

JULIANA OLANDOSKI BARBOZA

INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E O ÔNUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Joaquim Roberto
Munhoz de Mello**

**Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz
Arenhart**

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA OLANDOSKI BARBOZA

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E O ÔNUS DA PROVA

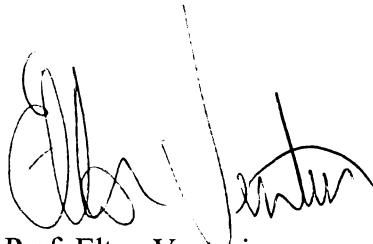
Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:



Orientador: Prof. Joaquim Roberto Munhoz de Mello



Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha



Prof. Elton Venturi

Curitiba, 10 de novembro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
1 EVOLUÇÃO DOS PODERES DO JUIZ	3
2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS	6
2.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO	6
2.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	9
2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL	10
3 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	12
4 ÔNUS DA PROVA	19
4.1 ÔNUS OBJETIVO	20
4.2 ÔNUS SUBJETIVO	22
5 CONFLITO ENTRE OS ARTIGOS 130 E 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	24
6 OBSTÁCULOS À AMPLIAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS	29
6.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO	29
6.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL	31
6.3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	32
7 ESTUDO JURISPRUDENCIAL	34
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	43

RESUMO

A sucessão dos Estados, em decorrência do transcorrer das fases históricas, refletiu-se no processo civil e nos poderes do juiz, ajustando-se estes ao modelo de Estado vigente. Com a evolução dos poderes do juiz, foi-lhe atribuída a iniciativa probatória, consubstanciada no Código de Processo Civil brasileiro no artigo 130. Para os doutrinadores tradicionais, tal iniciativa ofenderia princípios como o dispositivo, da igualdade e da imparcialidade. Já para a doutrina tradicional tal iniciativa vem a reforçar a busca pela verdade substancial e por um julgamento justo. A regra do artigo 130, devido à necessidade de um estudo sistemático do ordenamento, deve ser interpretada juntamente com o artigo 333 do *Codex*. Os tradicionalistas defendem que o processo deve ser orientado pelo artigo 333, usando-se o artigo 130 para os casos de inexistência ou de insuficiência de provas. Os autores modernos, por sua vez, entendem que o artigo 130 deve guiar o desenrolar processual, enquanto que o artigo 333 serviria como regra de julgamento nos casos em que não fosse possível ao juiz formar seu convencimento. Os juízes brasileiros, em que pese a discussão, têm feito uso da iniciativa instrutória, garantindo maior justiça às suas decisões

INTRODUÇÃO

O processo moderno procura solucionar litígios a luz da verdade real. Para isso, o Código de Processo Civil Brasileiro atribui ao juiz a direção do processo, assegurando-o competência para realização de atos processuais. Estas manifestações de poder que o Estado confere ao juiz, para dirigir e instruir o processo, são denominadas, genericamente, poderes do juiz. Sérgio Alves Gomes prefere denominá-los poderes-deveres do juiz. Poder porque é somente ao juiz que o Estado empresta autoridade para dirigir o processo e julgar o litígio; dever porque não pode eximir-se de praticar os atos que lhe competem.

Diversos são os poderes dos quais o juiz é investido, porque diversas também são as atividades por ele desenvolvidas no decorrer da relação processual. Diante desta multiplicidade, a doutrina procurou classificar os poderes judiciais. Moacyr Amaral Santos os classificou em poderes jurisdicionais e poderes de polícia. Cintra, Grinover e Dinamarco, por sua vez, os classificaram em poderes administrativos ou de polícia e poderes jurisdicionais, que se subdividem em poderes-meio e poderes-fim. Os poderes administrativos ou de polícia são exercidos com o objetivo de evitar perturbação no processo e assegurar a ordem e o decoro necessários para seu desenvolvimento. Os poderes jurisdicionais são aqueles exercidos no próprio processo, a fim de impulsionar seu desenvolvimento. Os poderes-fim, por sua vez, compreendem os decisórios e os de execução. Já os poderes-meio abrangem os poderes ordinatórios, que se referem ao simples andamento processual, e os instrutórios, que dizem respeito à formação do convencimento do magistrado.

Os poderes instrutórios do juiz, nas palavras de Vicente MIRANDA, consistem na “sujeição de todos ao dever de colaboração com o poder Judiciário para a produção das provas, na admissão ou não das provas requeridas, na direção da produção das provas deferidas, na valoração das provas produzidas e na determinação de ofício de produção probatória”¹.

¹ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 207.

No presente trabalho faz-se o estudo do poder instrutório que possibilita ao juiz a determinação de ofício de produção de provas. Vicente Miranda denomina tal poder de “poder de iniciativa oficial” e relaciona suas características: *excepcionalidade, complementaridade* em relação às partes, *não sujeito a preclusividade e restrito ao tema probatório delimitado* pelo litígio trazido a juízo.

Nesse intento, dividiu-se a monografia em sete capítulos. No primeiro deles, estuda-se brevemente a evolução dos poderes do juiz, fazendo-se uma relação entre o modelo de Estado vigente em determinado período histórico e os poderes por ele outorgados ao juiz. No segundo capítulo, abordam-se os princípios processuais que estão intimamente conectados aos poderes instrutórios do juiz, quais seja, os princípios do dispositivo, da imparcialidade, da igualdade. No terceiro, dirige-se a atenção à iniciativa probatória do juiz e os temperamentos que possa vir a sofrer em decorrência dos casos concretos. No quarto capítulo, cuida-se do ônus da prova, estudando-se suas duas facetas: o ônus subjetivo e o ônus objetivo. Já no quinto capítulo faz-se um estudo relacionando a regra que estabelece iniciativa probatória ao juiz e a regra do ônus da prova. No capítulo sexto, por sua vez, são apontadas restrições que a doutrina coloca a uma maior iniciativa probatória do juiz. Por fim, no último capítulo, colacionam-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná e apontam-se algumas das causas da pouca utilização da iniciativa probatória pelos magistrados brasileiros.

Nessa linha desenvolver-se-á o presente estudo acerca da iniciativa probatória do juiz e o ônus da prova, sem nunca ter o intuito de esgotar o assunto.

1 EVOLUÇÃO DOS PODERES DO JUIZ

No decorrer dos tempos, a esfera dos poderes do juiz foi ampliada e restringida acompanhando o modelo de Estado que vigia, de modo que, por meio da análise do exercício da função do magistrado, dos poderes que lhe são outorgados e das limitações que lhes são impostas é possível identificar qual o modelo de Estado adotado por uma nação.

No Estado liberal clássico, em que predominava o *laissez faire, laissez passer*, a intervenção na esfera particular era mínima. Tal abstenção implicou uma postura inerte por parte do juiz, ficando o processo nas mãos das partes. No direito então vigente, o juiz não podia determinar produção de provas *ex officio*, devendo limitar-se ao alegado e provado pelas partes, ainda que soubesse que “a verdade dos fatos estava sendo construída pela astúcia ou em virtude de maior habilidade de uma das partes”².

Com a transição para o Estado social, fase em que o Estado passou a intervir de forma mais significativa em todas as esferas da sociedade objetivando o bem-estar social, verificou-se uma enérgica participação do juiz no processo, aumentando-se seus poderes a fim alcançar um processo mais justo.

Hodiernamente, o juiz tem o poder de direção (de ordenar o processo) e poderes instrutórios, dentre os quais determinar de ofício produção de provas.

No direito brasileiro, tem-se que as Ordenações determinavam que o magistrado julgasse “segundo o que (se achasse) provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser contrário do que no feito (foi) provado”³. Havia algumas exceções a essa regra, como no caso em que, produzidas as provas pelas partes e estando os autos conclusos para sentença, o juiz podia abrir conclusão para se inteirar da verdade, mandando proceder qualquer diligência que lhe parecesse adequada. Moacyr Amaral Santos, sobre essa fase do

² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 58.

³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva. 1983. p. 109.

direito pátrio, concluiu que o sistema processual era fundado no princípio de disposição de partes, sendo a iniciativa probatória judicial meramente supletiva a dos litigantes.

Como reação à posição inerte do juiz, e acompanhando a tendência dos direitos austríaco, alemão e húngaro, brotaram as idéias de Alexandre Gusmão. Para ele “o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”⁴. Assim, competiria ao juiz apurar a verdade dos fatos chamando para si o ônus do qual a parte não quis, não soube ou não pode aproveitar.

O Código Civil de 1939 adotou as idéias de Gusmão, conforme se depreende de sua Exposição de Motivos:

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, cingido 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 (...).

Entretanto, embora o Código de 1939 tenha explicitado o aumento de poderes do juiz, a doutrina mostrava-se obstinada em afirmar que os poderes instrutórios do juiz no referido Código de Processo Civil eram meramente supletivos. Colocava que os poderes instrutórios atribuídos pela regra do art. 117 desse diploma legal, pela qual poderia o juiz ordenar em decisão motivada as diligências necessárias à instrução do processo, a requerimento das partes ou *ex officio*, representariam idéias autoritárias no processo.

O atual Código de Processo Civil estabelece como regra geral, em seu art. 130, que caberá “ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas

⁴ Moacyr Amaral SANTOS, **Prova judiciária no cível e no comercial**, p. 111.

necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Além da regra geral, há regras específicas que têm por fim “explicitar o poder de iniciativa conferido ao órgão judicial e regular por miúdo o modo de exercê-lo, não a de restringi-los aos casos expressamente indicados”⁵. São exemplos as regras que permitem ao juiz determinar de ofício realização de perícia (art. 331), as que tratam da determinação do comparecimento pessoal das partes, a qualquer tempo do processo, a fim de que o juiz possa interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342), da exibição de documento ou coisa que esteja em poder de uma das partes (art. 355), da requisição às repartições públicas de certidões e procedimentos administrativos (art. 399), da inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas (art. 418), a inspeção de pessoas ou coisas para esclarecimento de fato relevante à solução da causa (art. 440)⁶.

