

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*

EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA

1. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil — 2. Poderes instrutórios do juiz: ideologia e técnica — 3. Iniciativa instrutória do juiz e a busca da verdade — 4. Iniciativa instrutória do juiz e os ônus das partes — 5. Iniciativa instrutória do juiz e disponibilidade do direito — 6. Iniciativa instrutória do juiz e imparcialidade.

1. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De acordo com a doutrina hoje dominante, não apenas no Brasil¹ como em outros países² da mesma tradição jurídica, o juiz já não pode ser um mero “expectador” do litígio, limitando-se, quanto à questão da prova, a verificar e avaliar as provas trazidas aos autos pelas partes, segundo era o entendimento clássico³, mas sim o “diretor material do processo”, podendo, destarte, determinar de ofício as diligências necessárias à apuração dos fatos alegados

* Publicado originalmente na Revista Dialética de Direito Processual n.º 59 (São Paulo, Brasil).

¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e ônus da prova”. In: *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 73-82 (o entendimento foi reiterado em inúmeros trabalhos posteriores do autor); BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994; GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa Probatória do juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. Evidentemente, isto não significa que não existam divergências entre as posições de cada um destes (e de outros) autores.

² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Iniciativas probatórias del juez y bases prejudicadas de la estructura del proceso”. In: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1972. pp. 111-135; MORELLO, Augusto M. *La Prueba: Tendencias Modernas*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2001. pp. 185-202.

³ Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. pp. 211-212; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77; SENTIS MELENDO, Santiago. “Prejuzgamiento”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJE, 1967. p. 259.

(busca da verdade material), especialmente⁴ para assegurar a igualdade substancial das partes no processo (isto é, ajudar a parte mais fraca ou a representada por patrono incompetente ou negligente⁵).

Tal orientação, ainda segundo a corrente doutrinária acima, teria sido consagrada no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro, *in verbis*:

“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”.

No presente estudo, procuraremos tecer algumas considerações a respeito desta corrente de pensamento⁶, tanto sob a perspectiva de seus fundamentos ideológicos, como das suas implicações, considerado o nosso modelo de processo.

⁴ É o caso de indagar se este não seria o único e verdadeiro objetivo. Pois, se fosse a busca da verdade (cf. item 3), não deveria o julgador também suprir eventuais falhas da parte mais forte (v. g., do fornecedor que litiga com o consumidor), que pode ter razão? Até hoje, porém, não vimos ninguém defender tal possibilidade, muito menos colocá-la em prática.

⁵ “Descuidos eventuais dos advogados não devem mais ser decisivos na solução final da controvérsia. A vitória não deve ser fruto de pequenas falhas na atividade do adversário, mas sim da existência do direito ao lado do vencedor” (BARBI, Celso Agrícola. “Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 6, jul./dez. 1962, p. 162). Faltou o ilustre autor esclarecer quando uma “falha” é ou não “pequena” e como saber quem tem ou não razão antes de proferido o julgamento final, pois do contrário corre-se o risco de beneficiar justamente a parte que não tem razão. Ademais, o autor e aqueles que compartilham de tal opinião aparentemente não se dão conta ou menosprezam o efeito nefasto que esta atitude produz sobre a imparcialidade do juiz e o exercício da Advocacia. A relevação deliberada e sistemática da negligência e imperícia de maus profissionais (na realidade, não de todos eles, apenas os que defendem a parte mais “fraca”), sob o pretexto de não prejudicar seus constituintes, compromete a imparcialidade do juiz: “Também constitui garantia irrenunciável para a imparcialidade e justiça das decisões colocar-se o juiz **supra partes**, ao invés de se atribuir funções de tutela do litigante que ele, certa ou erradamente, julgue pior defendido: semelhante procedimento, de índole paternal, afasta o juiz de sua função e pode rebaixá-lo inconscientemente da categoria de ministro imparcial da justiça à de modesto mediador” (CHRISTOFOLINI, Giovanni. “Poderes da parte e poderes do juiz: instrução do processo”. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 180). “O paternalismo judicial entra em conflito com a idéia de imparcialidade e equidistância” (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 116). Além disso, nivela por baixo os advogados, como ressaltou o advogado e ex-juiz argentino Adolfo Alvarado Velloso: “De nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo. Por isto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve — pues así es como logra la ayuda del juez — sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero. ¿Se advierte como y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica a todo el sistema de Justicia?” (“La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso Civil y Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 230).

⁶ A expressão “iniciativa probatória”, embora compreendida no conceito de “poderes instrutórios”, de maior abrangência (cf. MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 208-209), parece ser considerada pela doutrina dominante o seu elemento mais importante.

2. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: IDEOLOGIA E TÉCNICA

Inicialmente, entendemos ser oportuno⁷ examinar se a atribuição ao juiz de poderes instrutórios resulta de uma opção político-ideológica do legislador ou se se trata de mera técnica processual, ideologicamente neutra e apta a ser empregada por processos de diferentes matizes.

Segundo pensamos, a outorga de poderes instrutórios ao juiz, nos moldes em que defendida pela doutrina, não é uma técnica processual ideologicamente neutra, até porque elas normalmente não o são.

É o que afirmava, por exemplo, Mauro Cappelletti:

“Como se ve, el derecho procesal civil en general, como también aquel aspecto verdaderamente central del mismo que consiste en la disciplina de los poderes y deberes del juez y de las partes respecto de los hechos y de las pruebas, se manifiesta así, a los ojos del estudioso que no quiera “quedarse satisfecho” con la superficie exterior de los fenómenos estudiados, no ya como un inerte estático mecanismo inexpresivo y formal, sino incluso como el espejo más fiel de los que son los movimientos culturales, económicos, políticos, ideológicos que disputan el campo en el desarrollo de la historia del hombre”⁸.

E também, mais recentemente, Michele Taruffo:

“La decisión de si todos los poderes de iniciativa de instrucción tengan que ser otorgados exclusivamente a las partes, o si poderes más amplios de iniciativa de instrucción puedan o tengan que también ser atribuidos al juez, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico”⁹.

Entre nós encontra-se idêntica posição¹⁰.

Como explicou Celso Agrícola Barbi¹¹, a regulamentação dos poderes do juiz sofre influência de fatores político-filosóficos, técnicos e locais, sendo

⁷ Ainda que correndo o risco de provocar polêmicas, que podem tanto favorecer quanto prejudicar o estudo do tema (em que pese o propósito não seja afirmar que esta ou aquela ideologia é melhor, mas verificar qual se encontra subjacente ao nosso sistema processual).

⁸ Cf. “Iniciativas probatórias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso”. In: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1972. pp. 130-131.

⁹ Cf. “Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, pp. 95-122. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2007.

¹⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. In: *Temas de Direito Processual Civil: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65.

¹¹ Cf. “Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 6, jul./dez. 1962, pp. 157-158.

relevantes nesta oportunidade apenas os dois primeiros. O fator político-filosófico consiste na “concepção que o legislador tenha da finalidade do processo e de sua posição dentro do quadro das funções estatais, o que deve refletir-se em todo o Código e, de forma acentuada, na determinação dos poderes do juiz”. Já os fatores técnicos são “os princípios que presidem à escolha de normas capazes de realizar aquela orientação político-filosófica escolhida”¹², pois, como afirmou Liebman, “anche le regole tecniche hanno una loro precisa ragione d’essere, almeno in termini di adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere”¹³.

É o que se espera que ocorra¹⁴. O que não significa que o legislador, inadvertidamente ou não (v. g., numa tentativa de mudança, ainda que parcial, da concepção político-filosófica que orienta a jurisdição e o processo), não possa adotar técnica que não promova ou até mesmo prejudique a sua realização¹⁵. É o caso, entre nós, da ação popular e da ação civil pública, instrumentos de caráter nitidamente democrático surgidos em período ditatorial¹⁶. Encontrar um leão no interior de uma lanchonete certamente causa espanto, mas nem por isso o leão deixa de ser leão ou a lanchonete se transforma em zoológico. Uma coisa não influi na outra.

No caso, a concessão de maiores poderes ao juiz no campo probatório corresponde à concepção de que o objetivo primário da jurisdição é a atuação do direito objetivo¹⁷ e não a tutela do direito subjetivo¹⁸. Aquela

¹² O autor ressalva que tais princípios não podem implicar “quebra do mais importante dogma relativo ao juiz, que é o de assegurar sua imparcialidade”, mas aí a questão já é outra: os limites da validade constitucional do princípio.

¹³ Cf. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 6.

¹⁴ Segundo Moacyr Amaral Santos foi este o caso da reforma processual que deu origem ao Código de Processo Civil de 1939, na qual o legislador tudo fez, sem dissimulação, para extrair dos fatores técnicos “princípios consorciáveis com a orientação autoritária do regime instituído” (“Contra o processo autoritário”. São Paulo, *Revista de Direito Processual*, v. 1, jan./jun. 1960, p. 32).

¹⁵ Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Liberalismo y autoritarismo en el proceso civil”. In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. t. II. México: UNAM, 1974. p. 260; MENDONÇA, Luís Correia de. Cf. “Vírus autoritário e processo civil”. Coimbra, *Julgar*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 78.

¹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O neoprivatismo no processo civil”. In: *Temas de Direito Processual Civil: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

¹⁷ Entendimento em relação ao qual já manifestamos nossa discordância. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “O público e o privado no processo civil: perplexidades diante do novo artigo 745-A do Código de Processo Civil”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 52, jul. 2007, pp. 71-89.

