

WALDI JOSÉ DEGASPERI JUNIOR

**APONTAMENTOS SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL MODERNO**

**CURITIBA
2006**

WALDI JOSÉ DEGASPERI JUNIOR

**APONTAMENTOS SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO DIREIRO
PROCESSUAL CIVIL MODERNO**

**Monografia apresentada como
requisito parcial para a conclusão do
Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Edson Ribas
Malachini.**

**CURITIBA
2006**

Dedico este trabalho ao Prof. Edson Ribas Malachini, pela orientação; a minha chefe a MM. Juíza de Direito Dra. Letícia Zétola Portes, pelas dicas e livros emprestados; aos meus amigos, pelo incentivo; a minha família, por tudo.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO.....	1
1. A EFETIVIDADE E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	3
2.1 – NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA.....	11
2.2 – PERSPECTIVA SUBJETIVA.....	12
2.3 – PERSPECTIVA OBJETIVA (REGRA DE JULGAMENTO).....	14
3. O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	17
4. A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA OFICIAL E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	22
5. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE PROCESSUAL.....	30
6. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS.....	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

RESUMO

No direito processual civil tradicional o juiz era tido como um espectador do duelo travado entre as partes, permanecendo inerte quanto a produção do conjunto probatório. No entanto numa perspectiva moderna do processo, o magistrado deve exercer uma postura ativa na colheita das provas, independente do direito material envolvido, pois quando se fala de prova, estamos nos referindo ao direito público, segundo o qual se deve buscar a aplicação do direito material com justiça, de maneira a manter a integridade do ordenamento jurídico e promover a pacificação social, fim último da atividade jurisdicional. O juiz enquanto um agente estatal deve atuar com fim a atenuar as diferenças sociais, econômicas e culturais entre as partes, facilitando, assim, o acesso à justiça. A conferência de poderes instrutórios ao juiz vem ao encontro do fenômeno da publicização do processo, assim como, não infringe os postulados tradicionais do processo, como procurar-se-á mostrar neste estudo.

Palavras-chave: Poderes Instrutórios do Juiz; Efetividade e Instrumentalidade do Processo; Ônus da Prova; Princípio Dispositivo; Imparcialidade do Juiz; Igualdade Processual; Admissibilidade de Provas Ilícitas.

INTRODUÇÃO

Em tempos outros entendia-se que as partes podiam dispor livremente do processo, trazendo aos autos os elementos probatórios que entendessem convenientes, cabendo ao magistrado tão somente dizer o direito ao caso concreto. O processo civil era visto como um ramo do direito civil.

Foi a partir do século XIX que o direito processual civil passou a ser visto como um ramo autônomo do direito, possuidor de institutos e princípios próprios.

Nesta esteira evolucionista passou-se a aceitar o processo como um instrumento na busca da verdade real, constituindo um caminho que conduz a justiça, permitindo que através dele o Estado-Jurisdição atinja seu fim último, realizando a sua função social, pacificando os conflitos de interesse.

É muito difícil encontrarmos causas que possam ser analisadas e julgadas apenas com fundamento em questões de direito. Na grande maioria das vezes questões de fato prescindem de serem comprovadas através da atividade instrutória, da qual, modernamente o juiz deve participar ampla e efetivamente, caracterizando a publicização do processo.

Destarte para que o direito material possa ser aplicado com justiça deve-se aceitar a concessão de poderes instrutórios ao juiz, vez que somente assim poder-se-á chegar mais próximo da verdade real, propiciando desta maneira a integridade do ordenamento jurídico, sendo que o processo, assim, apresentar-se-á efetivo, de maneira justa e verdadeira.

Exige-se atualmente um processo mais simplificado, mais célere e economicamente mais acessível a um maior número de pessoas, de maneira que ele atenda não só aos interesses individuais das partes, mas também aos interesses sociais a ele atinentes.

No direito moderno não pode o magistrado ficar inerte, portando-se como mero espectador da atividade instrutória das partes. Tal atividade deverá ser exercida pelo

juiz em colaboração com as partes, portando-se como um dos sujeitos interessados no processo, vez que não apenas as partes possuem interesses no resultado desse.

Ao julgador não deve interessar quem será o vencedor da demanda, mas sim que saia vitorioso aquele que realmente tenha razão. Somente com uma participação mais intensa do juiz na atividade investigativa, atuando na busca da efetiva verdade quanto aos fatos noticiados, bem como procurando propiciar a igualdade processual entre as partes, principalmente quando do envolvimento de hipossuficientes, é que o processo constituirá um instrumento capaz de refletir as bases democráticas do Estado de Direito, perfazendo-se efetivo ao promover a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, assim como a pacificação social.

Enfim, a orientação atual é a de que o magistrado possa tomar iniciativas no sentido de averiguar a verdade real, vez que quanto melhor os fatos restarem representados, maior será a possibilidade de ser proferida uma decisão justa, propiciando que a jurisdição atinja o seu fim da pacificação social.

Procuraremos, ainda, expor em nosso trabalho, que muitos são os óbices colocados a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, como aqueles postulados postos pela doutrina tradicional, como a imparcialidade do juiz, o princípio dispositivo, as regras de distribuição do ônus da prova, a igualdade das partes.

Entretanto, procurar-se-á demonstrar, que a concessão de poderes investigativos ao juiz, colaborando na formação do conjunto probatório, não vem a infringir aqueles postulados tradicionais, mas sim vem através deles fortalecer a instituição de um sistema processual democrático, afirmando um magistrado participativo na busca da justiça.

1. A EFETIVIDADE E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Primeiramente, façamos uma breve menção a três institutos fundamentais do processo, quais sejam, a jurisdição, a ação e a defesa, indispensáveis a uma melhor compreensão dos poderes instrutórios do juiz e da própria idéia de efetividade e instrumentalidade do processo.

Quanto ao primeiro é preciso exclamar que o Estado para garantir a paz social e atingir o bem comum desenvolve várias atividades, utilizando-se do poder que lhe é conferido.

Nesta esteira, jurisdição será a atividade estatal que visa manter a integridade e eficácia prática do ordenamento jurídico.

Segundo ARRUDA ALVIM a função jurisdicional é aquela destinada “a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-Juiz, sob a forma e na medida da lide (...) o que ocorre é a substituição de uma atividade privada, por uma atividade pública, que é a vontade da lei imperar”¹.

Já quanto ao direito de ação devemos atentar que antes dele proteger aos interesses privados, ele objetiva a satisfação do interesse público, com o cumprimento do direito material. Uma visão publicista do direito de ação reforça a autonomia e a instrumentalidade do processo.

O nosso direito processual civil, diferentemente dos concretistas, que somente admitiam o direito de ação quando se tratasse de hipótese em que a sentença fosse favorável ao autor, e, dos abstratistas que estendiam o direito de ação a todas as pessoas indistintamente, sofreu fortíssima influência do mestre italiano Enrico Túllio LIEBMAN. Este definiu a ação “como um poder de exigir a prestação jurisdicional,

¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. São Paulo: RT, vol 1, p.196.

poder esse vinculado a uma pretensão de direito material, cuja análise se faz por meio das condições da ação”², quais sejam, possibilidade jurídica, interesse e legitimidade.

Para LIEBMAN a ação teria uma natureza de um direito instrumental, que se exercido, fará com que a jurisdição atinja a sua finalidade de manter a integridade do ordenamento jurídico.

Segundo José Roberto dos Santos BEDAQUE a ação “deve ser considerada como o direito de retirar o juiz de sua inércia e fazer com que ele restaure o ordenamento jurídico”³.

