL. (2) É HOJE INCONTROVERSO QUE O MAGISTRADO NÃO MAIS SE CONSTITUI EM FIGURA INERTE QUE SÓ SE MOVIA MEDIANTE PROVOCAÇÃO E INICIATIVA DOS INTERESSADOS DIRETOS NA CAUSA, CABENDO-LHE O DEVER PROCESSUAL DE BUSCAR TODOS OS ELEMENTOS DISPONÍVEIS PARA QUE SUA CONSCIÊNCIA E SEU CONVENCIMENTO PRODUZAM UMA DECISÃO SERENA E JUSTA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.”
(Ap. Civ. 17583500, 1ªcc, Rel. Des. Oto Sponholz, Ac. 9328, j. 09/02/1993)

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM - FIOS DE ALTA TENSÃO - PROPRIEDADE AGRÍCOLA - PERDAS E DANOS COM LUCROS CESSANTES ALÉM DA VERBA PELA OCUPAÇÃO E RESTRIÇÃO DO USO - PECULIARIDADES DO CASO - PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE EM PARTE - PROPRIEDADE QUE TERIA SIDO PREJUDICADA PELA INVIABILIZAÇÃO DO USO DA AVIAÇÃO AGRÍCOLA E TECNOLOGIA DE PONTA - LAUDOS TÉCNICOS INCOMPLETOS - PERÍCIA REALIZADA INDIVIDUALMENTE O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE TÉCNICA DESATENDIDO - IRREGULARIDADE SUPRÍVEL - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 130, 145, 420, 440 E 560, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. (01)- CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - NULIDADE SANÁVEL - APROVEITAMENTO E CELERIDADE PROCESSUAIS. VERIFICANDO O COLEGIADO (TRIBUNAL) QUE A NULIDADE DOS AUTOS É SANÁVEL (PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 560 DO CPC) DEVE CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA E PROPICIAR O APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS E A CONSEQÜENTE CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (02)- INSPEÇÃO OCULAR - INSTRUMENTO COLOCADO À DISPOSIÇÃO DO JUIZ EM BENEFÍCIO DAS PARTES. REALIZAÇÃO DETERMINADA. EMBORA ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO DISTINGA NITIDAMENTE A PERÍCIA DA INSPEÇÃO OCULAR (ART. 145/420 E 440/443 DO CPC), CERTO É QUE, CONVERTIDO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, NA REALIZAÇÃO DA INSPEÇÃO DIRETA SOBRE A PROPRIEDADE RURAL E A SERVIDÃO QUE SE LHE IMPÔS, PODEM O RELATOR E OS DEMAIS INTEGRANTES DA CÂMARA SER ASSISTIDOS POR UM OU MAIS PERITOS, CONSOANTE A FACULDADE ESTABELECIDADA NO ARTIGO 441 DO ESTATUTO PROCEDIMENTAL CIVIL. (03)- DILIGÊNCIAS - SEGUNDA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DISPOSITIVO NÃO VIOLADO. O JULGADOR NÃO PODE ASSISTIR - IMPASSÍVEL E OMISSO O DESENVOLVER INCOMPLETO DOS ATOS PROCESSUAIS, CABENDO-LHE, DE OFÍCIO, APÓS CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, REALIZAR AS PROVIDÊNCIAS CONSIDERADAS ESSECIAIS NA BUSCA DA VERDADE

⁴⁴ NEGRÃO, T. Código de processo civil e legislação processual em vigor, p. 225

REAL, - ESCOPO DO PROCESSO -, SEM QUE TAL CONDUTA POSSA SER CONSIDERADA COMO ATENTATÓRIA AO PRINCÍPIO DISPOSITIVO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PROCLAMADA.” (Ap Civ. 41531600., 1ª CC, ac. 12683, Rel. Des. Oto Sponholz, j. 14/05/1996).