¹⁸ No mesmo sentido afirmou Angelo Pieri Sereni que o predomínio do poder de iniciativa e disposição das partes no processo civil norte-americano decorre da concepção lá existente a respeito da função do processo e do juiz. Cf. *El Proceso Civil en los Estados Unidos*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1958. pp. 11-12. E esta concepção, como procuramos sustentar no artigo acima citado, e ficará claro no item 5 do presente trabalho, decorre do direito material envolvido. Donde se conclui que a lei não cria tipos de juízes (espectador, diretor, ditador), mas sim tipos de processos. Cf. SENTIS MELENDO, Santiago. “Iniciativa probatoria del juez”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1967. p. 615. Imaginar o contrário é inverter a ordem natural das coisas.

em que a jurisdição é vista mais como poder do que como serviço público¹⁹.

A essas duas concepções de jurisdição (e conseqüentemente de processo, que é o instrumento de que ela se serve para atingir seus fins) correspondem dois princípios que disciplinam a divisão de poderes, deveres, ônus, etc. entre as partes e o juiz: o inquisitivo (ou inquisitório) e o dispositivo (ou acusatório). Naquele, o magistrado tem ampla liberdade (na realidade, o poder-dever) na instauração e desenvolvimento do processo, de modo a atingir o seu resultado final, ainda que sem a colaboração das partes. Neste, deixa-se às partes “a tarefa ou função de delimitar o âmbito da *res in iudicium deducta* e de estimular a atividade do juiz no processo”²⁰. Predominando²¹ o princípio dispositivo, o processo é liberal²²; predominando o inquisitivo, autoritário: “um processo é do tipo autoritário, e desse tipo será conseqüentemente o juiz, pela predominância do princípio *inquisitivo* sobre o *dispositivo*, da autoridade sobre a liberdade”²³. Invocando Calamandrei, reconhecemos ser “natural que a toda variação de equilíbrio político entre autoridade e liberdade, corresponda, no microcosmos do processo, a uma variação análoga do ponto de encontro entre os poderes do juiz e os das partes”²⁴.

Para o processualista argentino Adolfo Alvarado Velloso, o inquisitivo e o dispositivo não seriam princípios, que pudessem ser combinados obtendo-se

¹⁹ O problema é “apenas” de perspectiva, vez que a jurisdição é poder e atividade (= serviço público).

²⁰ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 116.

²¹ Como ressaltou Amalia D. Kessler, “the models of adversarial and inquisitorial systems of justice are precisely that — models to which no actual legal system precisely corresponds, since all legal systems combine both adversarial and inquisitorial elements” (“Our inquisitorial tradition: equity procedure, due process, and the search for an alternative to the adversarial”. *Cornell Law Review*, v. 90, 2005, p. 1187). Na prática os modelos não são puros, fruto da necessidade de evitar que a liberdade degenera em anarquia e a autoridade em tirania. Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Liberalismo y autoritarismo en el proceso civil”. In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. t. II. México: UNAM, 1974. p. 274. O que não significa que não se possa utilizar os adjetivos dispositivo (ou adversarial) e inquisitivo (ou inquisitório) para designar elementos característicos destes modelos ideais

²² Liberal não é sinônimo de democrático. Nem autoritário é sinônimo de totalitário, pelo que reputamos infundados os argumentos de Taruffo sugerindo que um Estado democrático não poderia ter um processo civil com traços autoritários. Cf. “Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, pp. 95-122. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2007.

²³ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral “Contra o processo autoritário”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, jan./jun. 1960, p. 37. “El aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil” (MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso Civil y Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 153).

²⁴ Cf. *Direito Processual Civil*. v. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 312.

modelos intermediários entre um máximo de inquisitividade e um máximo de dispositividade, mas sistema opostos e inconciliáveis:

“De la comparación efectuada en el punto anterior puede colegirse com facilidad que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte acceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

Así es como *disposición* e *inquisición* aparecen siempre en la historia judicial, a la manera de los poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente”²⁵.

Com o devido respeito, não podemos concordar com tal afirmação. Se pudessem ser comparados a dois líquidos, os princípios dispositivo e inquisitivo estariam mais para a água e o vinho do que para a água e o óleo. O problema não é saber se eles podem ser combinados, mas quais as chances de a mistura agradar aos partidários de um e de outro. Ou seja, em que medida um modelo intermediário, cuja existência é admitida pela doutrina²⁶, atende às necessidades de uma ou outra concepção de jurisdição.

3. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A BUSCA DA VERDADE

O principal argumento que costuma ser invocado em favor do aumento dos poderes instrutórios (= iniciativa) do juiz é a necessidade de apurar a verdade, não apenas “formal”, mas “substancial”, sem a qual não é possível fazer verdadeira justiça, fundamento plenamente compatível com a visão da jurisdição como instrumento de atuação do direito objetivo e com um processo em que o princípio inquisitivo predomina sobre o dispositivo.

Tal linha de argumentação, no entanto, não nos parece correta e ademais tem um quê de demagógica²⁷, algo de “jogar para a platéia”, pois, ainda que implicitamente, separa os estudiosos do processo entre aqueles preocupa-

²⁵ Cf. “Los sistemas procesales”. In: Oscar A. Zorzoli e Adolfo Alvarado Velloso (Coords). *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006. pp. 85-86. A opinião parece ser compartilhada por Girolamo Monteleone. Cf. *Compendio di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2001. p. 132.

²⁶ Cf. BARBI, Celso Agrícola. “Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 6, jul./dez. 1962, p. 168.

²⁷ Vício de que também padece a tese da “relativização” da coisa julgada, mormente sob a alegação de que o instituto não pode ser óbice à “busca da verdade” e à “realização da justiça”,

dos com a verdade e a justiça e aqueles que não se importam com estes valores²⁸, divisão que não corresponde à realidade.

Em primeiro lugar, carece de comprovação na prática a tese de que a participação ativa do juiz na busca da verdade resulta em uma justiça “mais justa”:

“No resulta, hasta hoy, probado teórica o empíricamente que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el deseo de injusticia. Por el contrario, en base a la experiencia, nunca desmentida, quien se dirige al juez civil invoca la justicia y la aplicación de la ley, que considera se ha violado en su daño.

Puesto que una sentencia ‘no es nunca justa si se basa en una determinación errónea o inexacta de los hechos’, ¿quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos em juicio) sean mas idôneas que aquellas propuestas pelas partes (sujeitos que, en cambio, son los artifices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?”²⁹.

Também é a opinião de D. J. Galligan, ao ressaltar que mesmo que se considere que a concepção “continental” de julgamento (= juiz mais ativo) é superior à concepção “adversarial” inglesa, isto não torna possível afirmar que um modelo de processo é melhor do que o outro, vez que os defeitos evidentes de um podem ser compensados pelos vícios ocultos de outro³⁰.

como apontou José Ignácio Botelho de Mesquita. Cf. “Teste de DNA *versus* autoridade da coisa julgada”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun. 2007, p. 343.

²⁸ A acusação é feita, por exemplo, por Michele Taruffo. Cf. “Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, pp. 95-122. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&Ing=es&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2007. O autor chega mesmo a afirmar que se a verdade não importa, o desfecho poderia ser obtido recorrendo-se às ordálias ou ao “cara-ou-coroa”, simplificação absurda da questão que ora se debate.

²⁹ Cf. MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In: Oscar A. Zorzoli e Adolfo Alvarado Velloso (Coords). *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006. pp. 230-232. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. “A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil”. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro *et alii*. *Linhas Mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 404. Há uma conhecida frase de Calamandrei que parece sugerir o contrário: “Concordariam os ingleses em trocar sua boa justiça pelo alto desenvolvimento científico dos italianos?”.

³⁰ Cf. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 23. As comparações entre o *adversary system* e outros modelos de processo (especialmente o processo dos países da Europa continental) normalmente confrontam a realidade de um com uma visão idealizada do outro. Cf. HAZARD, JR., Geoffrey C. e TARUFFO, Michelle. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. pp. 101-104 (os autores enumeram os aspectos positivos do *adversary system* ou, mais propriamente, procuram demonstrar que a maior parte dos defeitos que lhe são imputados encontram-se presentes também em outros modelos).

Em segundo lugar, em muitas oportunidades é a própria Constituição ou a lei processual (ou seja, o sistema) que coloca a verdade em segundo plano, quer proibindo ou restringindo determinados meios de prova (dificultando, pois a sua descoberta), quer dispensando a certeza (que decorre da verdade) para que sejam proferidas decisões afetando a esfera jurídica das partes (em especial o demandado).

Deveras, ao proibir a utilização no processo de provas ilícitas (art. 5, LVI), o que não faz a Constituição senão assumir o risco de que a verdade não seja conhecida, caso não haja nenhum outro meio de provar fato relevante para o acolhimento do pedido ou da defesa?

O que dizer, ainda, das regras do Código de Processo que de algum modo limitam, exaltam ou graduam³¹ a eficácia dos variados meios de prova?

Proibir a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor exceda dez salários mínimos (art. 410 do CPC) não é assumir o risco de que em muitos casos não será possível provar a existência de contratos que de fato foram celebrados? O mesmo não ocorre quando se exige que a prova seja feita por instrumento público (art. 366 do CPC)?