Por fim, quanto ao terceiro instituto fundamental do processo a que nos referimos, a defesa, devemos levar em consideração que sempre que o provimento jurisdicional é retirado de sua inércia produzir-se-á reflexos na esfera de outrem, a quem se deve conceder a oportunidade de manifestação. Caberá ao Estado-Juiz zelar para que o direito de defesa não sofra restrições.

O julgador somente terá uma visão completa dos fatos diante do pleno exercício do direito de defesa, sendo que não poderá “aceitar passivamente as afirmações inverossímeis, nem deve desprezar elementos probatórios contrários aos fatos deduzidos na inicial”⁴.

Segundo Sérgio Alves GOMES:

(...) o instituto da defesa ao condicionar a validade do processo à sua efetiva observância, condiciona também a validade da atuação jurisdicional e do exercício do direito de ação. Isso exige do juiz o correto emprego dos poderes que lhe são conferidos para dispensar à defesa a mesma atenção dada ao direito de ação. Só assim, estará garantida a igualdade substancial e o efetivo contraditório, princípios fundamentais do Estado democrático e do processo por ele criado⁵.

² WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. São Paulo: RT, vol. 1, p.124.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 49.

⁴ Ibid. p. 48.

⁵ GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro:Forense, 1997, p. 62.

Ante a este breve relato a respeito de três dos institutos fundamentais do processo, indispensáveis a uma melhor compreensão da atividade instrutória do magistrado, passemos a tratar particularmente da efetividade e instrumentalidade do processo.

Segundo Cândido Rangel DINAMARCO o processo possui diferentes escopos. O primeiro seria o escopo político, referente ao exercício da jurisdição dentro do processo. O segundo como escopo social estaria ligado a eliminação dos conflitos na sociedade, e, o terceiro seria o escopo cultural relacionado com os valores culturais de uma nação, muitas vezes revelados pelo julgamento no tempo e espaço.

No entanto, devemos entender que o principal fim do processo é a pacificação social, mediante a eliminação do conflito de interesses, propiciando uma solução justa para o caso concreto.

Constituirá o processo o instrumento pelo qual o Estado-Jurisdição faz atuar a norma jurídica, devendo o interesse público prevalecer sobre os interesses individuais das partes.

Ensina DINAMARCO que “o processo é um instrumento para o exercício do poder e este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes”⁶.

Em tempos pretéritos, o processo era entendido como uma coisa das partes, cabendo aos litigantes não apenas a iniciativa de demandar, mas dar conta da marcha processual, sendo vedada a investigação oficial dos fatos.

Hoje o processo é visto como um instrumento a serviço da ordem constitucional, devendo refletir as bases democráticas do Estado de Direito e abrangendo as conotações da liberdade, igualdade, participação, legalidade e responsabilidade.

Assim, o processo deve ser um instrumento para que o Estado realize alguns dos objetivos por ele traçados, de modo que não seja abandonado aos interesses

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª ed. SP: Malheiros, 2000, p. 52.

particulares das partes, ou em detrimento da mais fraca, sob pena de ofensa ao escopo da atividade jurisdicional.

Portanto, faz-se necessário um processo acessível a todos, apto a garantir a legalidade, liberdade e promover a igualdade, reduzindo as diferenças sociais e econômicas.

Segundo DINAMARCO é necessário:

(...) um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômicas que tenham estas), ágil e simplificado, aberto a participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes⁷.

Estes poderes instrutórios atribuídos ao Julgador, ligados à instrumentalidade do processo, estão diretamente relacionados com a concepção moderna do Juiz cidadão, que não pode ficar isolado, neutro, das realidades de seu tempo, exigindo do julgador uma atuação mais consciente, voltada para os anseios da sociedade e as dificuldades desta, pois sem esta atitude mais consciente, sem que o Magistrado desfaça as desigualdades processuais, sem que busque a solução mais justa ao caso concreto, não se estará dando a devida efetividade.

Para Dirceu Aguiar CINTRA JR, “são desafios que o juiz cidadão tem que enfrentar, na atividade jurisdicional e na vida social, denunciando os processos antidemocráticos de cerceamento do debate transparente das questões de interesse público”⁸.

Neste campo da hipossuficiência a interferência do juiz na fase probatória não o tornaria parcial, face á freqüente condição de desigualdade entre as partes, devendo-se ter a certeza de que o magistrado está buscando a verdade.

Teresa Arruda Alvim WAMBIER assim observa que “ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do

⁷ DINAMARCO, op. cit. p.36.

⁸ CINTRA JR, Dirceu Aguiar. **O juiz cidadão esboço de uma crítica.** In Revista Alter Agora, Florianópolis, n. 02, nov/1994, p.20.

direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra”⁹.

Não raras vezes há diferenças tais entre as partes, principalmente de conteúdo econômico, que exigem tratamento formal diferenciado, pois o litigante mais abastado tem maiores recursos para buscar a prova, utilizando-se de profissionais mais competentes, e, obtendo, desta forma, maiores chances de vitória, oportunidades estas em que o magistrado poderá valer-se dos poderes instrutórios que lhe são assegurados pelo artigo 130 do CPC¹⁰, para minorar esta desigualdade processual.

Com relação a promoção da igualdade processual que deve ser assegurada às partes BARBOSA MOREIRA nos alerta:

Ao jurista, como tal, interessa particularmente a análise do ordenamento por dois ângulos principais. De um lado, cuida-se das possibilidades de estimular a marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido de eliminação – ou, quando menos, da atenuação – das diferenças de tratamento entre os membros da comunidade, em razão da diversidade de riquezas, de posição social, de cultura, de pertinência a esta ou aquela classe, raça, credo religioso ou corrente política. De outro lado, reclama atenção a questão da capacidade do sistema jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais¹¹.

Se a atividade instrutória coubesse apenas as partes estar-se-ia conduzindo a uma visão privatista dos institutos processuais.

O magistrado diferentemente das partes tem em vista o interesse geral. Assim, sempre que ele por qualquer motivo verificar que provas importantes não foram produzidas, deve, *ex officio*, determinar a sua produção, buscando descobrir qual a verdade real relacionada aos fatos. Não pode o julgador ficar inerte ante a carência de provas.

Ensina José Carlos BARBOSA MOREIRA:

⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **O ônus da prova**. In Consulex, n. 200, p. 39.

¹⁰ Assim dispõe o artigo 130 do CPC “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

¹¹ 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, ano X, jan/mar 1985, p. .

Todos os que temos alguma experiência da vida judiciária, sob qualquer de seus aspectos, entendemos perfeitamente que é muito pequeno o número das causas que se podem julgar à luz da solução de puras questões de Direito. Na maior parte dos casos, na imensa maioria dos casos, a dificuldade consiste principalmente nas questões de fato. E as questões de fato, tem o juiz que resolvê-las através da mediação das provas, já que o juiz em regra, não tem conhecimento pessoal e direto dos acontecimentos que deram origem ao litígio. E ainda quando porventura, casualmente, tenha esse conhecimento, porque, por exemplo, assistiu da janela de sua casa ao acidente de trânsito, não está o juiz autorizado a valer-se desse conhecimento pessoal e direto na fundamentação de sua sentença, pela razão simples e óbvia de que não pode funcionar ao mesmo tempo como juiz e como testemunha, o que implica para ele, a necessidade de valorar o seu próprio depoimento. O acesso do juiz aos fatos dá-se, conseqüentemente, por meio de prova (...) Percebe-se que, se é função do juiz julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos¹².

Importante frisar que a produção de provas pelo Juiz não caracteriza atividade substitutiva das partes, mais sim deverá ser efetivada em caráter concorrente.