Entendimento também reiterado pelo STJ:

“DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.No corpo do Acórdão lê-se: *‘No caso, a atitude do Tribunal, determinando fossem ouvidas testemunhas, não demonstra qualquer extrapolação dos poderes que lhe são conferidos pelo art. 130, CPC, tampouco ofensa ao princípio dispositivo ou igualitário. A uma, porque, embora quanto ao ponto se tenha operado preclusão para a parte, o mesmo não se pode dizer em relação ao juiz, dado tratar-se de matéria relacionada com a instrução probatória da causa. (...) A duas, porque as aludidas testemunhas, conquanto arroladas pela autora, ao que se deduz dos autos, não possuíam vínculo direito com qualquer dos litigantes ou interesse palpável no êxito de um ou de outro. A três, porque como já anotado, ao julgador, no processo civil contemporâneo, é dada a iniciativa probatória. A quatro, porque possível até mesmo a produção de provas em instância recursal ordinária, desde que observado o princípio do contraditório.’*(STJ – RESP 43467/MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 12/12/95).⁴⁵

“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 à 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.” (STJ – RESP 345436/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/03/2002).

Por outro lado, há também a possibilidade de que decida o órgão colegiado pela anulação da sentença, *ex officio*, determinando a realização de uma prova que entendam os julgadores ser imprescindível ao deslinde da causa.

⁴⁵ A este título confira-se também o RESP 700/RJ

Neste caso, ao juízo de segundo grau, na apreciação de um processo em que procedeu o juízo monocrático ao julgamento da causa sem que estivesse ela devidamente instruída, acabando por prolatar uma decisão de caráter duvidoso, em que há a possibilidade de se estar lesando os interesses de uma das partes, cabe a anulação da sentença pelo reconhecimento da ocorrência de cerceamento de defesa em ponto fundamental à apreciação da causa. Neste sentido, elucidativas são as notas de Theotonio NEGRÃO:

“Art. 245:2 – viola os arts. 128 e 515 do CPC a anulação de ofício do processo sob fundamento da ocorrência de cerceamento de defesa se a apelante não levantou a questão na apelação (RESP 3505, 3ª T.).⁴⁶ Art. 130:6ª – Há nulidade sempre que se verifica cerceamento de defesa em ponto substancial para a apreciação da causa (RTFR 111/131). Assim, se a parte vencida não foi ouvida sobre laudo suplementar apresentado pelo perito, a sentença é nula (TFR, 6ª T., Ac. 114266). Da mesma forma, é nula a sentença se requerida tempestivamente a produção de prova em audiência, e não sendo esta prova desnecessária, o juiz julga antecipadamente a lide (RTFR 150/177, 150/201)⁴⁷.”

Este entendimento é também comungado pelas Cortes paranaenses:

“PROVA - DETERMINAÇÃO PELA 2ª. INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE - ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SE NECESSÁRIA E RELEVANTE AO DESLINDE DA CAUSA, PODE A 2ª. INSTÂNCIA DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVA, ANULANDO-SE O PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA.” (TAPR – Ap. Civ. 0047777-6, 7ª CC, Ac. 1483, Rel. Juiz Carlos Hoffman, j. 20/04/1992).

“AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - REVELIA DOS RÉUS EMBARGOS OFERTADOS POR CURADOR ESPECIAL - JULGAMENTO ANTECIPADO - PROVA - NÃO INDICAÇÃO NO CONTRATO OU EM OUTRO DOCUMENTO SOBRE TAXA DE JUROS, ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E ENCARGOS - INVIABILIDADE DE SOLUÇÃO DA LIDE - ANULAÇÃO DO PROCESSO PARA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL - CONHECIMENTO DO RECURSO PARA, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA. SE NÃO HÁ NOS AUTOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA, INCLUSIVE POR OMISSÃO DAS PARTES, INCUMBE AO JUIZ DETERMINAR AS PROVAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO PROCESSO (ART. 130, CPC). CONHECIMENTO DO RECURSO PARA, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA. (TJPR – Ap. Civ. 118017200, 7ª CC, Ac. 205, Rel. Des. Denise Arruda, j. 03/06/2002).