Vedar que o juiz utilize seus conhecimentos pessoais para julgar a lide (art. 409, I, do CPC), não é diminuir as chances de se obter a verdade?³²

Por outro lado, como seria possível justificar a prolação de decisões com base em cognição sumária, nas quais o julgador se contenta não com a verdade (a “verdade verdadeira” se permitido o pleonasma), mas com a aparência de verdade (= verosimilhança)?

Este, aliás, é um dos argumentos utilizados por ilustres autores para justificar a introdução, em nosso direito, de instituto como a antecipação de tutela: a superação do mito da “busca da verdade”³³.

Se a verdade é tão importante, como justificar, finalmente, a impossibilidade de reexame de matéria fática em sede de recurso especial ou extraordinário ou, ainda, em ação rescisória? E se algum equívoco tiver sido cometido?

É o que basta, a nosso ver, para demonstrar que a busca da verdade não é o fim do processo³⁴ e, por conseguinte, não é um fundamento

³¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 103.

³² Cf. MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2001. p. 131.

³³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 136-138.

³⁴ Cf. BUZAID, Alfredo. “Do ónus da prova”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961, p. 18; “Falar de verdade no processo civil é qualquer coisa de ingênuo (ou exatamente o oposto). Não há verdade, apenas aproximações da realidade, reconstruções mais ou menos fidedignas do que aconteceu” (GOUVEIA, Mariana França. “Os poderes do juiz cível na acção declarativa: Em defesa de um processo civil a serviço do cidadão”. Coimbra, *Julgár*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 62); “De esta manera en el proceso no se persigue la ‘verdad verdadera’ a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la ‘verdad legal’, la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propias del mismo” (MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária”. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso Civil y Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 163).

teórico válido, por si só, para justificar a atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Se o descobrimento da verdade fosse o fim do processo, ele haveria de ser muito diferente do que é, especialmente quanto à sua duração. Já se disse que a atividade do juiz no processo é semelhante à de um historiador. O que também precisa ser dito, no entanto, é que um historiador, em princípio, não sofre limitações de ordem temporal para concluir suas investigações. É perfeitamente razoável que um historiador leve anos ou décadas (ou uma vida inteira) para saber com certeza em que circunstâncias foi assinado o Tratado de Tordesilhas ou como era a alimentação na Roma antiga. Este, porém, é um “luxo” que o juiz não tem. O processo não pode se arrastar durante anos, indefinidamente, até que o juiz reúna elementos suficientes para ter certeza quanto à existência ou não dos fatos relevantes para o julgamento da causa³⁵. Do contrário, restaria eliminada a sua utilidade como mecanismo de eliminação de conflitos, de pacificação social.

Obviamente que o juiz deve procurar se convencer a respeito da existência ou não dos fatos alegados pelas partes, relevantes para o julgamento. Quanto a isto não há divergência. A questão que se coloca é que, sendo tal atividade meio e não fim, deve respeitar os limites que explícita ou implicitamente lhe são impostos pelo sistema³⁶.

4. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E ÔNUS DAS PARTES

Outra questão de grande relevância, tanto teórica quanto prática, consiste em saber se é possível compatibilizar a atividade instrutória do juiz com a imposição pela lei de ônus processuais às partes e em que termos ocorreria tal compatibilização.

O Código Buzaid, seguindo tendência observada em diversos países (pelo menos os de tradição romano-canônica) durante o século XX³⁷ no sen-

³⁵ Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 69.

³⁶ “O que legitima a decisão jurisdicional ou a coisa julgada é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, *as próprias regras que criam as balizas para a construção da verdade material*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011272406.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007) — grifamos. O processualista argentino Augusto Mario Morello, defensor da iniciativa probatória do juiz, reconhece que a necessidade de compatibilização do “princípio da verdade” com outros princípios (como o dispositivo) “es la posición más coherente con los fundamentos y presupuestos ideológicos de nuestro sistema procesal” (*La Prueba: Tendencias Modernas*. 2. ed. La Plata: Libreria Editora Platense, 2001. p. 41), afirmação que reputamos válida também em relação ao Brasil.

³⁷ Talvez o paradigma seja alterado no século XXI, podendo ser apontada como representativa desta possível nova tendência a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (2000), que em sua exposição de motivos assim se manifesta: “La Ley considera *improcedente llevar a cabo*

tido de aumentar os poderes processuais do julgador, outorgou ao juiz brasileiro a possibilidade de “determinar as provas necessárias à instrução do processo” (art. 130).

O mesmo Código de Processo Civil, no entanto, impõe às partes o ônus de alegar os fatos favoráveis ao acolhimento ou à rejeição do pedido, o ônus de impugnar os fatos alegados pela parte contrária, bem como o ônus de provar os fatos que tenha alegado (ressalvadas as hipóteses do artigo 334 do CPC, em que a prova é dispensada).