Elucida José Carlos BARBOSA MOREIRA:

(...) deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais 'ousada' que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes. De maneira alguma se trata de cerceá-la, como dão a impressão de temer alguns intransigentes críticos do processo 'inquisitório' – outra denominação bastante equívoca. O papel do juiz e o das partes são aqui complementares; absurdo concebê-los como reciprocamente excludentes¹³.

Portanto, somente quanto o instrumento processo for utilizado pela autoridade jurisdicional em colaboração com as partes é que ele atingirá o seu fim último, qual seja, a atuação do ordenamento jurídico, com um provimento justo e harmonia social.

No concernente a necessidade de haver esta divisão de tarefas entre as partes que possuem interesses no processo BARBOSA MOREIRA alerta:

(...) Projetando no plano processual, traduz-se o fenômeno da intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal, incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das 'regras do jogo' e no fim, proclamar o vencedor. Não menos que

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. In RePro, n. 35, julho/set 1984, p. 179.

¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social...*, p. 148.

na economia, a emergência do 'social' também do processo derrui o império do 'laissez faire'. (...) Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da 'divisão de tarefas' entre as partes e o órgão de jurisdição¹⁴.

Aquela visão eminentemente privatista deu lugar a do Estado-Social e ao fenômeno da publicização, a partir do qual se passou a exigir uma atuação mais intensa do magistrado na dilação probatória.

Enfim, a instrumentalidade do processo permite uma maior participação do Estado-Juiz na atividade investigativa, de maneira que o processo apresente-se de uma maneira justa e verdadeira.

Como assinala Cândido Rangel DINAMARCO “essa visão instrumentalista favorece e explica as preocupações com numerosos pontos onde o interesse público no efetivo e adequado exercício da jurisdição sobreleva aos individuais em conflito e onde se restringe ou minimiza o valor da autonomia da vontade, para que a de uma das partes não possa prejudicar indevidamente os interesses da outra”¹⁵.

Nesta mesma esteira assinala BARBOSA MOREIRA:

Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar de instrumentalidade do processo (...) Qualquer instrumento será bom na medida que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material¹⁶.

Portanto, o magistrado para que a jurisdição possa atingir o seu fim último da pacificação social, fazendo atuar a norma material, proferindo o juiz uma decisão justa, é imprescindível que os fatos estejam o melhor esclarecidos possível, e, para que isso

¹⁴ Ibid. p. 145.

¹⁵ DINAMARCO, op. cit. p. 70.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. In Revista Síntese de Direito Processual Civil, n. 11, mai-jun/2001, p. 06/13.

seja possível não podemos olvidar, que os interesses da coletividade deveram prevalecer sobre os interesses individuais das partes, procurando eliminar sempre que possível as diferenças de tratamento despendida aos membros da comunidade.

2. A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO E A DUPLA PERSPECTIVA DO ÔNUS DA PROVA

2.1 – NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA

Em um primeiro momento nos cabe enfatizar a conceituação de prova e ônus da prova, para, então, direcionarmos nosso estudo para o duplo prisma em que o ônus da prova pode ser visto.

A prova sempre esteve ligada a idéia da reconstrução de uma fato demonstrado ao juiz, de maneira a capacitá-lo a ter certeza sobre os eventos ocorridos. No entanto, numa visão moderna de prova esta seria na opinião de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART “todo meio retórico, regulado por lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnações feitas no processo”¹⁷, sendo certo, que enquanto destinatário final da prova, o magistrado deve se convencer da validade ou não das proposições formuladas.

Já a noção de ônus da prova abrange as idéias de liberdade e de poder. Indica um meio para o atingimento de determinado fim em favor do próprio onerado, e, cuja inobservância não implica em cometimento de ato ilícito. A norma instituidora de um ônus tutela interesses do próprio onerado, estando o sujeito livre para adotar a conduta prescrita.

Posto isto, torna-se claro a diferença entre ônus e obrigação, na qual há uma sujeição jurídica passível de coerção.

Quanto a esta diferenciação nos ensina Luiz Eduardo Boa Ventura PACÍFICO :

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo:RT, 2000, p.72/73.

ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado¹⁸.

A parte terá o ônus de provar o seu direito, não estando coagida, a assim proceder, sendo que a única penalidade poderá ser a de ver julgada improcedente a demanda, caso a prova não chegue ao magistrado por meios diversos, vez que como sabemos, poderá o julgador, com bases nos princípios instrutórios, buscar a verdade mediante a produção de novas provas.

No que tange a comparação entre ônus e dever PONTES DE MIRANDA, assim exclamou:

A diferença entre ônus e dever está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve; a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre os sujeitos; satisfazer é do próprio interesse do onerado. Não há satisfação do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse¹⁹.

Traçadas estas primeiras linhas sobre a prova e o ônus da prova, passemos a tratar da dupla perspectiva do ônus da prova e a sua relação com a atividade investigativa desenvolvida pelo juiz. De um lado a perspectiva subjetiva e, de outro a perspectiva objetiva, encarado como regra de julgamento.

2.2 – PERSPECTIVA SUBJETIVA

¹⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 166.

¹⁹ PONTES MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 253.

Em tempos outros, como já mencionado anteriormente, o processo era entendido como uma coisa das partes, aos litigantes cabia não apenas a iniciativa de demandar, mas também a marcha processual, sendo vedada a investigação probatória oficial. Nesta oportunidade ganhou corpo a perspectiva subjetiva do ônus da prova.

Nesta noção subjetivista, verifica-se a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes a seu favor, sob pena de sucumbir.

O Código de Processo Civil em seu artigo 333, divide o ônus da prova pela posição processual que ocupa, cabendo à parte autora provar o fato constitutivo de seu direito alegado, e, a parte ré provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pretendido pelo autor.

BARBOSA MOREIRA assim explicou o que seria este ônus subjetivo:

O maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a este litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que fato deveras ocorreu - numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia deste estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)²⁰.

No entanto, o próprio doutrinador atribui a esta perspectiva, um efeito mais “psicológico do que jurídico”. Diz ele importarem mais os resultados da atividade instrutória que o comportamento da parte onerada, ou seja, ver o ônus da prova apenas sob o prisma subjetivo se revela de maneira insuficiente.

Esta insuficiência que aduz o nobre jurista se faz notar a partir do momento em que é superada a postura do magistrado como um mero espectador da atividade instrutória das partes, passando ele, no processo civil contemporâneo, estar

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O julgamento e o ônus da prova**. In Temas de direito processual, 2a série, São Paulo: Saraiva, p. 74.

comprometido com a busca da verdade e com a distribuição da justiça, de modo a permitir que a jurisdição atinja o seu escopo, qual seja, a pacificação social.

Assim, ônus da prova será o encargo das partes produzirem provas no processo, sob pena de receberem uma sentença desfavorável. Entretanto o simples cumprimento do ônus da prova não assegura necessariamente uma consequência favorável. Far-se-á necessário que a prova apresentada possua força persuasiva, de modo a convencer o juiz da veracidade das alegações, concedendo, assim, a tutela pretendida. Enfim, as regras acerca do ônus da prova somente serão utilizadas pelo juiz, e se necessário, no momento da sentença.

Como um dos maiores representantes desta doutrina moderna BARBOSA MOREIRA enfatiza:

A doutrina moderna, estudando o problema do ônus da prova, assentou uma conclusão muito interessante: as regras que distribuem este ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que ao final não se provam, que ao final não resultam provados. O juiz não tem de se preocupar com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta de prova daquele fato, eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova²¹.

2.3 – PERSPECTIVA OBJETIVA (REGRA DE JULGAMENTO)

Seguindo este novo caminho, o magistrado deve atentar para o conteúdo integral do debate e das provas constantes nos autos, sendo certo que não compete apenas a parte onerada fornecer elementos de convicção. O que importa é o modo como os fatos foram produzidos, e, não quem os tenha demonstrado.