A tendência atual é no sentido de ampliar as iniciativas probatórias do juiz, haja vista o fenômeno da publicização do processo, que atenuou seu caráter privatístico e dispositivo.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 50

⁶ Esses exemplos são trazidos por Roberto Munhoz de MELLO, em seu trabalho “(Supostas) Restrições aos poderes instrutórios do juiz” (não publicado) e por Barbosa MOREIRA no texto “Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo” (In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984).

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Importante se mostra, no início deste trabalho, fazer um estudo acerca dos princípios processuais que estão intimamente conectados com os poderes instrutórios do juiz.

Dentre os diversos princípios que guiam o direito processual civil, tratar-se-á somente do princípio dispositivo, do princípio da igualdade processual, do princípio da imparcialidade⁷. Em que pese todos os princípios tenham o mesmo valor e importância, observa-se que os princípios enumerados são aqueles que mais frequentemente a doutrina aponta como restrições à atividade instrutória do magistrado.

Neste capítulo serão abordados os conceitos e a noção trabalhada pela doutrina a respeito desses princípios. As eventuais restrições por eles impostas aos poderes instrutórios do juiz serão analisadas em capítulo a parte, dada a sua importância para o tema.

2.1 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

No que diz respeito à questão da distribuição dos poderes, ou atividades, entre parte e Juiz, diferenciam-se os processos, conforme prevaleça o exercício de poderes de ofício ou não, em inquisitivo e dispositivo. No processo civil brasileiro, conforme afirma DALL'AGNOL, “a prevalência é dada ao dispositivo”⁸.

Tradicionalmente, conceitua-se o princípio dispositivo como aquele segundo o qual o “Juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”⁹.

⁷ Adota-se a estrutura de José Roberto BEDAQUE, o qual discorre apenas sobre estes três princípios em sua obra (**Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

⁸ DALL'AGNOL, Antonio, v. 2: Do processo do conhecimento, arts. 102 a 242 In: SILVA, Ovídio Baptista da (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2 ed. revista. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. p. 47

O brocardo latino *iudex iudicare debet allegata et probata partium* bem traduz o ponto de vista tradicional acerca do princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz somente pode julgar de acordo com o alegado e provado pelas partes.

Na doutrina estrangeira, Liebman sustentou que o princípio dispositivo “consiste nella regola che il giudice dipende, nell’istruzione della causa, dall’iniziativa delle parti, dovendo porre a fondamento della decisione le prove offerte o proposte da esse”¹⁰.

A visão tradicionalista na doutrina nacional é representada por Frederico Marques, que sustenta que o princípio dispositivo restringe a participação do juiz na atividade instrutória, dando prioridade às partes quando se tratar de direito disponível. Moacyr Amaral SANTOS também adota este posicionamento, advogando que “a proposição das provas é ato da parte, por excelência”¹¹.

No entanto, essa idéia de princípio dispositivo, paulatinamente, foi sendo mitigada, tendo em vista a feição publicista que processo adquiriu com o decorrer do tempo.

A doutrina tedesca, acompanhada pela doutrina italiana, propôs a cisão deste princípio em dois fenômenos: propositura da demanda e a estrutura interna do processo. Conforme expõe Barbosa MOREIRA, ganhou espaço na doutrina a “tendência a distinguir duas classes de problemas: uma relacionada com a liberdade do titular de direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes”¹². De acordo com essa divisão, a antiga máxima latina dividir-se-ia em *probata e allegata*. Colocou-se uma cisão entre alegar e provar, diante da qual a doutrina passou a subdividir o princípio do dispositivo.

Arruda ALVIM desdobrou-o em três subprincípios:

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, apud MELLO, estudo citado, p. 6.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e no comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1, p. 241.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, São Paulo, n. 41, p. 9, 1986.

a) subprincípio do impulso processual das partes - esta é que, mediante a demanda, instaura o processo, iniciando-se assim o procedimento; b) aquele subprincípio normalmente enunciado em latim ‘ne eat iudex ultra petita partium’, ou também, ‘sententia debet esset conformis libello’, significa que a parte além de iniciar procedimentalmente o processo, é que lhe dá o conteúdo jurídic-substancial, o qual por sua vez vinculando o magistrado, se projeta na sentença; c) ainda, ao lado do dever do juiz de atender ao pedido das partes, depende o juiz da prova produzida pela parte interessada não podendo decidir prescindindo da prova dos autos (...)¹³.

Cappelletti¹⁴ colocou cinco formas de manifestação: a) princípio da demanda; b) princípio da exceção; c) *ne eat iude ultra petita partium*; d) princípio da impugnação privada da sentença e e) princípio da disponibilidade privada do processo. Segundo esse autor italiano, a moderna configuração do princípio dispositivo significa que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz. Admite ele, quanto à iniciativa das provas, que o juiz determine diligências necessárias à integral apuração dos fatos e que exerça um poder de intervenção, de estímulo, no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições.

Alguns doutrinadores seccionaram este princípio em princípio dispositivo e princípio da demanda. Resguardaram a denominação “princípio dispositivo” para o fenômeno da estrutura interna (*probata*) do processo e vincularam a propositura da demanda ao princípio da demanda.

José Roberto dos Santos BEDAQUE reservou a denominação princípio dispositivo aos “reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo”¹⁵.

Luiz Guilherme MARINONI¹⁶, defendendo idéia semelhante, adverte que o princípio dispositivo não tem relação nenhuma com a estrutura do processo, quanto menos com o seu aspecto interno, a instrução da causa. Bedaque, por sua vez, afirma que o princípio dispositivo apenas expressa as limitações impostas ao juiz decorrentes da disponibilidade do direito. Para ele, essas limitações “são poucas, pois se referem

¹³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 114-115.

¹⁴ CAPELLETTI, Mauro, apud MOREIRA, Os poderes do juiz, p. 85-88.

¹⁵ BEDAQUE, op. cit.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível”. Continua o raciocínio dizendo que “as demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material”, não decorrendo, assim, do princípio dispositivo.

Desta forma, compreende-se o princípio dispositivo como aquele que veda ao juiz dar início ao processo e que o vincula ao pedido do autor e às alegações das partes. Segundo Barbosa MOREIRA, a concepção deste princípio que parece ser a mais correta é aquela que abrange tão somente a possibilidade de as partes praticarem atos de disposição no curso do processo, em virtude da disponibilidade do direito posto em causa. A nova feição do princípio dispositivo traduz-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado¹⁷.

2.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O princípio de imparcialidade é uma garantia de justiça para as partes. Impossível se mostra separar do órgão jurisdicional o seu caráter de imparcialidade. Conforme ensina Candido Rangel DINAMARCO¹⁸, a primeira condição para que o juiz exerça a sua função dentro do processo é colocar-se entre as partes e acima delas.

A imparcialidade significa que o juiz deve exercer a sua função jurisdicional de forma equidistante às partes e proporcioná-las iguais oportunidades de manifestação no processo, analisando as suas alegações de forma isonômica e não as diferenciando em decorrência de elementos não previstos no ordenamento jurídico.

¹⁷ BARREIROS, Otacilio José. **O papel do juiz no processo civil moderno**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2004. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/justitia>. Acesso em 10 maio 2004.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

O professor Eduardo TALAMINI considera que “a imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades aos litigantes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos- e cessa aí”¹⁹.

Por fim, José Roberto BEDAQUE defende que para que haja a imparcialidade do órgão jurisdicional, basta que se observe os princípios do contraditório e a motivação das decisões²⁰.

2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

A Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, prevê a igualdade de todos perante a lei. Deste dispositivo, nasce a igualdade perante o juiz. Conforme Cândido DINAMARCO, “da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual”²¹. O Código de Processo Civil detalhou a norma constitucional em seu art. 125, inciso I, dispondo que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

José Afonso da Silva²² preceitua que o princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois prismas: como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei e como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações desiguais por parte da Justiça. Para o presente trabalho interessa o primeiro prisma.

Importa observar que a igualdade garantida pela lei, de forma negativa e formal, de nada serve diante da desigualdade de condições apresentadas pelas partes diante do processo. Faz-se necessário uma igualdade material que indique um

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 91, p. 107, jul-set 1998.

²⁰ BEDAQUE expõe que “juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter a sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja reprodução nos autos se faz mediante provas. Não importar quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos”. (Op. cit., p. 83.)

²¹ CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 53.

²² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 221.

tratamento igual aos substancialmente iguais, e desigual aos desiguais. É este o novo sentido do princípio da igualdade. Importante é, como ensina José Afonso da SILVA, “buscar a igualização de condições dos desiguais”.

3 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

A iniciativa probatória do juiz, no ordenamento jurídico brasileiro, está consubstanciada no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual traz a regra de que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Este dispositivo legal resulta da transição do liberalismo individualista para o Estado de Direito Democrático, cuja reflexão no plano processual pode ser traduzida no fenômeno da intensificação da atividade do juiz, ou, nas palavras de Fritz BAUR²³, em uma atividade mais decisiva e mais significativa por parte do juiz. Para alguns doutrinadores, a iniciativa que se confere ao juiz no dispositivo em análise é meio hábil e contundente para atenuar as inferioridades ligadas à carência de recursos, de informações e a impossibilidade de obter patrocínio de advogados mais experientes, mais capazes e mais interessados. Enfim, o artigo 130 é um instrumento que tem o juiz para fazer cumprir a finalidade social do processo.