Embora não expressamente mencionado pela lei, do ônus de alegar e do ônus de provar pode-se deduzir a existência de outro ônus: o de requerer a produção das provas necessárias à demonstração dos fatos alegados.

Há, pois, um conflito entre os dispositivos que outorgam poderes instrutórios ao juiz e os que atribuem às partes o ônus de pleitear a produção de provas e de provar suas alegações (ou pelo menos entre as interpretações que se costuma fazer destes dispositivos), que deve ser resolvido³⁸ sem que nenhum deles seja transformado em “letra morta”³⁹. É o que nos propomos a fazer.

Em primeiro lugar, o juiz não deve determinar a produção de provas antes que as partes se manifestem a esse respeito, pois deve ser delas a iniciativa de trazer ao processo os elementos de convicção necessários para demonstrar a veracidade de suas alegações.

“A posição do juiz deve ser de expectativa em relação à atuação probatória das partes. Por outras palavras, em princípio, o juiz deve aguardar as provas das partes para, em seguida, decidir ou determinar sua complementação”⁴⁰.

Isto, porém, ainda não é o suficiente. Não basta vedar ao juiz a iniciativa probatória e depois permitir que ele supra as deficiências ou omissões de

nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto (por las partes) así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado”.

³⁸ “Combinar correctamente en la práctica estos dos principios, es fundamental” (SENTIS MELENDO, Santiago. “Iniciativa probatoria del juez”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJE, 1967. p. 617).

³⁹ Seria muito fácil, embora claramente ilegal, resolver o conflito mandando ao limbo (se o limbo ainda existisse!) o ônus da prova, como defende Marcelo Abelha Rodrigues, ao afirmar que “a prova não é regida por “ônus”, e, por isso, qualquer regra processual que assim a considere é, no mínimo, ilegítima, devendo ser completamente banida do sistema a vergonhosa regra de julgamento diante do *non liquet*” (*Elementos de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2003. p. 300). A posição é absolutamente coerente com uma visão exacerbada do caráter público do processo. Porém não foi essa a concepção albergada por nosso direito positivo. O art. 130 não é “uma ‘regra de ouro’ com força para apagar do Código as regras sobre o ônus da prova” (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 90).

⁴⁰ Cf. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. “Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun. 2007, p. 225.

uma das partes (“desequilibrando a balança da justiça”⁴¹), invocando, por exemplo, o chamado princípio da colaboração⁴²:

“Ora, se o magistrado determina, de ofício, a realização de certa prova, a parte onerada, que se manteve inerte, não irá suportar qualquer consequência negativa pela sua omissão”⁴³.

“Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da verdade dos fatos, não teria significação a repartição dos ônus da prova”⁴⁴.

Se o juiz tem o *dever* de investigar, não tem sentido afirmar que a parte tem o *ônus* de pleitear a produção da prova, como lecionou Santiago Sentis Melendo:

“Donde existe el *deber* de un sujeto del proceso, no puede haber *carga* para outro. De manera especial: *la carga del litigante termina donde empieza el deber del juez*. La carga es necesidad; y donde el juez tiene un deber ya no hay acto necesario para el litigante”⁴⁵.

De tal forma que o julgador não pode “patrocinar os interesses da parte omissa, saindo a campo à procura de provas qual investigador ou juiz

41 Cf. SENTIS MELENDO, Santiago. “Prejuzgamiento”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEA, 1967. p. 262.

42 A idéia de que as partes colaboram com o juiz para obter a justa composição da lide e não a vitória tem algo de ingênuo, como ressaltou o magistrado português Luís Correia de Mendonça. O processo não é “um alegre passeio de jardim que as partes dão de mãos dadas, na companhia do juiz” (“Vírus autoritário e processo civil”. Coimbra, *Julgar*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 90).

43 Cf. FORNACIARI, Fernando Hellmeister Clito. *Ônus da Prova no Processo Civil*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. p. 79.

44 Cf. BUZAID, Alfredo. “Do ônus da prova”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961, p. 19 (entendimento que remonta a Chiovenda). A referência é ao aspecto subjetivo do ônus da prova (advertência às partes das consequências negativas da falta de prova e estímulo à participação da instrução probatória). O aspecto objetivo, isto é, o ônus da prova como regra de julgamento, sempre se faz presente, ainda que o processo seja do tipo inquisitivo. Cf. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004. p. 223; JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra de Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002. p. 272. Esta circunstância, aliás, é invocada pelos partidários de uma ampla iniciativa probatória do juiz para refutar a oposição entre iniciativa probatória e ônus da prova.