Enfim, a insuficiência com que se deparou a perspectiva subjetiva do ônus da prova é evidenciada na mediatização perceptível entre a atividade probante das partes e o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz. O êxito das pretensões deduzidas não fica na dependência exclusiva da atividade instrutória da parte onerada.

²¹ BARBOSA MOREIRA, *O juiz...*, p. 181.

Nesta doutrina contemporânea que se desenvolveu, passou-se a entender que o juiz pode determinar a produção de provas sem que isso importe no desvirtuamento do ônus da prova ou desequilíbrio entre as partes. Isto ocorreu na medida em que o ônus da prova em seu prisma objetivo revela-se como regra de julgamento, autorizando o pronunciamento judicial mesmo diante de um resultado instrutório insuficiente para a convicção do juiz.

O Ilustre mestre PONTES DE MIRANDA já assinalava:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto as negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova²².

A regra do ônus da prova será aplicada quando do julgamento da demanda, pois enquanto pendente de tal, não é relevante quem tenha produzido a prova, ainda que seja por determinação do juiz, não esquecendo que este também é parte no processo.

Bem, se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo porem, é princípio de direito público, intimamente ligado a função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, até mesmo porque goza ele de poderes para determinar a produção de provas que entenda necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos.

Portanto, no processo civil moderno verifica-se uma mediatização entre a atividade probante das partes e a resultado por elas buscado no processo, principalmente em decorrência do reconhecimento de poderes instrutórios ao Estado-

²² PONTES DE MIRANDA, op. cit. p. 270/271.

Juiz, o qual deve ser encarado como um dos sujeitos da relação jurídica processual, visando que a atividade jurisdicional atinja seu fim.

Senão vejamos as sábias palavras de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, ao tratar do binômio “artigo 130 – artigo 333 do CPC:

O modo como alguns brasileiros enfrentam o problema nascido com a interpretação do art.333 é asseverar que na verdade não se está diante de um ônus, propriamente dito, mas diante de uma regra de julgamento. Assim, segundo essa ótica, deve o magistrado aplicá-la *a posteriori*, exatamente no momento de julgar. O magistrado, como que olhará para trás, para a fase em que todos terão produzidos prova: autor, réu e ele mesmo²³.

Em decorrência desta visão contemporânea do ônus da prova objetivo, encarado como regra de julgamento, que regula as conseqüências desfavoráveis de não se haver produzido prova, a atividade probatória oficial ganha maior importância e amplitude, vez que diante da vedação de o magistrado se abster de julgar, por razões de ordem pública, ele próprio despenderá esforços outros, de maneira que os elementos instrutórios trazidos pelos sujeitos da relação jurídica processual, dentre os quais se inclui, não sejam insuficientes para a formação de sua convicção, de maneira que mais próximo se chegue da verdade real, proferindo uma decisão justa, que distribua a justiça e respeite a igualdade das partes, resguardando, assim, a integridade do ordenamento jurídico, e, promovendo a pacificação social.

Senão vejamos as jurisprudências abaixo colacionadas:

“IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POR ESCASSEZ DE PROVAS – REQUERIMENTO DE PROVAS COM A INICIAL – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ – CERCEAMENTO PROBATÓRIO CARACTERIZADO – 1. Se deficiente a produção probatória de iniciativa da parte, caberia ao magistrado, no uso de seus poderes instrutórios (art. 130 do CPC), determinar a complementação das provas faltantes, tornando o processo apto ao julgamento(...)”²⁴.

“Cerceamento probatório – despacho que determina a especificação de provas atendido a destempo – preclusão inexistente – poderes instrutórios do juiz – sentença nula – As provas, pelo autor, são requeridas na inicial. Não existe preclusão em matéria probatória, incumbido ao juiz,

²³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Reflexões sobre o ônus da prova.** In Revista de Processo, v. 76, p. 143.

²⁴ TRF, 4a.R – AC 97.04.50048-3 – 3a. T, Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz – DJU 03.05.2000 – p. 135.

de ofício ou a requerimento das partes, determinar a produção das provas indispensáveis ao julgamento da ação (art. 130 do CPC)²⁵.

Destarte, encarar o ônus da prova como regra de julgamento é uma tendência não apenas doutrinária, mas também jurisprudencial, e, tendo o juiz de se pronunciar ainda que insuficientes as provas, apenas aumenta a importância de ter ele uma postura mais ativa na formação do conjunto probatório, de modo que sua decisão, na grande maioria das vezes, seja justa e faça atuar o ordenamento jurídico, baseada em fatos suficientemente esclarecidos, ou o mais próximo disso, já que não poderá deixar de exercer a função de sentenciar.

Neste sentido, José Roberto dos Santos BEDAQUE elucida:

Se essa atuação do juiz for determinante para que o real titular do interesse juridicamente protegido obtenha a tutela jurisdicional, tanto melhor. Aliás, outra não é a função do processo, senão de servir de meio para a solução das controvérsias em conformidade com as regras de direito substancial. Embora se reconheça que tal atitude do juiz não lhe permitirá alcançar a verdade completa, inegavelmente facilitará o encontro de uma parcela desta (...)²⁶.

²⁵ TRF, 4a. R – AC 94.04.40366-0 – RS – 4a. T – Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz – DJU 16.06.1999 – p. 590.

²⁶ BEDAQUE, op. cit p.108/109.

3. O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O direito surge como um instrumento para regular as relações intersubjetivas. Os interesses se intensificam na medida da essencialidade do bem da vida posto em disputa pelos sujeitos. Procurar-se-á proteger de maneira mais eficiente os interesses ligados às necessidades básicas do ser humano. Surgem assim alguns interesses considerados indisponíveis e outros cujo grau de essencialidade é menor, de maneira que os sujeitos possam dele dispor.

Em uma visão eminentemente privatista e individualista do processo, os princípios do dispositivo e da imparcialidade foram inseridos em um contexto em que “era comum a comparação do processo a uma luta entre as partes que era passivamente assistida pelo juiz, o qual deveria limitar-se a regular o desenrolar do conflito até o momento em que o processo estivesse em condições para ser decidido”²⁷.

Assim colocou Arruda ALVIM:

(..) se dizia que a atividade do juiz dependia essencialmente (senão, quase exauriente) da conduta das partes: mais precisamente do que as partes trouxessem ao juiz, o que se opunha – nessa época – a que o juiz desempenhasse atividade oficiosa. A vedação à atividade oficiosa era a máxima legal e dominante, e por isso, o juiz dependia – e não desempenhava ele próprio atividade instrutória – do material que as partes, com sua conduta, a ele trouxessem²⁸.

Destarte, em um primeiro momento entendeu a doutrina processual, que o princípio dispositivo, dentre outras limitações, impostas a atividade do juiz, impedia que este participasse da atividade instrutória. Entendia-se que, em se tratando de direitos disponíveis as partes teriam ampla liberdade para influir na produção de provas.

Como observa Sérgio Alves GOMES:

²⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 22.

²⁸ ARRUDA Alvim, José Manoel de. **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro**. In *RePro*, n. 69, ano XVIII, jan/mar 1993, p. 08/18.

o grau de aplicação deste princípio revela o nível de privatismo ou publicismo no processo, assim, no estado liberal, onde o processo é considerado como um contrato ou quase contrato sujeitando-se seu impulso e resultado á exclusiva vontade das partes, impera na atividade processual, intactamente, o princípio dispositivo (...) O Juiz ainda que ciente da ausência de verdade real nos autos não pode determinar a produção de nenhuma prova(...) ²⁹.