Importante frisar, todavia, que o papel mais ativo que este dispositivo legal confere ao juiz não traz como consequência o autoritarismo ou paternalismo (juiz como tutor da parte), tampouco diminui a importância da atividade das partes no processo. Postas essas idéias preliminares, passa-se à análise da regra.

A regra prevista no artigo 130, segundo Antonio DALL'AGNOL, adota o princípio da investigação (*Verhandlungsmaxime*), que se contrapõe ao princípio do debate, afastando o direito brasileiro da idéia de que a iniciativa das provas incumbe exclusivamente às partes.

Não se pode concluir desta assertiva que o direito brasileiro pendeu para o lado de entregar ao juiz todo o poder inquisitório. Não é esse o sentido da regra em comento. Como bem ponderou Pontes de Miranda, se este fosse o raciocínio, pecar-se-ia “pela entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de

²³ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 27, p. 186-199, 1982

civilização, não ousaram reeditar desde séculos²⁴”. No entanto, aponta o mesmo autor que o raciocínio oposto também não serviria. Subordinar o juiz à prova dos autos, sem qualquer iniciativa no campo probatório seria insuficiente para cumprir a importante finalidade social que se atribui ao processo.

Em face desses problemas, optou o legislador brasileiro por uma solução intermediária: atribuir iniciativa probatória ao juiz sem o tornar um inquisidor, ou nos dizeres de João Batista LOPES, em um investigador de provas. Entre o *juiz espectador, o juiz ditador e o juiz diretor do processo*²⁵, o legislador pátrio optou pelo último, posicionando-se de forma eclética.

Conforme ensinamentos de Antonio Carlos de Araújo Cintra a primeira iniciativa probatória cabe às partes, haja vista que elas estão mais próximas dos fatos litigiosos e de suas circunstâncias, tendo muitas vezes participado diretamente nos fatos, e também porque têm grande interesse de persuadir o juiz da veracidade de suas informações. O poder de iniciativa do juiz seria supletivo ao das partes, tendo lugar apenas em relação às provas a respeito das quais as partes não se adiantaram. Celso Agrícola Barbi acompanha esse entendimento, acrescentando que a iniciativa das partes é ainda mais notória quanto às provas documentais e testemunhais. Theodoro Júnior, por fim, pondera que os poderes do juiz não são ilimitados, pois na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz. Para esses autores a iniciativa probatória do juiz tem caráter subsidiário, ganhando importância na medida em que deixarem as partes de exercer sua atividade instrutória.

Barbosa Moreira, por outro lado, entende que a iniciativa probatória do juiz é complementar à iniciativa das partes, havendo entre partes e juiz uma relação de colaboração. Este também é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, que

²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 2, arts. 46-153, p. 397.

²⁵ Termos de Alcalá-Zamora di CASTILLO, apud Sérgio Alves GOMES (**Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**). Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 243.

coloca que a atividade probatória deve ser exercida pelo magistrado juntamente com as partes, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.

Questiona-se quais os meios de prova podem ser produzidos por provocação judicial. De acordo com Fritz BAUR²⁶, o juiz pode servir-se de ofício de todos os meios de prova, com exceção da prova testemunhal. O Código de Processo Civil, no entanto, não traz nenhuma limitação.²⁷ Celso Agrícola Barbi explica que o texto do Código é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode determinar de ofício. Segundo ele, o referido diploma legal atendeu o sentimento dos magistrados de que não é possível permanecer na inércia e propiciou meios para que eles possam completar sua convicção a fim de decidir com tranquilidade e consciência.

Em que pese a falta de limites explícitos no Código de Processo Civil quanto aos meios de prova, é possível deduzir algumas restrições do texto do artigo 130. Dispõe este artigo que o juiz deve determinar a realização das provas necessárias à instrução do processo. Pontes Miranda aponta que são **necessárias** todas as diligências que as partes poderiam pedir. A jurisprudência manifesta-se entendendo que, sendo o juiz destinatário da prova, cabe a ele aferir a necessidade ou não de sua realização. Sérgio Alves GOMES, por sua vez, defende que “a prova será necessária quando a sua presença nos autos for capaz de influir na formação do convencimento do juiz, de modo a levá-lo a decidir com base na referida prova”²⁸, isto é, quando for relevante.

A iniciativa instrutória do juiz, assim como a iniciativa das partes, subordina-se, ainda, ao critério de utilidade e celeridade processual. As iniciativas judiciais não podem ser inúteis nem meramente protelatórias. O saudoso mestre Pontes de MIRANDA já sustentava que as partes poderiam recorrer das decisões do juiz fundamentadas no art. 130 quando essas lhes cerceassem a defesa, seja porque a

²⁶ BAUR, op. cit., p. 192.

²⁷ “Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização” (TFR-5ª Turma, Ag. 51.774-MG, rel. Min Geraldo Sobral, j. em 27.02.1989) (apud NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227).

²⁸ GOMES, **Os poderes do juiz na direção ...**, p. 251.

diligência requerida pelo magistrado não se mostrou útil ou seja porque foi requerida com intuito meramente protelatório²⁹.

João Batista LOPES examinou a regra do artigo 130 e procurou demonstrar seu significado em relação aos meios de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Em seus estudos “Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC” expressou o entendimento de que o poder, decorrente do artigo 130, de determinar de ofício as provas necessárias não alcança as provas documentais ou testemunhais. Afirmou que o arrolamento de testemunhas constitui um ônus das partes, não podendo o juiz interferir. Concluiu, por fim, que o artigo 130 tem pouca importância em relação à prova documental, testemunhal e depoimento pessoal, mas que adquire indescritível importância no tangente à prova pericial.

A restrição da iniciativa do juiz a provas documentais e testemunhais é vista de forma diferente por Sérgio Alves GOMES. Sustenta ele que a iniciativa do juiz é ampla em todos os meios probatórios.

Em relação à prova testemunhal, Gomes expõe que cabe ao juiz determinar, de ofício, a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas, quando entender necessárias e a parte não tiver requerido (artigo 418, inciso I, Código de Processo Civil). Pode também determinar a acareação de testemunhas (artigo 418, inciso II).

No que diz respeito à prova documental, entende este autor que é possível que o juiz determine a exibição de documentos ou coisa (artigo 355), a exibição integral de livros comerciais (artigos 381 e 382), a requisição a repartições públicas de certidões necessárias à prova das alegações das partes e dos procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta (artigo 399).

Quanto à prova pericial, o juiz pode determinar de ofício a sua realização, não tendo as partes o direito de recorrer desta decisão.³⁰

²⁹ Pontes de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 2, arts. 46 a 153, p. 398.

³⁰ *Ibid.*, p. 399.

Por fim, é possibilitado ao juiz determinar *ex officio* o comparecimento das partes a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (artigo 342) e inspecionar pessoas ou coisas (artigo 440).

João Batista LOPES³¹ advertiu que esses poderes não decorrem do artigo 130, mas de outros dispositivos Código de Processo Civil. Porém, certo está Barbosa Moreira³² ao lembrar que as regras específicas previstas no Código apenas explicitam o que já é permitido no artigo 130.

A revelia, de acordo com BEDAQUE³³, não impede a iniciativa probatória do juiz. Explica ele que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor vêm sendo abrandada, pelo que é possível admitir iniciativa oficial no campo probatório quando os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis. Outro não é o entendimento de Pontes de Miranda para quem “não preexclui o poder que tem o juiz, em virtude do art. 130, 1ª parte, o fato de não ter sido contestada a lide ou ter corrido a revelia”³⁴.

Barbosa MOREIRA³⁵ atenta para o fato do poder de ordenar de ofício a realização de provas subsistir íntegro ainda que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte. Posicionou-se desta forma escorado na não preclusividade da iniciativa probatória oficial. Quanto a esse aspecto, cabe mencionar que pode o juiz revisar *ex officio* a decisão que indeferiu pedido de provas formulado pelas partes.

Vicente MIRANDA³⁶ aponta como uma das notas características da iniciativa oficial a não preclusividade. Defende que a iniciativa *ex officio* tem lugar em qualquer fase do procedimento, na primeira e na segunda instâncias. Sustenta que esta não-preclusividade assenta-se na razão óbvia de que a necessidade de produção de outras provas poderá surgir em qualquer fase do processo. Desta forma, conclui que o juiz poderá converter, de ofício, o julgamento em diligência para a efetivação de

³¹ LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, p. 43-44, 1995.

³² MOREIRA, Função social do processo civil moderno, p. 53.

³³ BEDAQUE, op. cit.

³⁴ Ibid., p. 399.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 57.

³⁶ Vicente MIRANDA, op. cit., p. 207.

provas necessárias à instrução da causa. Pontes de MIRANDA, na mesma linha, afirmou que “a atividade do juiz, conforme o art. 130, não está limitada no tempo, ao momento de saneamento do processo, nem até ele, inclusive³⁷”. Alertou, porém, que o proferimento da sentença ou do acórdão impede tal atividade.