“PRESTAÇÃO DE CONTAS. EMPRESA IMPORTADORA. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM AUDIÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. DECISÃO ANULADA. 1. NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DESENCADEADO PELA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, DEVE RESTAR CARACTERIZADA EXISTÊNCIA E OS EVENTUAIS LIMITES

⁴⁶ Op. Cit., p. 313

⁴⁷ Op. Cit., p. 226

DO DIREITO DO AUTOR DE EXIGIR AS CONTAS E O RÉU DE PRESTÁ-LAS. 2. O JUIZ NÃO DEVE SE VALER DO ARTIGO 330, INC. I, DO C.P.CIVIL, QUANDO A PROVA DOCUMENTAL É INSUFICIENTE PARA O JULGAMENTO DA CONTROVÉRSIA, AINDA MAIS QUANDO AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS ESTÃO BASEADAS EM DEPOIMENTOS DOCUMENTADOS, A EXIGIR A REALIZAÇÃO DA PROVA ORAL EM AUDIÊNCIA, O QUE IMPLICA CONFERIR EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO, ALÉM DE POSSIBILITAR QUE AS PARTES, OBSERVADO O SEU DIREITO À PROVA PERTINENTE E RELEVANTE, TENHAM AMPLA OPORTUNIDADE PARA DEMONSTRAREM AS ALEGAÇÕES QUE DÃO ENSEJO AOS SEUS PEDIDOS E AS SUAS DEFESAS, O QUE, POR FIM, CONTRIBUI PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA DECISÃO." (TJPR – Ap. Civ. 106758700, 2ª CC, Ac. 19611, Rel. Des. Accacio Cambi, j. 05/09/2001).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. ALEGAÇÃO DE FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DO TITULAR DO DOMÍNIO. FATO QUE, SE COMPROVADO, IMPLICA EM AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E, DE CONSEQÜÊNCIA, NA NULIDADE DO ATO. SENTENÇA QUE, EM SEDE DE JULGAMENTO ANTECIPADO, DECRETOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO ANTE A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. ARTIGO 178, § 9., INCISO V, “B”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. DECISÃO MONOCRÁTICA CASSADA. RECURSO PREJUDICADO.” (TJPR – Ap. Civ. 113398200, 2ª CC. Ac. 20994, Rel. Des. Sidney Mora, j. 22/05/2002). Sendo que do corpo deste último acórdão se extrai: “Desta feita, o julgamento antecipado da lide prejudicou a comprovação do fato alegado, vez que foi negado aos apelantes direito que lhes é assegurado constitucionalmente, qual seja, o exercício da ampla defesa dos seus interesses, configurando, assim, nulidade processual ante o evidente cerceamento de defesa. Desse modo, há que se anular o feito, de ofício, a partir das fls. 78, inclusive, para que o mesmo seja regularmente processado no juízo de origem. Sobre a possibilidade de anulação de ofício da sentença, cabe destacar a seguinte jurisprudência: AÇÃO DECLARATÓRIA - INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - DUPLICATA - COMPROVANTES DE ENTREGA DE MERCADORIA - ALEGADA AUSÊNCIA - JUNTADA DE DOCUMENTOS - NECESSIDADE DE VERIFICAR A AUTENTICIDADE - REQUERIDA PRODUÇÃO DE PROVAS - CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - SENTENÇA CASSADA - RECURSO PREJUDICADO. “Processual civil. Cerceamento de defesa. Reconhecimento de ofício. Sentença anulada. “Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou o autor, ainda que genericamente, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado na inicial” (STJ - 3 Turma, Resp. 7,267/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro). Sentença anulada, de ofício, por cerceamento de defesa”. (Acórdão nº 12184, Quarta Câmara Cível, Relator juiz Ruy Cunha Sobrinho, Julg. 01/12/99). (APELAÇÃO CÍVEL 0160118-7, Ac. 11453, Rel. ROBSON MARQUES CURY - OITAVA CÂMARA CÍVEL, DJ: 16/02/01) Sobre a matéria, importante citar jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se: “Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal.” (STJ, 4ª Turma, Resp. 7.004-AL, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo)