Analisar a evolução que permeia a leitura realizada sobre este princípio dispositivo, permite uma melhor apreensão do que seja a instrumentalidade do processo e o quão necessário se faz no direito processual civil contemporâneo, uma atuação mais intensa do magistrado na instrução do processo, enquanto um agente estatal.

No concernente a esta transição/evolução BARBOSA MOREIRA exclama:

A transição do liberalismo individualista para o 'Estado Social de Direito' assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetando no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das 'regras do jogo' e, no fim, proclamar o vencedor ³⁰.

Nesta mesma esteira elucida Maurício Lindenmeyer BARBIERI que “a transição do estado cultivador do liberalismo individualista para o estado social de direito tem como ponto forte o substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. As mudanças sociais projetadas no plano processual traduzem-se no fenômeno da publicização” ³¹.

Posto isto, denota-se que a disponibilidade dos interesses pode ser vista sob duas perspectivas. A primeira refere-se a liberdade para ajuizar demandas para a tutela de um direito supostamente alegado, ou seja, fala-se em princípio dispositivo em sentido amplo, enquanto direito de propositura. No entanto, alguns autores entendem

²⁹ GOMES, op. cit. p.47.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, *A função social...*, p. 141.

³¹ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. **Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz.** In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Prova cível.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99/100.

que esta perspectiva não é abrangida pelo aludido princípio, e preferem englobá-la naquele que alguns chamam de princípio da disponibilidade e outros princípios da demanda. Já uma segunda perspectiva estaria ligada ao desenvolvimento do processo e a divisão de tarefas entre as partes, ou melhor, à estrutura interna do processo. As partes teriam liberdade para dispor do processo através de atos processuais, não podendo o juiz opor-se a estes atos, em virtude do direito material em questão.

Parte da doutrina que defende uma releitura do princípio em comento, de modo a adequá-lo as conotações do processo civil moderno, tem entendido que a expressão princípio dispositivo abrangeria tão somente os atos formalizados no interior do processo ligados ao plano do direito material.

José Roberto dos Santos BEDAQUE, defensor deste novo prisma sob o qual o princípio dispositivo deve ser visto, nos ensina:

Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação princípio dispositivo seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo e tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual. qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial. (...) Ocorre que o monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Ainda que indisponível o direito subjetivo material, persiste o princípio da inércia da jurisdição³².

Enfim, no processo civil moderno se faz necessário uma releitura do princípio dispositivo, entendendo que quando diante de direitos disponíveis as limitações impostas ao magistrado se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível outras limitações quer no tocante ao início do processo, quer referentes a instrução da causa, não decorrem do princípio dispositivo, vez que não se conectam a relação material.

³² BEDAQUE, op. cit. p.90/91.

Ainda que privada a relação, o magistrado tem interesse em uma tutela jurisdicional justa, o que justifica a iniciativa oficial quanto à prova. A relação processual rege-se por princípios atinentes ao direito público, não podendo o juiz ser espectador do debate travado entre as partes.

Destarte, à luz dos fatos deduzidos pela partes, o magistrado deverá desenvolver toda atividade possível para que o processo atinja se escopo. A disponibilidade do direito material alegado ou o princípio dispositivo não podem ser justificativa para uma conduta passiva do juiz. Não pode este enquanto um agente público ficar inerte frente ao debate travado entre as partes, devendo ele buscar o escopo da tutela jurisdicional, promovendo a atuação do direito positivo e a pacificação dos conflitos.

Ensina José Roberto dos Santos BEDAQUE:

De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz (...) Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários Pá formação de seu convencimento³³.

No mesmo sentido elucida BARBOSA MOREIRA ao dizer que “ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm eles sobre o poder do juiz averiguar o fato”³⁴.

Ivan RIGHI sintetiza a posição da moderna doutrina processual:

(...) apesar da letra a lei , ainda há que se curve ao peso da tradição do princípio dispositivo e por isso procure atenuar o poder probatório do Juiz, taxando-o de atividade meramente supletiva da iniciativa probatória das partes, estas sim encarregadas do ônus da prova. mas eu não creio que este seja o modo correto de se dar interpretação ao art. 130 do Cód. De Proc. Civil. Entendo que o certo é dizer-se que o Juiz dispõe de ampla, *amplíssima iniciativa probatória, exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes*. Suponha-se que autor e réu pretendam o julgamento antecipado da lide, nem por isso o magistrado irá efetua-lo se a decisão conscienciosa do litígio exigir produção de provas. O

³³ Ibid. p . 93/94.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, *o juiz...* p. 180.

compromisso maior do Juiz é com a realização da justiça, essa é a sua tarefa, para isso ele está investido, inclusive, de poderes de iniciativa probatória³⁵.

O problema da iniciativa da instrução, não pode ser reduzida à questão da natureza do direito material posto em litígio. A instrução da causa é um aspecto que remonta ao processo e aos seus interesses, que são públicos, não importando se a relação jurídica de direito material versa sobre direitos disponíveis ou indisponíveis.

Como bem observam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART:

A atuação do juiz na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. (...) Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado³⁶.

Enfim, deve o Estado-Jurisdição buscar a correta atuação da lei qualquer que seja a natureza dos interesses em conflito. No que tange à relação processual os interesses são sempre indisponíveis, não pertencentes as partes ou ao juiz, devendo Estado buscar a pacificação social e a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

³⁵ RIGH, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz**: jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, v. 169, 1993, p.44/45.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit. p. 194.

4. A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA OFICIAL E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O Estado de maneira a distribuir a justiça oferece um agente seu que funcionará como um sujeito imparcial e que deverá manter-se eqüidistante das partes, de seus direitos e interesses, de modo que possa decidir de maneira justa, fazendo atuar o direito material, mantendo, desta maneira, a integridade do ordenamento jurídico.

Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO “o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que se possa exercer sua função dentro do processo. a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente”³⁷.

Assim sendo, talvez um dos principais argumentos utilizados pela doutrina contra a atividade instrutória oficial seja o de que se assim fizesse estar-se-ia, quebrando a imparcialidade do julgador, sob o argumento de que este ao determinar a produção de uma prova acabaria por vincular-se psicologicamente ao objeto decorrente da investigação por ele determinada.

No entanto, a filosofia do Estado Liberal (individualista) acabou exagerando quanto a amplitude deste princípio, posicionando-se a favor de um juiz passivo e inerte ao embate travado entre as partes, não lhe sendo autorizado nenhuma postura ativa quanto a matéria colocada para exame. Partindo desta premissa a doutrina passou a fazer uma certa confusão entre as figuras do juiz participativo com a do juiz parcial.

Toda a iniciativa do magistrado na busca de esclarecimento a um ou mais fatos era vista como uma demonstração de parcialidade, a qual acabaria por beneficiar uma das partes. Entretanto, tal postura não condiz com a efetividade e instrumentalidade do processo. Este possui funções públicas outras, que se sobrepõe aos interesses individuais.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel (co-autoria). **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 51/52.

Nos ensina José Carlos Baptista PUOLI:

O Estado, no desenvolvimento de uma de suas atividades fins, não pode Ter sua atuação limitada pelos atos dos sujeitos parciais, principalmente porque tais atos somente têm em vista (pelo menos quando o caso estiver tratando exclusivamente de direitos disponíveis) o atingimento de metas particulares da parte, e não a satisfação das finalidades públicas (...) pensar de outra forma seria permitir que os interesses privados das partes se sobrepusessem aos interesses públicos de atuar a lei material e de pacificar com justiça, o que é absolutamente incompatível com o sistema colmatado por nosso ordenamento jurídico-constitucional³⁸.