No que diz respeito à cognição pela instância superior, Pontes de MIRANDA³⁸ posiciona-se no sentido de que qualquer ato do juiz de primeiro grau que tenha sido praticado conforme o art. 130 deva ser apreciado pelo Tribunal. Porém, quanto a essa possibilidade da segunda instância examinar os atos do juiz *a quo*, distingue duas situações. Na primeira delas, não caberia agravo das partes, nem poderia a instância superior corrigir, o ato do juiz que determinou diligências que foram realizadas e se integraram ao processo. Isso porque foi um ato que apenas acrescentou ao processo, em nada prejudicando as partes. A outra situação seria aquela em que o juiz indeferiu diligências pedidas, ou cerceou, de qualquer modo a defesa. Nesta hipótese seria possível que as partes agravassem e, então, a instância superior teria de decidir, se andou bem, ou não, o juiz em indeferir. Todavia, entende Pontes que, ainda que não tenha havido agravo, os juízes de segunda instância não ficariam privados de usar do poder que lhes confere o art. 130, o qual independe de qualquer comunicação de vontade da parte contrária ou da parte interessada na prova.

Outro não é o entendimento da jurisprudência, que expõe que os julgadores de segunda instância, assim como os de primeira, têm o direito de formar a sua convicção em todas as questões que lhes são postas, tendo, assim, o direito de converter o julgamento em diligência sempre que entenderem necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhes é posta³⁹.

Qualquer que seja a instância, deve a decisão que determina diligência ser fundamentada. A fundamentação, para Pontes de MIRANDA⁴⁰, é necessária para

³⁷ Pontes de MIRANDA, op. cit., p. 399.

³⁸ Ibid., p. 401.

³⁹ Lex JTA 141/257 (NEGRÃO, op. cit., p. 227).

⁴⁰ Pontes de MIRANDA, op. cit., p. 399.

evitar que fique no foro íntimo do juiz a razão do uso da atividade do art. 130 do Código de Processo Civil.

A doutrina aponta também como limitação à iniciativa probatória do juiz o tema probatório. Pontes de MIRANDA⁴¹ preceituou que não é possível que o juiz vá além do tema probatório. Vicente MIRANDA⁴² também assim se pronuncia ao afirmar que o poder de iniciativa oficial há que se restringir ao tema probatório delimitado pelo litígio trazido a juízo.

Por fim, cumpre citar que parte da doutrina vê na natureza da relação jurídica posta em causa uma limitação à iniciativa instrutória do juiz. Para alguns autores, a exemplo de THEODORO JUNIOR⁴³ e Frederico MARQUES⁴⁴, essa iniciativa oficial variaria conforme a natureza do direito em discussão. No entanto, como bem pondera BEDAQUE⁴⁵, não se pode aceitar essa ligação tão estreita entre relação processual e substancial, embora entenda ele que a natureza jurídica da relação repercute nos atos pertinentes às partes. O principal argumento a rechaçar essa suposta limitação decorrente da natureza da causa é a finalidade pública e indisponível que tem o processo, qual seja, a manutenção da ordem jurídica e a promoção da paz social.

De todo o exposto, possível inferir que o ordenamento jurídico brasileiro permitiu amplas iniciativas do juiz no campo probatório a fim de que se chegue o mais próximo possível da verdade material, para que se profira um julgamento justo.

⁴¹ Pontes de MIRANDA, op. cit., p. 397.

⁴² Vicente MIRANDA, op. cit., p. 207.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.380.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 1999. p. 350.

⁴⁵ BEDAQUE, op. cit., p. 70-71.

4 ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil Brasileiro cuidou do ônus da prova em seu artigo 333, assim dispondo:

O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I- recair sobre direito indisponível da parte;

II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O princípio geral consubstanciado nessa norma, conforme Pietro Castro⁴⁶, é que “a cada uma das partes cabe alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável”. Ao autor incumbe o ônus de afirmar e provar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que ao réu imputam-se os ônus relativos à norma que lhe é favorável, ou seja, dos fatos que se apresentem impeditivos da produção de efeitos da norma favorável ao autor, ou dos que venham a extinguí-los.

Para o presente trabalho, importa estudar a dupla função exercida por esta regra na estrutura processual. O ônus da prova pode ser útil como regra de procedimento, bem como pode exercer papel de regra de julgamento. O primeiro fenômeno é denominado pela doutrina de **ônus subjetivo**, enquanto que o segundo convencionou-se chamar de **ônus objetivo**.

Munir KARAM⁴⁷ é um dos autores que estuda a regra do ônus da prova nessa perspectiva. Segundo ele, o ônus da prova exerce papel de regra de conduta às partes, posto que determina quais os fatos que a cada uma interessa provar, a fim de que se tornem certos e fundamentem a sua pretensão ou exceção, como também

⁴⁶ CASTRO, Pietro, apud MARQUES, op. cit., p. 352.

⁴⁷ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, n. 14, 1978. p. 41-44, 1978.

funciona como regra para o juízo, indicando ao juiz como sentenciar quando não encontre a prova dos fatos relevantes.

A seguir, faz-se um breve estudo dos aspectos objetivo e subjetivo da regra do ônus da prova no intento de obter subsídios para estabelecer uma relação entre a iniciativa probatória do juiz e o ônus da prova.

4.1 ÔNUS OBJETIVO OU REGRA DE JULGAMENTO:

A regra do ônus da prova ganha importância como regra de julgamento na medida em que se presencia um sistema de caráter publicístico. Sabe-se que em determinado momento da civilização romana era dada ao juiz a possibilidade de eximir-se de julgar, pronunciando um *non liquet*, quando não estivesse convencido acerca de aspecto fático que determinava a causa. Porém, o *non liquet* somente faz sentido em um Estado em que o juiz exerça uma função privada e as partes sejam as encarregadas da direção do processo. A partir do momento em que o Estado proibiu a ação privada como modo de solucionar conflitos e chamou para si a responsabilidade de resolvê-los, restou inimaginável o juiz deixar de decidir.

Há três situações em que pode o magistrado, mesmo depois de transcorrida a instrução probatória, não formar um convencimento em relação a determinado fato controverso que constitui a questão a ser decidida: a) inexistência de prova, verificada quando não foi carreada aos autos qualquer prova em relação ao fato controverso, b) insuficiência de provas, quando as provas se mostram insuficientes para formação de um juízo de verossimilhança, e c) não produção de prova específica exigida por lei.

Na primeira situação enumerada, as partes não trouxeram aos autos qualquer prova acerca do fato discutido. Não há sequer indício de prova a informar o juiz sobre os fatos narrados. Já na segunda hipótese, existem provas nos autos, porém essas não são o bastante para que o juiz forme seu convencimento. No último caso citado, uma prova imposta pela lei deixou de ser produzida.

Nesses três casos mencionados o juiz estará em situação difícil, pois terá o dever de proferir decisão, ainda que não tenha conseguido formar seu convencimento.

Com o fim de solucionar tal impasse incidem as normas do ônus da prova. Parte da doutrina, como Leo ROSENBERG, assevera que tais regras somente incidem quando um fato importante para a solução da lide não se esclareceu, mesmo após a fase instrutória⁴⁸.

As regras do ônus da prova constituem, como bem colocado por Bedaque⁴⁹, a última saída para o juiz, dando ao magistrado um norte para formar seu convencimento e proferir decisão que solucione o conflito.

Uma vez verificada uma das situações acima explanadas, isto é, observando o juiz que um fato importante para o julgamento da demanda não foi provado, deve-se questionar a quem cabia produzir a prova faltante. Se a prova for referente a fato constitutivo de direito, imputa-se o descumprimento do ônus da prova ao autor, decidindo-se em seu desfavor. De outro lado, estando omissa prova acerca de fato que extinga, modifique ou impeça o direito do autor, o julgamento deve dar-se em prejuízo do réu.

Neste sentido, a lição de Barbosa MOREIRA: “(...) as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultaram provados. (...) Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição das provas.”⁵⁰

Infere-se, deste ensinamento, que o juiz examinará, ao final da fase instrutória, quais fatos resultaram ou não provados. Observando-se que restou provado, não deve o juiz questionar quem trouxe as provas ao processo. Pouco importa

⁴⁸ “Las reglas relativas a la carga de la prueba solo son aplicables cuando una circunstancia de hecho discutida ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para aplicación del concepto jurídico en cuestión”. (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa América, 1956. p. 8.)

⁴⁹ BEDAQUE, op. cit., p. 88.

⁵⁰ João Batista LOPES, por outro lado, expõe em seu estudo “Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional” (**Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 24-67, 1984) que as regras sobre o ônus da prova só incidem quando houver inexistência ou insuficiência de elementos probatórios para o convencimento do juiz.

para a solução da demanda se um fato constitutivo restou demonstrado por uma prova trazida pelo réu, ou se um fato extintivo provou-se por prova trazida pelo autor. Assim também entendem ARENHART e MARINONI:

Non há como vincular o êxito da causa à proveniência da prova, uma vez que, conforme demonstrado, o juiz pode determinar a prova de ofício. Ademais, figurando o princípio da aquisição processual das provas, o juiz pode se valer de qualquer prova produzida, não importando se um fato constitutivo resta demonstrado por uma prova produzida pelo réu, ou se, ainda, por exemplo, um fato impeditivo é demonstrado por uma prova produzida pelo autor.⁵¹

A respeito do ônus objetivo da prova, conclui Antonio Carlos de Araújo CINTRA que “as normas de distribuição do ônus da prova constituem regra de julgamento destinada ao juiz que estiver em estado de perplexidade irreduzível na reconstituição dos fatos da causa⁵².” Carnelutti⁵³ prossegue e afirma que o ônus da prova não é instituto probatório, posto que incide nos casos em que a prova não funciona. Segundo ele, o ônus da prova refere-se a problema de aplicação do direito.