Ante as razões acima alinhavadas, de ofício, reconheço o cerceamento do direito de defesa dos autores, decorrente do julgamento antecipado e, de conseqüência, casso a decisão monocrática, determinando a baixa dos autos para a regular instrução processual, oportunizando, desse modo, aos autores a demonstração da existência de fato constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 333, I, do CPC, restando assim prejudicado o recurso de apelação ora em apreço. De ofício casso a sentença e julgo prejudicada a apelação.”

Ora, trata-se aí de nulidade insanável, que caracteriza contrariedade ao princípio da busca da verdade real, diferenciando-se

da hipótese de conversão em diligência por se tratar nesta segunda hipótese de uma nulidade sanável⁴⁸.

Nem se diga que a anulação de sentença, determinando-se a produção de dada prova caracteriza infração ao princípio do duplo grau de jurisdição ou mesmo ao princípio da persuasão racional do juiz.

Inicialmente, não há que se falar em violação ao duplo grau a uma, porque conforme já referido, não se trata de garantia constitucional absoluta, havendo hipóteses em que ele não se verifica e a duas porque terá o juiz *a quo* a possibilidade de sentenciar da maneira que melhor entender; sendo que determinação de realização de uma prova consiste em verdadeira garantia à efetivação da tutela jurisdicional.

Da mesma forma não se configura inobservância ao princípio do livre convencimento, pois não se pode admitir que, por força de aspectos formais, prevaleça um convencimento viciado, eivado de nulidade insanável, pois esta situação traria um grande prejuízo à realização da justiça.

Sendo assim, tem-se, em suma, que em se tratando de nulidade sanável, consistente, via de regra, na complementação de prova já produzida em primeiro grau, mas de maneira insatisfatória, aplica-se a conversão em diligência, nos termos do art. 560 do CPC. Já na hipótese de nulidade insanável, impõe-se a nulidade da sentença, ainda que não tenha sido argüida pelo recorrente, por medida imperiosa à realização da justiça, sob pena de se estar incorrendo em uma decisão injusta.

⁴⁸ Acerca do estudo das nulidades, vale referir a obra de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Nulidades do processo e da sentença. Nesta obra, a autora diferencia nulidades relativas e absolutas, afirmando que as primeiras somente são argüíveis pelas partes, havendo preclusão ou pelo escoamento do prazo previsto em lei, ou, à falta deste, por não se ter manifestado na primeira vez em que falou nos autos; ao passo que as segundas, seriam decretáveis de ofícios, argüíveis pelas partes em qualquer tempo, sendo que a preclusão não ocorre nem mesmo se a matéria for objeto de decisão, se desta decisão se recorrer e se houver decisão a respeito. Não obstante o entendimento defendido pela brilhante autora, tem-se que em matéria probatória admite-se a atuação *ex officio* do magistrado ainda que não seja a nulidade absoluta, uma vez que, diante dos poderes dos art. 130 e 560 do CPC admite-se que o julgador atue oficiosamente a fim de sanar eventuais imprecisões ou obscuridades existentes na instrução.

Ademais, há que se ressaltar que o próprio CPC refere à possibilidade de agir o juiz de ofício, não só por força do dispositivo do art. 130, objeto do presente estudo, mas também do art. 342, pelo qual se admite que determine o juiz, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; art. 437, que admite a determinação de nova perícia de ofício ou a requerimento da parte quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida e art. 440, que dispõe acerca da possibilidade de o juiz, também de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, realizar inspeção judicial.

Desta forma tem-se que a iniciativa probatória *ex officio* do magistrado encontra-se dispersa por nosso código, referindo-se o legislador inclusive à possibilidade de o juiz agir em qualquer fase do processo, o que por certo engloba a atividade jurisdicional em segunda instância.