Ainda que sejam respeitadas as opiniões contra a iniciativa probatória oficial, considerando a necessidade de manutenção da imparcialidade do julgador, mencionado argumento cai no vazio, pois o magistrado que determina a realização da prova, não pode adivinhar qual será a solução ao final da demanda, por outro lado, há o interesse maior do Estado que é o resultado justo.

Segundo José Roberto dos Santos BEDAQUE “(...) não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente a sua função”³⁹.

É preciso perceber que com uma participação mais ativa na colheita de provas, o juiz estará colaborando para com a qualidade da atividade jurisdicional, não estando preocupado em ajudar esta ou aquela parte.

Neste contexto exclama BARBOSA MOREIRA:

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 o resultado que o direito há 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

³⁸ PUOLI, op.cit. p. 40/41.

³⁹ BEDAQUE, op.cit. p. 108.

dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiará o outro⁴⁰.

De mais a mais com uma atuação mais intensa na instrução do processo, determinando a realização de provas que esclareçam com maior clareza os fatos que estão sendo discutidos, estará o julgador, demonstrando atenção aos fins sociais do processo, o que de forma alguma afeta a sua imparcialidade. O magistrado quando determina a realização de uma prova não sabe de antemão o resultado desta, não sabendo a quem a prova será favorável.

É perfeitamente admissível e até necessário que o julgador, diante da parte indefesa ou mal assistida, ao invés de permanecer passivo e até complacente diante dos erros, omissões, deficiências de tal parte, assuma um papel mais ativo.

Neste tocante ao acesso à justiça, a desigualdade muitas vezes existentes entre as partes e questão da imparcialidade do juiz, argumenta a professora Teresa Arruda Alvim WAMBIER:

Diante de um quadro em que se tem em conta a problemática do acesso à Justiça, verifica-se, necessariamente, como dado indiscutível, a freqüente condição de *desigualdade* entre os litigantes. O juiz, neste contexto, seria *parcial* se assistisse inerte, como espectador de 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 ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ele faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possua. Em função desse parâmetro, pois devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova. (...) Fácil é rebater o argumento de que o juiz poderia pender por uma ou outra parte, já que o resultado da prova é imprevisível. Se é verdadeiro que o juiz, ao tornar a iniciativa quanto à produção de determinada prova, quer ver certo fato provado com vistas a favorecer uma das partes, não se pode deixar de reconhecer que o resultado da atividade probatória não depende dele e pode até “prejudicar” a parte que, que num primeiro momento, lhe parecia como sendo aquela a quem deveria dar razão⁴¹.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In Revista Brasileira de Processo Civil, 48/144 e ss, p. 48.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus...* p. 40 e 41/42.

Nesta mesma linha de pensamento Cândido Rangel DINAMARCO atenta par ao fato de que “o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito a oferta de igualdade de oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinção em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferenciais personalíssimas”⁴².

De outra banda, não pode ser confundida a imparcialidade do magistrado com a sua neutralidade. Um juiz deve ser imparcial, mas jamais neutro. Deve ele enquanto um agente público, estar atento aos fatos e a realidade social, bem como estar comprometido com a realização da justiça material. Assim sendo, para que ele possa proferir uma decisão justa, até mesmo porque o ônus da prova é hoje encarado como uma regra de julgamento, deve o juiz participar intensamente da instrução processual, sob pena de ter de se pronunciar com base em fatos não satisfatoriamente comprovados, o que poderá comprometer o escopo da atividade jurisdicional.

Posto isto, a melhor maneira se preservar a imparcialidade do magistrado será submeter a sua atividade ao princípio do contraditório e impondo-lhe motivar as suas decisões.

Segundo BARBOSA MOREIRA:

É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direito de defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância destas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade⁴³.

No mesmo sentido Ada Pelegrini GRINOVER discorre que “a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 1994, p. 196.

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz...* p. 49.

obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas⁴⁴.

Enfim, quanto a produção de provas deve ser concebida às partes a igualdade para solicitação, participação e manifestação acerca dos resultados obtidos. Segundo Sérgio Alves GOMES “ o processo é, em verdade uma relação dinâmica entre sujeitos, que se exterioriza por meio do procedimento contraditório. Portanto, sem contraditório não há propriamente processo, mas tão somente procedimento”⁴⁵.

De acordo com o nosso ordenamento, o magistrado não precisa atrelar-se totalmente a lei, no entanto não goza de plena liberdade sem qualquer fundamentação, o juiz ao decidir deverá fundamentar a sua decisão a partir de critérios racionais. O princípio da persuasão racional se apresentará assim, como um importante instrumento para a valoração das provas.

Conforme exclama Sérgio Alves GOMES “(...) não se permite a transformação do juiz em um déspota arbitrário e nem em sujeito passivo mero observador de regras matemáticas que atribuem aprioristicamente o valor a ser dado à prova. por um lado valoriza a consciência do magistrado, por outro, estabelece limites que exigem dele decisão explicitamente fundamentada na prova dos autos”⁴⁶.

Destarte, a imparcialidade estaria ligada a vedação de favorecimentos a uma das partes e não à cooperação do juiz para com estas, de modo a uma melhor prestação jurisdicional.

Como já mencionado anteriormente, ao buscar o esclarecimento dos fatos deduzidos em juízo, o julgador demonstra estar atento aos fins sociais do processo, assim como o seu comprometimento com a atuação do direito material, vez que somente assim o processo se revela um instrumento efetivo de acesso à uma ordem jurídica justa.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In Revista Forense 347/3-10, p. 06.

⁴⁵GOMES, op. cit. p. 83.

⁴⁶ Ibid. p. 95.

Como bem observa 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 na medida em que esta tem razão, não são mais do que consequência da correta atuação imparcial⁴⁷.

O juiz imparcial será aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados. Não importa quem traga a prova aos autos, as partes ou ele próprio no exercício de seus poderes, mas sim que a norma material seja aplicada por julgador sabedor da verdade fática.

O magistrado deve preocupar-se em ver vitorioso aquele que efetivamente tenha razão. Ao magistrado quando da determinação da produção de determinada prova, não deve importar a qual das partes ela beneficiará, mas sim deve ter ele em vista a qualidade da prestação jurisdicional, de modo a proferir uma decisão justa que atenda aos interesses sociais que a permeiam, ou seja, o juiz não deve julgar a causa em interesse próprio, mas efetivamente sintonizado à realidade social que o rodeia, não podendo se portar como um espectador do debate travado entre as partes, visto que este papel não se harmoniza com os valores perseguidos pelo processo civil moderno.

Em suma, a iniciativa probatória do juiz de modo algum influi na sua imparcialidade, mas pelo contrário, evidencia o compromisso do magistrado em perseguir a realização do escopo do processo e da atividade jurisdicional.

Para concluir este capítulo referente ao princípio da imparcialidade frente a concessão de poderes instrutórios ao juiz imprescindível se faz transcorrer as sábias palavras do ilustre processualista José Carlos BARBOSA MOREIRA:

Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesse ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. In RePro 91, jul/set 1998, p. 107.

juiz movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a Segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser 'neutro', porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem 'tanto faz' que se realize ou não se realize justiça, quando bem ao contrário, esse é um cuidado, que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito⁴⁸.

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Participação do juiz no processo civil: Encontro "Participação e Processo"**. São Paulo, 1987, p. 412/413.

5. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE PROCESSUAL

O artigo 125 do CPC determina que cabe ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. Isto significa que elas devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Fala-se da igualdade processual, da necessidade de serem mantidas as mesmas oportunidades para as partes envolvidas no litígio, mas pergunta-se: essa igualdade é atingida apenas com a observância de seu aspecto formal?