4.2 ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA (REGRA DE PROCEDIMENTO):

Embora alguns doutrinadores defendam que o ônus da prova exaure-se na regra de julgamento, grande parte da doutrina continua a sustentar que ele também desempenha uma função de regra de procedimento, dando parâmetros para a atividade probatória desenvolvida pelas partes. Este aspecto do ônus da prova já foi mais importante e aplicado no processo civil, porém, em decorrência da publicização do processo civil, da nova configuração do princípio do dispositivo e do aumento dos poderes instrutórios do juiz, sua importância e aplicação foram sensivelmente reduzidas.

O ônus subjetivo da prova pode ser definido como as regras do ônus da prova que se destinam aos litigantes “do ponto de vista de como devem se comportar,

⁵¹ ARENHART; MARINONI, op. cit., p.203.

⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973)**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4, p. 20.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco, apud CINTRA, op. cit., p. 20.

à luz das expectativas que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória⁵⁴”. Frederico Marques, que reconhece também a função objetiva do ônus da prova, prefere afirmar que os princípios sobre ônus da prova orientam a atividade processual das partes, mostrando-lhes “a necessidade jurídica de serem diligentes, se pretendem evitar prejuízos e inconvenientes”⁵⁵.

O ônus da prova como regra de procedimento informa às partes quais as provas devem produzir a fim de que logrem comprovar suas afirmações e obtenham um pronunciamento judicial favorável. Todavia, tal informação pode também decorrer do ônus objetivo. Conforme exposto, o ônus da prova como regra de julgamento somente é utilizado ao final da demanda, quando algum fato importante para a formação do convencimento do magistrado acerca da lide não restar provado. Assim, sabendo as partes de antemão que uma omissão na fase instrutória do processo poderá resultar no não provimento da demanda, ficam elas mais atentas e empenhadas no que diz respeito à produção de provas.

Neste raciocínio, conclui-se que a regra do ônus da prova em seu aspecto subjetivo não tem o condão de, por si só, determinar as provas a serem produzidas por cada parte no processo. A regra de procedimento atua como reflexo do ônus objetivo da prova motivando as partes a serem mais diligentes na fase instrutória.

⁵⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 475.

⁵⁵ MARQUES, op. cit., p. 352.

5 CONFLITO ENTRE OS ARTS. 130 E 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973 previu iniciativa probatória para as partes e para o juiz. Tais iniciativas foram consubstanciadas nos artigos 333 e 130, respectivamente.

O artigo 130 do Código de Processo Civil consolidou os poderes do juiz na direção do processo e outorgou-lhe poder de iniciativa probatória. Com fundamento nesse artigo, é possível que o juiz determine *ex officio* a produção de uma prova que lhe pareça necessária para o esclarecimento de um fato alegado.

Por sua vez, o artigo 333, como já explicado, é regra que, em seu aspecto subjetivo, distribui o ônus da prova, isto é, o encargo que têm as partes de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse.

Uma interpretação sistemática aponta a necessidade de a regra do artigo 130 ser compreendida simultaneamente à regra do ônus da prova, pois, como alerta João Batista LOPES, “o preceito do art. 130 não está isolado no Código, mas deve ser interpretado em combinação com o art. 333 (...)”⁵⁶. Porém, há divergência doutrinária acerca dos possíveis sentidos que podem tomar as interpretações conjuntas de tais regras processuais. Há dois posicionamentos principais: o da doutrina tradicional e o da doutrina moderna.

A doutrina tradicional interpreta o art. 130 do Código de Processo Civil advogando a excepcionalidade do poder de iniciativa probatória do juiz. Haveria possibilidade de o juiz requerer produção de provas **somente** quando as considerar insuficientes para a formação de seu livre convencimento. De acordo com esse entendimento, a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil deve orientar todo o desenrolar do processo, enquanto que a regra do artigo 130, considerada subsidiária, seria aplicada quando o juiz, após análise do conjunto probatório, ainda estivesse em dúvida sobre a verdade dos fatos e, conseqüentemente, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o

⁵⁶ LOPES, op. cit. p. 36.

ônus da prova. Unicamente nessa situação, admite a doutrina tradicional que o magistrado determine, de ofício, produção de provas.

Arruda ALVIM, um dos autores que seguem esse posicionamento, explicita esse posicionamento explicando que o juiz “diante da dúvida, não poderá decidir, seja pelo livre convencimento motivado, seja pelo critério do ônus da prova. Ocorrendo tal pressuposto, precisamente, é que deverá o juiz, então, utilizar-se de seu poder de determinar ex officio a realização, com o intuito de eliminar a dúvida”⁵⁷.

Vicente MIRANDA, compartilhando do entendimento de Arruda ALVIM, defende que: “(...) atividade probatória oficial reveste-se de complementaridade em relação às partes. A estas é que incumbe o encargo de produzir as provas de suas alegações. Verificando, no entanto, o juiz que as provas oferecidas pelas partes mostram-se insuficientes para a formação de sua convicção, (...) pode ele complementá-las, determinar de ofício outras provas necessárias”⁵⁸.

Assim, conclui-se que para essa parte da doutrina a atividade do juiz tem lugar exclusivamente quando, esgotadas as atividades das partes, o juiz não disponha de condições de decidir, situação em que agiria de forma subsidiária à atividade já exaurida pelas partes.

Justificando seu entendimento, a doutrina tradicional aduz que a outorga de poderes ilimitados ao juiz desequilibraria o contraditório, uma vez que, ao determinar a realização da prova, o juiz estaria subsidiando uma das partes em detrimento da outra. Explana que a atuação do juiz proporcionaria à parte que permaneceu inerte a oportunidade de demonstrar as suas razões, não sofrendo qualquer consequência pelo seu comportamento omissivo. Alega, ainda, que a interferência do magistrado na fase probatória comprometeria a sua imparcialidade e sua equidistância em relação às partes, comprometendo a igualdade processual. Por fim, como último argumento, afirma que provar, assim como contestar ou recorrer, consiste em um ônus para a parte.

⁵⁷ Arruda ALVIM, apud BEDAQUE, op. cit., p. 85.

⁵⁸ Vicente MIRANDA, op. cit., p. 217.

Parte dos estudiosos tradicionalistas, como, por exemplo, Arruda Alvim⁵⁹, mantém tal posição também quanto a direitos indisponíveis. Sustentam que nas demandas que versam sobre direitos dessa natureza incumbiria ao Ministério Público o desenvolvimento da atividade probatória e que a indisponibilidade somente influenciaria no momento de avaliação das provas.

Vicente Miranda e Frederico Marques, no entanto, pensam que em se tratando de matéria de ordem pública, isto é, quando o litígio deriva de direitos indisponíveis, é possível que o juiz faça uso de seu poder oficial excepcional, complementar e não substitutivo determinando a produção de provas.

Ainda no que diz respeito ao posicionamento tradicionalista, é possível registrar pensamentos ainda mais radicais, que não admitem, em nenhuma hipótese, que o juiz determinasse produção de provas de ofício, uma vez que quebrariam as regras do ônus da prova.

Munir KARAM, caminhando nesse sentido, afirma que o art. 333 impede o juiz de tomar iniciativas probatórias. Para ele, “em todos os casos em que as partes não provassem o que alegam, o juiz, que não poderia determinar a produção de provas que entendesse necessárias, deveria julgar imediatamente a causa com a aplicação de tais regras”⁶⁰.

Chiovenda, representando tal posicionamento na doutrina estrangeira, argumenta que “num sistema em que se admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova”⁶¹.

Hodiernamente, em nome do acesso à justiça e em decorrência da publicização do Processo Civil, a doutrina moderna vem difundindo a idéia de que o juiz deve exercer um papel mais ativo no processo, a fim de chegar-se à verdade real. Tem-se o raciocínio de que ao magistrado interessa a busca da verdade para que possa proferir julgamento justo. Esse novo posicionamento busca interpretar as normas

⁵⁹ Arruda ALVIM, apud BEDAQUE, op. cit., p. 68.

⁶⁰ KARAM, op. cit., p. 55.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 351, apud Roberto Munhoz de MELLO, estudo citado, p. 13.

processuais em conformidade com a finalidade do processo qual seja, a efetivação do direito material⁶².

A doutrina moderna, ao contrário da clássica, conduz-se no sentido de entender que a regra da distribuição do ônus da prova entre as partes é “destinada a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados”⁶³.

Entende o moderno pensamento processualista que a regra do art. 130 do Código de Processo Civil deve ser a guia mestra no desenrolar da atividade probatória, caracterizando-se como regra de condução do processo, ao passo que o dispositivo acerca do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil) cumpriria função de regra de julgamento.

O juiz, no decorrer do processo, pode e deve mandar produzir provas sempre que se afigurar estado de dúvida. Objetiva-se esclarecer os fatos sobre os quais pairam dúvidas, a fim de que se atinja a verdade real e obtenha-se um provimento jurisdicional justo.

Seguindo essa vertente de pensamento, João Batista Lopes⁶⁴ defende que a regra do artigo 130 do Código de Processo Civil deve ser invocada quando o juiz, diante do conjunto probatório, esteja em dúvida. Afirma que as regras do ônus da prova só devem incidir quando houver inexistência ou insuficiência de elementos probatórios para o convencimento do magistrado⁶⁵.

Barbosa MOREIRA⁶⁶, no mesmo sentido, assevera que as regras que distribuem o ônus da prova são destinadas a serem aplicadas em relação aos fatos que, ao final, não restarem provados. Conclui explicando que o juiz, verificando que determinado fato não foi provado, deveria imputar as conseqüências desfavoráveis da falta de prova àquele a quem incumbia prová-lo.

⁶² BEDAQUE, op. cit.

⁶³ Ibid., p. 81.