Cabe apenas que o magistrado utilize-se destes poderes que lhe foram conferidos, instrumentalizando-os de modo a potencializar a prestação da tutela jurisdicional.

Há, contudo, que se fazer, por fim, uma ressalva, observando que os poderes ora em estudo não podem ser utilizados indiscriminadamente pelos juízes de segunda instância, devendo ser aplicados excepcionalmente, como bem ressaltam os seguintes julgados de nosso Tribunal:

“PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RENOVAÇÃO DE PERÍCIA. DETERMINAÇÃO PELO TRIBUNAL, EM GRAU RECURSAL. ADMISSIBILIDADE. ARTIGOS 130, 437 E 439 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA PRODUÇÃO DE MAIS PROVAS, EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, É MEDIDA PERMISSÍVEL, A QUAL, TODAVIA, SÓ EXCEPCIONALMENTE HÁ DE SER TOMADA, DESDE QUE, PELA IMPORTÂNCIA DA CAUSA E SUA CONSEQÜÊNCIA PARA AS PARTES, O TRIBUNAL A CONSIDERE NECESSÁRIA PARA MELHOR ESCLARECIMENTO DA VERDADE” (TJPR – Ap. Civ. 01716, 4ª CC, Ac. 4740, Rel. Des. José Meger, j. 13/04/1988.)

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - PRESCRIÇÃO - ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - ART. 130, DO CPC - MEDIDA EXCEPCIONAL, NECESSÁRIA NO CASO CONCRETO.” (TJPR – Ap. Civ. 45548700, 6ª CC. Ac. 1939, Rel. Des. Telmo Cherem, j. 17/09/1997).

CONCLUSÃO

Da análise precedente, resta indubitável que na atualidade não deve o juiz se restringir ao papel de mero espectador do processo, atuando pura e exclusivamente em virtude de sua provocação. Deve o magistrado, isto sim, interferir na instrução processual sempre que assim julgar conveniente e/ou necessário a fim de que se efetive da melhor maneira possível a prestação jurisdicional.

Este entendimento encontra-se já pacificado, tanto que o legislador, já em 1973, o tornou verdadeira regra de nosso ordenamento jurídico, normatizando-o no art. 130 do nosso Código de Processo Civil, por força do qual se multiplicou a produção doutrinária acerca dos poderes instrutórios do juiz.

A doutrina, todavia, ao tratar dos problemas do juiz no manejo dos poderes instrutórios que lhes foram conferidos, via de regra, refere-se tão somente ao juiz de primeira instância.

Há que se ressaltar, no entanto, que também ao julgador de segundo grau de jurisdição abre-se a possibilidade de fazer uso dos poderes instrutórios, uma vez que também a ele cabe o dever de prestação jurisdicional.

Ora, se se justifica a concessão de poderes ao juiz singular pela necessidade de busca da verdade real, da pacificação social e de uma justa prestação jurisdicional, certo é que também no julgamento de segunda instância impõe-se a observância de tais deveres/necessidades.

O mesmo se aplica no que se refere aos argumentos traçados pela doutrina a fim de repelir eventuais críticas à atuação dinâmica do juiz, tal como suposta infringência ao princípio da imparcialidade. Assim como não conhece o juiz singular, por exemplo,

antecipadamente, o valor da prova cuja realização determinou, não havendo, por isso, que se falar em parcialidade, não se olvide que o mesmo ocorre com o juiz de segundo grau. Também o dever de zelar pela isonomia das partes, hipótese em que se admite venha o juiz socorrer a parte economicamente mais frágil, à medida em que no mais das vezes não possui ela recursos suficientes a produzir as provas necessárias à comprovação de seus direitos, de certo se impõe ao julgador de segundo grau.