Sérgio Alves GOMES assevera que “no Estado Liberal, oriundo da Revolução Francesa, a igualdade resultou da proclamação meramente formal. No entanto, atualmente, no Estado de cunho social, surge, pelo menos a nível doutrinário e legal, a preocupação com a realização da igualdade substancial na esfera do processo, como decorrência de reformas a serem realizadas no âmbito social”⁴⁹.

Na busca de um processo civil mais justo, indispensável o objetivo de reduzir as desigualdades presentes na relação processual, nesse sentido BEDAQUE elucida que “a real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”⁵⁰.

⁴⁹ GOMES, op.cit. p. 62.

⁵⁰ BEDAQUE, op. cit. p. 100.

De acordo com a tendência atual do direito, e mesmo política, não poderá o Magistrado, que antes de tudo é representante do Estado, buscando a justiça da decisão mais acertada ao caso concreto, permanecer inerte, deixando que o hipossuficiente, que a parte mais fraca seja prejudicada, considerando a ausência de meios para esta produzir a prova, deverá sim o Magistrado desfazer as desigualdades, então presente, determinando a realização de provas, quando estas forem necessárias para o deslinde da demanda, mesmo que ao final venha a ser favorável a parte mais favorecida no litígio. Repita-se, ao Magistrado não interessa quem sairá vencedor na demanda, mas sim que seja quem efetivamente tem razão.

Conforme ensina BARBOSA MOREIRA:

No propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhe informações sobre os ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar suas alegações. Vem o alvitre encontrando eco em mais de um ordenamento (...) Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida de logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados capazes e experientes. Ressalta-se, com isso a importância social do ponto⁵¹.

Não podemos fechar os olhos a realidade presente na relação processual, relacionada com as desigualdades, pois é certo que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades daquela mais forte, de trazer aos autos as provas necessárias para a demonstração de seu direito. Portanto, sem que o Magistrado interfira em casos tais, não está presente à igualdade substancial, e provavelmente o resultado da lide não será o mais acertado, não atingindo o processo o fim buscado, qual seja, a pacificação social com justiça.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, *A função social...* p. 147.

Cabe ao Magistrado empenhar-se para reduzir as desigualdades sociais no seu reflexo processual, utilizando-se dos poderes que lhes são conferidos, adotando atitudes que contribuam para a igualdade material entre os litigantes, providência que com certeza trará solução final justa.

Teresa Arruda ALVIM exclama que “a circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, *lato sensu*, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem”⁵².

Muitas vezes a omissão da parte na instrução do feito se deve a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores culturais e econômicos. É neste contexto que o reforço de poderes instrutórios ao juiz despontará como um instrumento para atingir a igualdade entre as partes.

Não pode o Estado enquanto a decisão permanecer em suas mãos anuir com o fato de que aqueles que tenham acesso à justiça, não consigam obter o reconhecimento de seus direitos em razão da inferioridade em que se encontravam, ou seja, não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes se chegue a um a decisão injusta, sob pena de a atividade jurisdicional fracassar. É necessário promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados.

⁵² ALVIM, Tereza Arruda, *Reflexões sobre...* p. 142.

Importante ressaltar quanto a necessidade de manutenção da igualdade material no procedimento. Acrescenta-se que mencionada tendência é mundial e antes de se limitar apenas ao processo, vem sendo amplamente debatida também nos setores políticos, onde se pretende minorar as diferenças entre ricos e pobres. Observe-se que nos países de cultura socialista a amplitude investigativa do julgador é muito mais ampla que naqueles que adotam a política individualista, porque se entende que o Estado tem que intervir para manutenção da igualdade dos cidadãos. Podemos citar como exemplo claro desta política protecionista o direito do trabalho, onde em nome desta igualdade material, a interpretação dos preceitos e provas se dá de modo a favorecer a parte hipossuficiente.

Não se esqueça que o novo Código Civil consagrou esta tendência, determinando, por exemplo, a observância da função social do contrato e da interpretação mais favorável ao adesante, práticas que já vinham contidas no Código de Defesa do Consumidor e que agora passam a serem observadas para todos os contratos firmados no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, necessário se faz que a igualdade a ser observada, quando do processo, seja aquela de cunho material e não apenas formal, como se entendia nos Estados chamados liberais, após a Revolução Francesa.

Note-se que o direito evoluiu de acordo com a sociedade de seu tempo, sendo certo que na época da revolução noticiada, nem a igualdade formal era observada, sendo a elite, não raras vezes, beneficiada, sem que houvesse leis e juizes que combatessem o mal, então costumeiro.

Com a Revolução Francesa com certeza houve um passo para a igualdade formal, que paulatinamente vai sendo modificada para a igualdade material, que significa a verdadeira igualdade.

Enfim, muitas vezes a garantia de uma igualdade meramente formal não vem de encontro a um sistema processual que esteja preocupado com a busca da verdade e a realização da justiça, sendo necessário que se promova a igualdade substancial das partes no processo, transformando-o em um instrumento de nivelção das desigualdades sociais.

6. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

Primeiramente cabe exclamarmos que este é um tema que encontra inúmeras divergências na doutrina, e, por isso, nosso objetivo não será tratá-lo de maneira exaustiva, mas sim, estabelecermos uma noção do problema.

O artigo 332 do CPC⁵³ prevê a utilização de provas obtidas por meios legais e os moralmente legítimos, mas na verdade a vedação expressa a utilização de provas obtidas por meios ilícitos é extraída do texto constitucional, a partir do inciso LVI do artigo 5º da CF/88, segundo o qual são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, será aquela prova colhida com infringência às normas de direito material.

Atualmente são três as principais correntes quanto ao assunto, aquela que considera a inadmissibilidade de tais provas em qualquer caso; a que admite a prova assim obtida, por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não ao seu conteúdo; e aquela que admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo. Quanto a esta última corrente aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade. Esta última parece ser a que melhor se coaduna com o aspecto publicístico do processo, uma vez que “sempre que a prova for obtida por meio ilícito, deve ser tratada com reservas. Mas se o direito em debate for relevante, envolvendo questões de alta carga valorativa, é admissível reconhecer-se eficácia de tal prova”⁵⁴.

Segundo Ada Pellegrini GRINOVER “trata-se, portanto, de uma questão de ponderação entre os valores que foram lesados pela ilicitude da prova e aqueles que se visa proteger no processo, no caso concreto”⁵⁵.

⁵³ Dispõe o art. 332 do CPC “ Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.), op. cit. p. 441.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas**. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado S/A, v. 16, jun 19/80, p. 101.

Claro que esta teoria da proporcionalidade traz consigo um alto grau de subjetividade, que pode fazer emergir o arbítrio do magistrado, mas como bem afirma BARBOSA MOREIRA “a subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso”⁵⁶.

Posto isto, a questão que se coloca é quanto a possibilidade ou não do aproveitamento de provas adquiridas ilicitamente. É preciso analisar as vantagens e desvantagens que uma interpretação extremamente rigorosa do dispositivo constitucional poderia acarretar.

Alexandre de MORAES ao comentar a atenuação a vedação das provas ilícitas, visando corrigir as distorções que uma rigidez absoluta poderia trazer, elucida:

Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização⁵⁷.

Neste sentido José Roberto dos Santos BEDAQUE assevera que “a solução deve levar em conta a necessidade de proteção do valor mais relevante, segundo critérios ditados pelo interesse social”⁵⁸.

Muitas vezes diante do caso concreto que lhe é apresentado, o juiz se vê diante de dois ou mais direitos constitucionais contrapostos, devendo, então, harmonizá-los, deverá o magistrado valer-se do princípio da proporcionalidade, sopesando os interesses e valores em conflito, de modo que o mais relevante naquela situação prevaleça. Conforme Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART “o direito à prova, de fato, é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Porém, se é necessária a tutela dos direitos de personalidade, também é necessária a tutela dos

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In Temas de Direito Processual, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 110.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁵⁸ BEDAQUE, op. cit. p. 143-144.

direitos que não podem ser demonstrados através de outra prova que não a prova obtida de modo ilícito”⁵⁹.