⁶⁴ LOPES, op. cit.

⁶⁵ “Sobreleva notar que as regras do ônus da prova só incidem quando houver inexistência ou insuficiência de elementos probatórios para o convencimento do juiz”.(LOPES, op. cit., p. 37.)

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184,1984.

Os Professores Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni também compartilham desse entendimento. Explicam eles que uma vez que não é permitido ao juiz aplicar o *non liquet*, cabe-lhe empregar a regra do ônus da prova, quando o material probatório mostrar-se insuficiente para elucidação dos fatos, recaindo a falta de prova sobre aquele que tinha o ônus de provar.

Na doutrina estrangeira, Leo ROSENBERG representa o pensamento moderno entendendo que “debe decidirse sobre la carga de la prueba solo al final del proceso, regularmente después de examinadas las circunstancias de hecho no discutidas, y después de la recepción de la prueba”⁶⁷.

Importante, por fim, observar que não se está a defender a possibilidade de o juiz fazer buscas incessantes das provas, empenhando a mesma atenção que as partes. Como bem adverte Dinamarco⁶⁸, “o juiz não pode exceder-se em iniciativas probatórias, sob pena de transmudar-se em defensor e acabar por perder a serenidade, além de comprometer, pela perda de tempo, o pontual cumprimento de seus próprios deveres perante a massa dos consumidores do serviço jurisdicional”.

Poder-se-ia estudar o pensamento de outros mais autores, porém o estudo dos pensamentos dos autores aqui citados permitem deduzir que o artigo 130 do Código de Processo Civil não tem seu alcance limitado pelo artigo 333, posto que diversos são os momentos de incidência dos referidos dispositivos, incidindo o primeiro na fase instrutória e o segundo no momento do julgamento. A regra da distribuição do ônus da prova pode ser entendida como a tábua de salvação para o juiz, que não pode deixar de julgar.

⁶⁷ ROSENBERG, op. cit., p. 3.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil III**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

6 OBSTÁCULOS À AMPLIAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS

Alguns doutrinadores demonstram-se temerosos em reconhecer a possibilidade de o juiz determinar de ofício produção de provas que lhe pareçam necessárias para elucidar as alegações de fato deduzidas pelas partes. Apontam como principais argumentos a fundamentar tal receio violação aos princípios processuais dispositivo, da igualdade processual e da imparcialidade. Há autores que apontam ainda como eventuais obstáculos, além dos já citados princípios, o ônus da prova e a verdade formal. Ater-se-á à análise dos princípios eventualmente violados por uma maior atuação do juiz no campo probatório.

6.1 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

A rejeição ou recepção da possibilidade de o juiz mandar produzir provas de ofício é consequência da definição que se adota do princípio dispositivo.

A doutrina tradicional vê no princípio dispositivo uma restrição ao uso dos poderes instrutórios. Para ela, o princípio dispositivo significa que o juiz deve julgar de acordo com o alegado e provado pelas partes, limitando suas possibilidades de esclarecimento das alegações de fato ao “mundo do processo”.

No direito comparado, Liebman foi o principal autor a sustentar que o juiz depende da iniciativa das partes no que diz respeito à instrução da causa. Admitia ele, por outro lado, que o juiz tinha o poder de integrar, completar e controlar o resultado das provas das partes a fim de eliminar contradições, lacunas, obscuridades ou incertezas⁶⁹.

No direito brasileiro, como já explanado no capítulo dois, Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos e Vicente Greco Filho são autores que sustentam a idéia tradicional do princípio dispositivo como limitador da participação do juiz na atividade instrutória.

⁶⁹ LIEBMAN, op. cit., p. 81, apud MELLO, estudo citado.

Partindo-se dessa concepção tradicional do princípio dispositivo, uma maior participação do juiz no campo probatório afetaria a disponibilidade das partes sobre o direito. Admitindo que as partes têm, quanto aos direitos disponíveis, plena liberdade em alegar ou não alegar, provar ou não provar, entende a doutrina tradicional que poderes instrutórios do juiz interviriam nessa liberdade, infringindo o princípio do dispositivo.

Todavia, conforme já exposto no capítulo referente aos princípios processuais pertinentes, o princípio do dispositivo sofreu mitigações, sendo, hodiernamente, mais acertado conceituá-lo como a liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado⁷⁰.

Adotando-se como conteúdo desse princípio os reflexos que a relação de direito material disponível pode produzir no processo, tem-se que as partes têm ampla liberdade para dispor, por meio dos atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido formulado pela outra parte), do direito disponível, ficando o juiz impedido de opor-se à prática de tais atos. Esta, de acordo com BEDAQUE, é a única limitação decorrente da natureza do direito substancial, isto é, decorrente do princípio do dispositivo. Para ele, “qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorreria da natureza do direito substancial”⁷¹.

Barbosa MOREIRA, no mesmo sentido de Bedaque, aprofunda-se na crítica à doutrina que vê restrição ao poder instrutório do juiz decorrente do princípio do dispositivo e afirma que “quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispondo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz averiguar o fato”⁷².

⁷⁰ BARREIROS, op. cit., p. 11.

⁷¹ BEDAQUE, op. cit., p. 90.

⁷² MOREIRA, O juiz e a prova, p. 180.

Assim, adotando-se a concepção de que princípio do dispositivo abrange unicamente a possibilidade de as partes praticarem atos de disposição no curso do processo em virtude da disponibilidade do direito posto em causa⁷³, não haverá nenhuma vedação à possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos alegados pelas partes. Há que se separar a relação de direito material da relação processual.

6.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

O princípio da igualdade processual, reflexo da garantia constitucional de isonomia, é visto por alguns autores como limitação aos poderes instrutórios do juiz. Sustentam eles que o juiz ao determinar a produção de uma prova, estaria beneficiando uma das partes em detrimento da outra, infringindo o princípio processual que garante às partes isonomia no processo.

Porém, tem-se que a plena disponibilidade das provas não assegura real igualdade às partes litigantes. Do contrário, implica uma desigualdade substancial entre elas. Há que se ter em vista que muitas vezes a omissão de uma parte na instrução do feito não decorre de sua intenção de dispor do direito, mas de sua deficiência econômica ou cultural ou na dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes⁷⁴.

A diferença entre igualdade formal e igualdade material conduziu à nova configuração do direito à igualdade. A isonomia hoje é tida como tratamento desigual aos desiguais e tratamento igual aos iguais. A igualdade assegurada no Código de Processo Civil, não fossem os poderes instrutórios do juiz, seria apenas uma igualdade formal, isto é, uma falsa igualdade.

Apercebendo-se desse quadro, e influenciado pela idéia de que o processo desempenha função social, o legislador preocupou-se em dotar o processo civil de meios para promover a igualdade material entre as partes.

⁷³ MOREIRA, O problema da “divisão do trabalho” ..., p. 11.

⁷⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 97; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O julgamento e o ônus da prova. In:

_____**Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 53.

Uma previsão que certamente tem proporcionado maior igualdade entre as partes é a participação efetiva do juiz na produção da prova, evitando, até mesmo, que eventuais desigualdades econômicas repercutam no processo. Assim, desconfiando o juiz que uma parte deixou de produzir prova pericial por insuficiência econômica, pode ele determiná-la de ofício.

Barbosa MOREIRA cita como previsão legal preocupada com a mitigação das desigualdades substanciais a inclusão obrigatória, no mandado de citação, da advertência, dirigida ao réu de que caso não conteste, os fatos deduzidos pelo autor serão presumidos verdadeiros⁷⁵. Faz menção também à regra processual civil consubstanciada no art. 284, que prevê que poderá o juiz determinar que o autor emende a sua petição inicial caso esta não preencha os requisitos legais. Conclui asseverando que, em que pese as previsões legais específicas, o mais valioso “instrumento corretivo” para o juiz consiste na possibilidade de adotar de ofício iniciativas relacionadas com o feito. Explica ele que o uso hábil e diligente dos poderes instrutórios, na medida em que traga para o processo aspectos da situação fática até então desconhecidos, contribui para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações.

Assim, vê-se que uma maior atuação do juiz na instrução probatória estaria a garantir e efetivar o princípio da igualdade processual.

6.3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Dentre os argumentos utilizados pela doutrina contra a iniciativa do juiz na produção de provas, está a necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador. De acordo com esse pensamento, o juiz, ao determinar de ofício a produção de uma prova, estaria sendo parcial na medida em que está beneficiando uma das partes em prejuízo da outra.

⁷⁵ MOREIRA, O problema da “divisão do trabalho”...., p. 52.

Barbosa MOREIRA⁷⁶ foi eficiente em rebater os argumentos suscitados pela doutrina tradicional. Segundo ele, quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, não pode prever qual será o resultado e muito menos a qual das partes o resultado irá beneficiar. Continua seu raciocínio questionando se no Direito Processual Penal seria menos valiosa a imparcialidade do juiz, haja vista que no processo penal há amplos poderes instrutórios do juiz. Considera, por fim, que ao juiz não deve importar quem sairá vencedor no litígio. Ao juiz deve importar que a demanda seja vencida pela parte que efetivamente tem razão.

Esse importante estudioso do direito brasileiro aponta, como um modo de “exorcizar o fantasma da parcialidade”, a importância de submeter a atividade judicial à observância do princípio do contraditório. Para ele, o ideal seria impor ao juiz o “dever de realizar a atividade de instrução sob a égide do contraditório, e proibi-lo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade de participar, tanto quanto possível, da colheita, ou pelo menos, de manifestar-se sobre os resultados obtidos”.