Ademais, cumpre ressaltar que não fez o legislador, na elaboração do art. 130 do CPC, qualquer distinção quanto à sua aplicabilidade ao julgador de primeira ou de segunda instância. Sendo assim, por certo não cabe à doutrina proceder a uma interpretação restritiva deste artigo, sob pena de se incorrer em verdadeiro cerceamento do direito de acesso à tutela jurisdicional, constitucionalmente resguardado.

Deste modo, cabe ao juiz, não como faculdade, mas como verdadeiro dever, utilizar-se dos poderes que lhe foram conferidos, instrumentalizando-os de forma a potencializar o desempenho de suas funções.

Para isso, ao magistrado de segundo grau, diversos são os mecanismos passíveis de serem utilizados. Por óbvio, abre-se a possibilidade de anulação *ex officio* da sentença guerreada, se caracterizada nulidade insanável pela deficiente instrução probatória.

Há, todavia, um mecanismo diverso, a ser utilizado *ex officio* pelo julgador na hipótese que, não obstante não tenha a parte manifestado insurgência quanto a um possível cerceamento de defesa, entenda o magistrado pela precariedade da instrução probatória realizada em primeira instância, julgando não estarem os fatos suficientemente esclarecidos, obstaculizando a apreciação e julgamento do recurso.

Neste caso, cabe ao colegiado fazer uso do dispositivo previsto no art. 560 do CPC, qual seja, a conversão do julgamento em diligência, a fim de que sejam esclarecidos os pontos tidos como nebulosos, retornando então os autos ao Tribunal, para que se aprecie o mérito do recurso.

Assim, ao magistrado de segundo grau, na prestação da tutela jurisdicional, abre-se, por certo, a possibilidade de que faça uso dos poderes dispostos no art. 130 do CPC, determinando a realização de novas provas a fim de que se complemente a instrução processual, por meio de diversos mecanismos. Afinal, o processo deve servir como instrumento eficaz e dinâmico à realização do direito.

Cabe apenas observar que a utilização dos poderes instrutórios pelo órgão colegiado, deve ser cautelosa, aplicando-se-lhes excepcionalmente, de modo a que não sejam violadas quaisquer das garantias constitucionais do processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Jones Figueirêdo. Do poder ex officio no processo civil, Recife: TJPE, Escola Superior da Magistratura, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in RePro, n.37, p. 140.

_____. O juiz e a cultura da transgressão, in RJ n. 267, p. 05, jan. 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, 2ª ed., São Paulo: RT, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alli*. Teoria geral do processo, 8ª ed., São Paulo: RT, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder do juízes, São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário, in RT n.700, p.35, fevereiro de 1994.

FERREIRA, Gilberto e ASSAD, Sandra Mara Flügel. Os poderes do juiz no processo civil moderno, in Paraná Judiciário, n.49, p. 27, setembro de 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. A preclusão no direito processual civil, Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor, in RePro 65.

GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova, São Paulo: RT, 2002.

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

NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz, in *Jurisprudência Brasileira*, n. 169, p. 41.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas, 3ª ed., Max Limonad, v. 01.

SURGIK, Aloísio. Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade, in *Revista Genesis*, p. 454, mai/ago 1996.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 140, out/dez 1998, p. 145.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória, São Paulo: RT, 2001.

_____. Nulidades do processo e da sentença, 4ª ed., São Paulo: RT, 1997.

OBRAS CONSULTADAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos, in RePro, n. 41, p. 07.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos e CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais, in RePro, n 96, p. 96.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. A imparcialidade do juiz e seus poderes assistenciais no processo, in Revista CEJ, Brasília, n. 05, p.69, mai/ago 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rógerio. Lineamentos da nova reforma do código de processo civil, 2^a ed., São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma, 2^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei, in RePro, n.43, 57.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC, in RT n.716, p. 41, junho de 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova, in Revista Forense, vol. 263, p.39.

VIEIRA, Helena Cunha. Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro, in Ajuris, vol. 21, n.60, p. 313, março de 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à segunda fase da reforma do código de processo civil, 2ª ed., São Paulo:RT, 2002.