Os autores supra mencionados igualmente observam:

(...) é de se observar que nem só a proibição do uso da prova ilícita é garantia constitucional; também o direito à prova o é. E por isso surge o delicado problema de investigar adequadamente o tema da prova ilícita, buscando solucionar, acima de tudo, o conflito que pode surgir entre os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita (...) A prova ilícita somente pode ser admitida quando é a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado ainda que diante do direito de personalidade atingido⁶⁰.

Destarte, o referido princípio apresenta-se como um instrumento de flexibilização do ordenamento jurídico, tendo como finalidade possibilitar a obtenção de resultados mais justos, adaptando o texto constitucional às circunstâncias concretas que se apresentam, sendo certo que caberá ao magistrado autorizar ou não a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito. Deverá ele estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens ou interesses em vista do outro, conforme os valores de seu momento histórico, optando por tutelar o mais relevante.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit. p. 174.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 319.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o fenômeno da publicização do processo e a preocupação cada vez maior de que este realize a sua função social decorreu uma tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

Todos aqueles postulados tradicionais do processo sofreram uma releitura em seus conteúdos devido à nova perspectiva atribuída ao processo.

O direito evoluiu com o seu tempo, e, diante do cenário social-democrata em que vivemos não pode o juiz permanecer como mero espectador do duelo travado entre as partes, não pode ser taxado como mero funcionário do Estado, com o objetivo de declarar o vencedor na batalha judicial, devendo ter uma visão mais ampla do processo e do verdadeiro objetivo deste, efetivando ações que auxiliem a alcançar este objetivo, qual seja, a pacificação social com justiça.

Podemos perceber que a cada lei promulgada, os poderes conferidos ao julgador se ampliam, os conceitos apresentam-se mais vagos, permitindo maior amplitude interpretativa deste, que deverá auxiliar na busca da verdade.

Formas ficam mais flexíveis, surgindo o princípio da instrumentalidade, princípios, então absolutos, são repensados, e vão se definindo novos critérios para a realização da prova, sempre em busca da justiça efetiva.

Lembre-se, não basta a permanência do contraditório e ampla defesa porque o hipossuficiente, com certeza, não poderá manejar a prova da mesma forma que a parte mais forte na demanda, hipótese em que o julgador deverá fazer a sua parte, de modo a diminuir as diferenças entre pobres e ricos e digo mais, a desigualdade não se limita ao campo econômico, mas também cultural, nem sempre os litigantes têm o mesmo grau de instrução, de modo que a prova e o direito devem ser interpretados de acordo com as mazelas de cada um.

Importante ressaltar que a atividade instrutória oficial não se apresenta freqüente no cenário nacional, quer por comodismo dos julgadores, quer por carência de costume de assim proceder ou também pelo volume de serviço; no entanto, é necessário que se faça trabalho de conscientização, porque antes de funcionário o juiz é acima de tudo, agente social, devendo contribuir para os ideais buscados quando da prestação jurisdicional.

Percebemos que as regras do artigo 130 do CPC, que atribui amplos poderes instrutórios ao juiz e, a do artigo 333 do mesmo *codex*, que distribui o ônus da prova, não são incompatíveis, vez que esta última não se apresenta como uma limitação ao poder do juiz, pois sua incidência se verificará no momento do julgamento, destinando-se a orientar o julgador, na ora de proferir sua decisão, caso ainda haja algum fato não provado pelas partes ou por ele próprio.

Verificamos que à possibilidade ou não do aproveitamento de provas adquiridas com infringência a uma norma de direito material, é imprescindível que o magistrado se valha do princípio da proporcionalidade, que consiste num sopesamento dos interesses e valores constitucionais em conflito a fim de se poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado, sempre tendo em vista o interesse social.

Destarte, a mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, a atividade do juiz no processo também sofreu alterações, sendo que aquele julgador passivo, indiferente às desigualdades sociais, transforma-se em um agente estatal mais ativo, como um nivelador das desigualdades. Deve o magistrado participar ativamente da colheita de provas, atendendo aos poderes instrutórios que lhe foram atribuídos, propiciando sempre que possível um satisfatório esclarecimento dos fatos, de modo que uma decisão justa possa ser proferida, promovendo a pacificação social tão almejado pela atividade jurisdicional.

Concluo este trabalho citando Sidnei Agostinho BENETI:

Sabemos que a magistratura pode ser vista por diversas formas. O juiz é, por exemplo, profissional incumbido de realizar a justiça, em que pese, por vezes, o aparente esquecimento dessa verdade simples, devido à abstração da função imposta pelo tecnicismo e pelo formalismo processual. Também pode ser focado como guardião das garantias constitucionais, como cidadão atuante na estrutura social, como aplicador da lei, como crítico da lei que aplica o discreto contornador de iniquidade que a aplicação preguiçosa e não inteligente poderia acarretar, ou como agente de exigências de melhoria do sistema jurídico e social. cada uma dessas maneiras de ver o juiz leva a uma forma de ver a magistratura⁶¹.

⁶¹ BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 2 a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 09.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro**: A lealdade processual. RePro69/7. Ano 18, jan/mar 1993.

_____. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. São Paulo: RT, vol. 1, 2003.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. **Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In Temas de Direito Processual, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. In RePro 37/141, ano X, jan/março 1985.

_____. **O juiz e a prova**. In RePro35/179, julho/set/1984.

_____. **O julgamento e o ônus da prova**. In Temas de direito processual, São Paulo: Saraiva, 2ª série, p. 72/82.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 23ª ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo**. In Revista Brasileira de Processo civil, ago/1984.

_____. **O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. In RePro 41/07, jan/mar 1986.

_____. **Participação do juiz no processo civil.** Encontro “participação e processo”, São Paulo, 1987.

_____. **Por um processo socialmente efetivo.** In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – n. 11 – mai/jun/2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz.** 3ª ed, rev, atual e ampliada, São Paulo: RT, 2001.

BENETI, Sydney Agostinho. **Da conduta do juiz.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA JR, Dirceu Aguiar Dias. **O juiz cidadão Esboço de uma crítica.** In Revista Alter Agora, Florianópolis, n. 02, nov/1994.

COSTA, Susana Henriques da. **Os poderes do juiz na admissibilidade de provas ilícitas.** In Revista de Processo, n. 133, ano 31, mar/2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____.(co-autoria). **Teoria geral do processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A incistiva instrutória do juiz no processo penal acusatório.** In Revista Forense 347/3-10.

_____. **Provas ilícitas.** In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 16, Imprensa Oficial do Estado S/A, jun/1980.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** 2ª. ed. rev, atual e ampliada, São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Manual de processo de conhecimento**. 2ª ed. São Paulo:RT, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. Coleção Estudos de Direito de Processo. Enrico Tullio Liebman – vol 44, RT, 2001.

PASSOS, J.J. Calmon. **Instrumentalidade do processo**. In Revista Jurídica Consulex, ano VI, n. 128, p. 34/39.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro : Forense, VI, 1997.

PUOLI, José Carlos Batista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

RIGHI, Ivan Ordine. **Os poderes do juiz: jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, v. 169, 1993.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. In RePro 91/92, ano 23, julho/set 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso avançado de processo civil : teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Ônus da prova**. In Consulex, anoIX, n. 200, mai/2005.

_____. **Reflexões sobre o ônus da prova**. In RePro 76, out/dez 1994.