45 Cf. “Perención de instancia y carga procesal”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEA, 1967. p. 352. A posição de Barbosa Moreira, no sentido de que o ônus subjetivo é apenas atenuado, parte de um pressuposto diferente: o de que o juiz tem a *faculdade* e não o *dever* de proceder à colheita de provas. Cf. “Julgamento e ônus da prova”. In: *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 78-79. A afirmação, porém, equivale a reconhecer que a atividade do juiz é discricionária e no final enseja uma contradição com a concepção publicística do processo: como pode o juiz ter a faculdade e não a obrigação de buscar a verdade?

de instrução”⁴⁶. Como ressaltou o autor ora citado, a falta de iniciativa probatória da parte deve ter como consequência, em regra, a improcedência do pedido ou a rejeição da defesa e não a aplicação do art. 130 do CPC.

Se a investigação dos fatos pelo juiz é livre na jurisdição voluntária (art. 1.107 do CPC), não pode ser livre na jurisdição contenciosa (art. 130 do CPC), de modo a permitir o suprimento de omissão ou inércia da parte⁴⁷. A distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária impede que a atividade instrutória do juiz seja a mesma numa e noutra hipótese⁴⁸.

Nesse sentido, a idéia de impulso oficial (art. 262 do CPC) não pode resultar em autorização para o suprimento da omissão da parte pelo juiz em matéria probatória.

Uma coisa é estabelecer que o processo não pode ficar parado, “à deriva” (o que seria contrário à própria idéia de movimento que o termo “processo” carrega), por falta de iniciativa das partes. Outra, muito diferente, é afirmar que a atividade do juiz é a principal força propulsora do processo, podendo substituir a atividade das partes, em especial em matéria probatória⁴⁹.

Quando a inércia das partes obriga o juiz a agir, o resultado não pode e não deve ser necessariamente igual ao que teria ocorrido se outra fosse a conduta das partes. Por exemplo, se nem o autor nem o réu pedem a produção de provas (além dos documentos juntados com a inicial e a contestação), o juiz dá andamento ao processo, encerrando a fase de instrução (= julgamento antecipado) e eventualmente facultando às partes a apresentação de alegações finais ou memoriais, e não determinando de ofício a produção das provas pelas quais as partes não demonstraram interesse.

⁴⁶ Cf. LOPES, João Batista. “Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 716, jun. 1995, p. 44.

⁴⁷ É o que dispõe o Código de Processo Civil Francês, segundo noticia Jolowicz, que apesar de conceder ao juiz “poderes consideráveis para atuar por sua própria iniciativa na coleta de informações”, “estabelece que uma *measure d’instruction* não pode ser ordenada com o fim de suprir a falha da parte em cumprir seu dever quanto à produção de provas” (“Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 135, mai. 2006, p. 170).

⁴⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As bases do direito processual civil”. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11.

⁴⁹ A doutrina dominante age como se todos os possíveis poderes do juiz (*v. g.*, de instrução, de controle dos pressupostos processuais e condições da ação, de repressão à má-fé processual, etc.), estivessem necessariamente vinculados. Ou se aceita a presença de todos eles ou a todos se renuncia, acenando-se, nesta última hipótese, com a figura do “juiz fantoche”, verdadeiro espantalho com o qual se procura afugentar as pessoas na direção contrária... Recusamo-nos, porém, a aceitar este tipo de “venda casada”. “Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia” (MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (civil y penal) y Garantía*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 73).

O impulso oficial não é o único e tampouco o principal mecanismo responsável pela movimentação do processo, pois os ónus impostos às partes também cumprem, e em maior medida, tal função:

“Todavia, mesmo ante o princípio do impulso oficial, o desenvolvimento do processo só é possível através de atos das partes, que, nesse quadrante, correspondem a um ónus processual”⁵⁰.

No mesmo sentido, veja-se a seguinte lição de Frederico Marques:

“Os ónus processuais constituem estímulos para as partes. Faltando a atuação do sujeito processual, que é o conteúdo do ónus, advém-lhe uma consequência prejudicial, ou pelo menos o risco de sofrê-la.

Por isso mesmo, o impulso processual está muito ligado aos ónus processuais. Para que as partes não permaneçam inertes, provocando assim a paralisação do movimento processual, ónus lhe são impostos correlacionados com a marcha e andamento do processo. Para que o interessado não fique omissos, a lei lhe impõe o ónus de atuar, o qual descumprido traz como resultado a continuação da marcha do processo. A lei compele o litigante a apresentar suas provas, a fazer suas alegações, a recorrer no prazo preestabelecido, porque todas essas atividades estão impostas através de ónus: se não se realizarem, arrisca-se a parte a sofrer as consequências danosas de sua própria inércia”⁵¹.