BEDAQUE⁷⁷, no que diz respeito à imparcialidade do juiz, indica outros argumentos invocados pela doutrina a fim de negar a possibilidade dos poderes instrutórios ao juiz. De acordo com ele, há autores que defendem que a investigação unilateral por parte do juiz pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua investigação e existem outros que afirmam que o aumento de poderes do juiz iria diminuir a distância entre a jurisdição voluntária e contenciosa. Há, ainda, aqueles que sugerem que a procura pela verdade real deva ficar a cargo do Ministério Público, afastando desse modo o perigo da imparcialidade.

Diversos são os argumentos da doutrina tradicional, porém, desenrolando-se o processo com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, afastado estará o “fantasma” da parcialidade.

⁷⁶ MOREIRA, O juiz e a prova, p.180-181.

⁷⁷ BEDAQUE, op. cit., p. 80-82.

7 ESTUDO JURISPRUDENCIAL

Primeiramente, antes de entrar na análise de como vêm se posicionando os magistrados brasileiros, em especial os paranaenses, importante considerar as dificuldades práticas enfrentadas para a aplicação da norma do art. 130 do Código de Processo Civil.

Barbosa MOREIRA, em estudo sobre os poderes do juiz⁷⁸, afirmou que “para um juiz consciencioso e preocupado em fazer justiça, é sempre um drama psicológico ter de sentenciar com base na aplicação das regras legais de distribuição do ônus da prova”⁷⁹. De acordo com ele, daí resulta a necessidade de se ampliarem os poderes probatórios do juiz ao máximo possível.

Esse importante estudioso do direito brasileiro coloca que o juiz enfrenta restrições de ordem prática no que diz respeito à iniciativa probatória. Tal dificuldade, segundo ele, não decorreria da legislação processual, pois esta ministra aos juízes os instrumentos de que precisam para conduzir o processo e julgar.

Em que pese a legislação lhes atribua poderes, os juízes brasileiros pouco uso fazem deles. Barbosa MOREIRA adverte que os magistrados precisam ser incentivados e estimulados a exercer em sua plenitude as atribuições e responsabilidades que o ordenamento lhes atribui. Seria também indispensável que, concomitantemente aos incentivos e estímulos, fossem melhoradas as condições estruturais do Poder Judiciário brasileiro. Segundo este autor, tais condições não são favoráveis. Há excesso de serviço a impedir que o juiz faça um exame pormenorizado dos processos e um constante deslocamento dos juízes, o que acaba por dificultar que o magistrado tenha uma ligação pessoal com o processo (no sentido de acompanhar o seu desenvolvimento processual).

No estudo “Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo” MOREIRA citou, ainda, como possível motivo pelo qual são pouco usados os poderes instrutórios, a “mentalidade ainda

⁷⁸ MOREIRA, Os poderes do juiz, p. 93-98.

⁷⁹ Ibid., p. 93.

dominante em certos setores, que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição parcial (...)”⁸⁰.

Ainda que existam razões fundadas que justificariam a pouca aplicação da regra do art. 130 do Código de Processo Civil observa-se que a magistratura brasileira, em especial a do Paraná, tem utilizado os poderes instrutórios decorrentes da regra geral do art. 130.

Para fins do presente trabalho, realizou-se uma pesquisa ilustrativa nas decisões do Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Justiça Federal e no âmbito da Justiça Estadual do Paraná (Tribunal de Alçada e Tribunal de Justiça).

Colacionam-se aqui algumas das decisões que vêm admitindo e aplicando os poderes instrutórios do juiz.

Decisão do Supremo Tribunal de Federal:

SINDICATO. BASE TERRITORIAL. SUPERPOSIÇÃO. EXAME DE PROVAS VEDADO EM RE (SÚMULA 279). D E C I S Ã O.

(...) Quanto ao agravo, embora seja matéria a ser apreciada, eventualmente, pela instância superior, fica consignado que **diante da sistemática processual civil, cabe ao magistrado a busca da verdade real, nos termos do art. 130 do CPC**. No mais, verifica-se que não foram relevantes à solução da questão como posta. (...). (grifou-se).

(Recurso extraordinário 184.264/SP. Relator Min. Nelson Jobim. D.J. 23/11/2000)

Decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL, VENDA DE “PACOTE DE VIAGEM”. INADIMPLENTO CONTRATUAL DA EMPRESA TURÍSTICA. ATRASO NO ENVIO DO DINHEIRO NECESSÁRIO AO CUSTEIO DE UMA DAS EXCURSÕES PROGRAMADAS. PAGAMENTO REALIZADO POR UM DOS EXCURSIONISTAS. AÇÃO VIA DA QUAL SE PRETENDE O REEMBOLSO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELO AUTOR E DE CUJA OITIVA ELE PRESCINDIRA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DA ATITUDE DO JUIZ. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DISPOSITIVO OU IGUALITÁRIO (ARTS. 125, I, E 130, CPC). PRECEDENTES (RESP 12.223-O-BA). RECURSO INACOLHIDO.

⁸⁰ MOREIRA, O julgamento e o ônus da prova, p. 53.

(...)

III –O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com os qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet), mas o abrandou, tendo em vista a cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do Direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento à litigante que haja descuido ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse. (grifou-se)

(Recurso especial 1992/0001842-4, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 27/06/1994)

A Justiça Federal acompanha os Tribunais Superiores:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PROVA PERICIAL DEFERIDA. REGULARIDADE DO ATO JUDICIAL.

I. Os poderes instrutórios do magistrado vêm previstos no art. 130, do CPC, estabelecendo que “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”.

II. “Convencendo-se o magistrado da necessidade da prova pericial para a formação de sua convicção pessoal acerca da lide, deve determinar de ofício sua realização, não podendo a parte reputá-la desnecessária, limitando o poder instrutório do juiz” (TACivSP, 4ª Câmara, Edcl 486052, rel Juiz Antônio Vilenilson, j. 22.1.1998, BolAASP 2079-6, supl., citado por Nelson Nery Júnior in Código de Processo Civil Comentado, 4ª Ed. Ed. RT, p. 607, nota 8).

(...) (grifou-se).

(Agravado de Instrumento. 01000468007. TRF 1ª Região. Relator Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (conv.) DJ: 05/09/2002)

O Tribunal de Justiça do Paraná, em diversas decisões, aplica a regra do art. 130 do Código de Processo Civil:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA - NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA SE AVERIGUAR O REAL “QUANTUM DEBEATUR” - POSSIBILIDADE DO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DETERMINAR A PRODUÇÃO DA PROVA QUE ENTENDER NECESSÁRIA, SEGUNDO O SEU LIVRE CONVENCIMENTO - ARTIGO 130 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA E DETERMINAÇÃO PARA QUE SEJA REALIZADA A PERÍCIA - RECURSOS JULGADOS PREJUDICADOS - DECISÃO UNÂNIME. - O JUIZ, NA IMPULSÃO DO PROCESSO, TEM AMPLOS PODERES PARA DETERMINAR A PRODUÇÃO DAS PROVAS QUE ENTENDER CABÍVEIS E COM

A ABRANGÊNCIA QUE FOR NECESSÁRIA, CONFORME SEU LIVRE CONVENCIMENTO, EM CONSONÂNCIA COM O QUE DISPÕE O ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (grifou-se)

(Apelação cível 133003400, TJ/PR, Relator Des. Antonio Lopes de Noronha, julgado em 12/05/2004)

PROCESSO CIVIL-AÇÃO MONITÓRIA -AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - NÃO COMPARECIMENTO IMOTIVADO DE UMA DAS PARTES - DEPOIMENTO PESSOAL - AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO DA PARTE CONTRÁRIA - PENA DE CONFESSO - NÃO CABIMENTO - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - **PROVA PERICIAL DESIGNADA DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE - PODERES DE INSTRUÇÃO DO JULGADOR (ART. 130, CPC)** - AUSÊNCIA DE NULIDADE - PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS A CARGO DO AUTOR DA AÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE AOS CONTRATOS BANCÁRIOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR PRESENTES - CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2 - O ARTIGO 130, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PERMITE AO JUIZ CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA E DETERMINAR, DE OFÍCIO, A REALIZAÇÃO DAS PROVAS QUE ENTENDER INDISPENSÁVEIS PARA O CORRETO DESLINDE DA DEMANDA, INCLUSIVE, DE PROVA PERICIAL QUE ANTERIORMENTE NÃO SE REALIZOU POR FALTA DE RECOLHIMENTO DOS HONORÁRIOS DO EXPERT, UMA VEZ QUE A PRECLUSÃO NAO OPERA EM DESFAVOR DO JULGADOR, NAO HAVENDO, DESTARTE, ESPAÇO PARA SE FALAR EM PRONUNCIAMENTO JUDICIAL NULO OU EXTRA PETITA.(...)

(Apelação cível 140713600- TJ/PR, Relator Des. Milani de Moura, julgado em 13/08/2003).

O Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por sua vez, vem decidindo no mesmo sentido que os demais Tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PODERES DO JUIZ INICIATIVA PROBATÓRIA - ARTIGOS 130 E 332, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. RECURSO DESPROVIDO. **Tendo o juiz deixado de ser mero assistente inerte da batalha judicial, na presidência do processo e na busca da verdade real, cabe-lhe, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas.** Assim, perfeitamente legal, nos termos dos artigos 130 e 332, ambos do Código de Processo Civil, a determinação da produção da prova, inclusive a apresentação de documentos.

(Agravo de instrumento 0147355-2, TA/PR, Oitava Câmara Cível, Relator designado Juiz Manassés de Albuquerque, julgado em 20/12/1999).

AÇÃO DE COBRANÇA - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - INDENIZAÇÃO - DEFERIMENTO DE PROVAS - PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ - SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 130 E 397 DO CPC - AGRAVO DESPROVIDO.

(Agravo de instrumento 0139338-613, TA/PR, Sexta Câmara Cível, Relator Juiz De Brito Freire, julgado em 13/9/1999)

Do voto do relator, pinçou-se o seguinte trecho:

Ora, ao juiz cumpre buscar a verdade real dos fatos. Displicente seria se, ao invés, decidisse a lide com base apenas nos argumentos trazidos pelas partes, sendo evidente que a questão prescinde de provas mais robustas. Se assim agisse o julgador, admitir-se-ia a irresignação da Agravante. Mas o que se pleiteia é o inverso: que o juiz não dispense a atenção devida ao caso, julgando apenas motivado pelo que lhes dizem as partes. Afinal, se as razões de seu inconformismo têm cunho verdadeiro, as provas a serem produzidas serão suas aliadas, de forma a demonstrar a veracidade do que proclama. Até mesmo porque, se assim for, não terá a agravante nenhum prejuízo pecuniário com a demanda, posto que as custas serão suportadas pela parte adversa.

Depreende-se da análise das decisões aqui trazidas que a magistratura brasileira está fazendo uso dos poderes instrutórios atribuídos pelo art. 130 do Código de Processo Civil. Todavia, infelizmente, observa-se que esta utilização tem sido ainda tímida. Espera-se que os futuros magistrados tenham consciência dos poderes atribuídos pela legislação e que tenham também a coragem necessária para usá-los, enfrentando os pensamentos tradicionalistas.

CONCLUSÃO

Do exposto no presente trabalho, além de concluir-se pela necessidade dos juízes exercerem com mais veemência seu papel de diretor material do processo, principalmente por meio da iniciativa probatória que lhes é conferida pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, é possível extrair-se outras conclusões.

1. A sucessão dos Estados, em decorrência do transcorrer das fases históricas, refletiu-se no processo civil e nos poderes do juiz, ajustando-se estes ao modelo de Estado vigente a época.

2. O princípio dispositivo, na evolução do processo civil, sofreu atenuações, traduzindo-se sua nova feição apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. Assim, atentando-se para o fato de a relação substancial diferir da relação processual, conclui-se que tal princípio não é obstáculo para a iniciativa probatória do juiz, haja vista que, embora as partes tenham poder de disposição sobre a relação material, nenhuma força têm sobre o poder do juiz averiguar os fatos.

3. O princípio da imparcialidade significa que o juiz deve exercer a sua função jurisdicional de forma equidistante às partes e proporcioná-las iguais oportunidades de manifestação no processo, analisando as suas alegações de forma isonômica e não as diferenciando em decorrência de elementos não previstos no ordenamento jurídico. Este princípio não limita a iniciativa instrutória do juiz, pois o juiz ao determinar de ofício a produção de provas não tem como saber quais das partes sairá beneficiada com sua diligência. O juiz deve preocupar-se em proferir decisão justa, em conformidade com a verdade real, não lhe importando qual parte vencerá a demanda. Ademais, desenrolando-se o processo com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não haverá que se falar no “fantasma” da parcialidade.

4. O princípio da igualdade processual impõe que o magistrado, frente a uma situação de desigualdade entre as partes, exerça seu papel ativo na direção do processo, oferecendo uma solução justa que pacifique a ordem social. Esse princípio

não pode ser visto como um empecilho para a iniciativa probatória do juiz, haja vista que a plena disponibilidade das provas não assegura real igualdade às partes litigantes, pois muitas vezes a omissão de uma parte na instrução do feito não decorre de sua intenção de dispor do direito, mas de sua deficiência econômica ou cultural ou na dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes.

5. No que diz respeito à iniciativa probatória do juiz, explicitada pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, verifica-se que a doutrina divide-se em dois posicionamentos. De acordo com o mais tradicionalista e conservador, a iniciativa probatória do juiz tem caráter de subsidiariedade em relação à iniciativa das partes. O juiz somente pode ordenar produção de provas *ex officio* quando, após a atividade probatória desenvolvida pelas partes, não restar provado fato relevante para formação de seu convencimento. O segundo posicionamento, fruto do pensamento processualista moderno, defende que a iniciativa instrutória do juiz é complementar à iniciativa das partes; juiz e partes atuam em uma relação de colaboração a fim de que se chegue à solução mais justa e próxima da verdade substancial.

6. A iniciativa probatória do juiz, em que pese não sofra limitações no Código de Processo Civil, submete-se, assim como a iniciativa das partes, aos critérios de necessidade, utilidade e celeridade processual, tendo as partes direito de recorrer da decisão que não respeite essas limitações. Outra restrição verificada é o tema probatório, que impossibilita iniciativa probatória do juiz além do tema delimitado na demanda trazida a juízo.

7. A iniciativa probatória do magistrado abrange todos os meios de prova, e o poder de determinar de ofício a realização de prova documental, pericial, testemunhal, de ordenar o comparecimento das partes a fim de interrogá-las e de inspecionar, em que pese sejam tratados em artigos específicos do Código, derivam dos poderes gerais conferidos pelo artigo 130 do *Codex*.

8. A revelia não impede a iniciativa probatória do juiz. A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, decorrente da revelia, vem sendo abrandada, sendo possível a iniciativa oficial no campo probatório quando os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis.

9. O poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro ainda que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte. Tal possibilidade deriva da não preclusividade da iniciativa probatória oficial. Decorre também da não preclusividade o poder que tem o juiz de revisar *ex officio* a decisão que indeferiu pedido de provas formulado pelas partes.

10. Deve-se à não preclusividade da iniciativa oficial a possibilidade de o juiz converter, de ofício e em qualquer instância, o julgamento em diligência a fim de efetivar provas necessárias à instrução da causa.

11. A regra do ônus da prova, consubstanciada no artigo 333 do Código de Processo Civil, exerce dupla função: regra de julgamento, ou ônus objetivo, e regra de procedimento, ou ônus subjetivo.

12. Sob o aspecto objetivo, a distribuição do ônus da prova constitui regra de julgamento destinada ao juiz que estiver em estado de perplexidade irreduzível na reconstituição dos fatos da causa. A regra do ônus da prova, sob seu aspecto objetivo, é como “tábua salvadora” para o juiz que, em decorrência da ausência ou insuficiência de provas, não conseguiu formar seu convencimento.

13. O ônus objetivo impõe que o juiz, verificando que determinado fato relevante para a solução do litígio não foi provado, identifique a parte que foi omissa decidindo em seu desfavor.

14. O ônus subjetivo da prova (ônus da prova como regra de procedimento) informa às partes quais as provas devem produzir a fim de que logrem comprovar suas afirmações e de que obtenham um pronunciamento judicial favorável. Porém, deve ser visto como reflexo do ônus objetivo da prova, uma vez que, sabendo de antemão que uma omissão na fase instrutória do processo poderá resultar no não provimento da demanda, as partes ficam elas mais atentas e diligentes no que diz respeito à produção de provas.

15. No tangente à relação entre os artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil, há dois posicionamentos doutrinários. A doutrina tradicional defende que o artigo 333 deve guiar o desenrolar do processo, incidindo o artigo 130 quando houver insuficiência ou inexistência de provas. A doutrina moderna, por sua vez, sustenta que

o artigo 130 seria a guia mestra no decorrer do processo, ao passo que o artigo 333 atuaria como regra de julgamento. Da análise destes dois posicionamentos conclui-se que o artigo 130 do Código de Processo Civil não tem seu alcance limitado pelo artigo 333, posto que diversos são os momentos de incidência dos referidos dispositivos, incidindo o primeiro na fase instrutória e o segundo no momento do julgamento.

16. A iniciativa probatória do juiz vem sendo utilizada pelos magistrados brasileiros, em que pese as dificuldades estruturais, como a sobrecarga de serviço que impede uma análise mais pormenorizada dos processos, e o medo de fazer uso de tal poder e descambar para a parcialidade.

Por fim, conclui-se que um papel mais ativo do juiz realiza verdadeira justiça e reforça os valores democráticos, pois, como bem assinalado por Sérgio Alves Gomes, “sob a égide dos princípios que orientam o **Estado de Direito Democrático**, o Juiz torna-se um importante **sujeito ativo** na **aplicação e elaboração** do Direito, ou seja, um efetivo participante da **construção de uma sociedade autenticamente democrática**.”⁸¹

⁸¹ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no Estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 60.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5: Do processo de conhecimento, t. 1, arts. 332 a 363.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARREIROS, Otacílio José. **O papel do juiz no processo civil moderno**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2004. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/justitia>. Acesso em 10 maio 2004.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 27, p. 186-199, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973)**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALL'AGNOL, Antonio. v. 2: Do processo do conhecimento, arts. 102 a 242. In: SILVA, Ovídio Baptista da (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2: Do processo do conhecimento, arts. 102 a 242.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil III**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no Estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. **Revista Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, n. 14, 1978. p. 40-59, 1978.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, 1984. pp 24-67

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 1999.

MELLO, Roberto Munhoz de. **(Supostas) Restrições aos poderes instrutórios do juiz**. Estudo não publicado.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 2, arts. 46-153, p. 397-401.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, 178-184, 1984.

_____. O julgamento e o ônus da prova. In: _____. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 73-82

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, São Paulo, n. 41, 07-14, 1986.

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

_____. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa América, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 6, arts. 332 a 475.

_____. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1

_____. _____. 5. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 91p. 92-114,1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso avançado de processo civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1: Teoria geral do processo de conhecimento.