Tampouco se pode justificar o suprimento da omissão da parte com base no interesse do Estado na administração da justiça ou, como se costuma dizer, na justa composição da lide.

Para tanto, teriam que ser os mesmos os propósitos do juiz e da parte, o que não ocorre. Imaginar o contrário é irrealista e enganador⁵². Não é correto identificar o interesse do juiz na justa composição da lide com o interesse das partes em pleitear a produção de provas, vez que este, decorrente da distribuição do ónus da prova, não tem como finalidade provar os fatos tal como eles ocor-

⁵⁰ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 167.

⁵¹ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. pp. 289-290.

⁵² Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”. Coimbra, *Julgar*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 91.

⁵³ “A história chega ao tribunal, que a desconhece em absoluto, já muito trabalhada” (GOUVEIA, Mariana França. “Os poderes do juiz cível na acção declarativa: Em defesa de um processo civil a serviço do cidadão”. Coimbra, *Julgar*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 61). “Cada parte tem a sua [verdade], e o juiz, para proferir decisão, elabora a própria — que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível

reram, mas tal como foram alegados por cada uma das partes. Tanto o autor como o réu trazem para o processo um “recorte” dos fatos⁵³ (ainda que acreditem sinceramente que a “verdade” e a “justiça” estão do seu lado), por assim dizer, tendo em vista os seus objetivos (acolhimento ou rejeição do pedido)⁵⁴. A iniciativa probatória do juiz, assim, “no puede sino tener la finalidad de dar o negar fundamento de hecho a las demandas, excepciones o defensas propuestas por alguna de las partes”⁵⁵.

Como é intuitivo e revela a experiência forense, embora não haja óbice legal a que o autor peça a produção de prova para demonstrar que o fato extintivo, impeditivo ou modificativo alegado pelo réu não existe, e vice-versa (por parte do réu, quanto ao fato constitutivo alegado pelo autor), na prática isto não ocorre⁵⁶, vez que não há interesse em adotar semelhante conduta⁵⁷, pois a não realização da prova já favorece o litigante, por força do ónus da prova imposto ao adversário⁵⁸. Mesmo não sendo possível prever qual será o resultado da prova (se o fato será ou não provado⁵⁹), é evidente que a sua realização somente representa um benefício potencial para o litigante que tem o ónus da prova⁶⁰.

em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011272406.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007).

54 Os sujeitos parciais perseguem no processo finalidades mais limitadas e egoístas. Cf. CALAMANDREI, Piero. “O processo como jogo”. In: *Direito Processual Civil*. v. III. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 224

55 Cf. MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In: Oscar A. Zorzoli e Adolfo Alvarado Velloso (Coords). *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 232.

56 Imaginar que o adversário fornecerá a prova, da qual poderá se beneficiar o litigante com base no princípio da comunhão, não passa de *wishful thinking*. “Il principio della ripartizione dell’onere della prova significa che ciascuna parte, per provare al giudice i fatti ad essa favorevoli, deve fidare soltanto sulle proprie forze, senza sperare aiuti dalla parte avversaria” (Calamandrei, Piero. “Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio”. In: *Studi sul processo civile*. v. III. Padova: CEDAM, 1934. p. 58).

57 “Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ónus da prova segundo as particularidades do caso concreto*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007. p. 1).

58 O mesmíssimo fenômeno ocorre no processo penal e não é por outra razão que Ivan Badaró se vê obrigado a reconhecer que “num certo sentido, os poderes instrutórios do juiz no processo penal são prejudiciais ao acusado”: “Vigorando o *in dubio pro reo* como regra de julgamento, se não houver prova suficiente para superar esta premissa inicial, que é a inocência do acusado, a solução que se impõe é a absolvição. Num sistema em que o juiz não tivesse iniciativa probatória, se a prova produzida pela acusação fosse insuficiente para comprovar a culpabilidade, somente restaria ao juiz a absolvição. Porém, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, é possível que uma prova produzida por determinação do juiz demonstre a culpa do acusado e leve à sua condenação” (*Ónus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 120).

59 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O neoprivatismo no processo civil”. In: *Temas de Direito Processual Civil: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 80.

60 É falaciosa a afirmação de que o juiz que deixasse de determinar a produção da prova também estaria sendo parcial, ao beneficiar a parte a quem aproveita a não demonstração do fato. O juiz, abstendo-se, mantém inalterada a situação processual das partes. Se um dos litigantes é favorecido, é favorecido pela lei, que distribuiu os ónus da prova, e não pelo juiz.

É incorreto, pois, afirmar que “o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é aquele litigante que tirará proveito deste reconhecimento”⁶¹. Não é o “maior”. É o único.

Por outro lado, é justo que a parte sofra, como prevê a lei (não se trata de aplicar punição draconiana criada *ad hoc* pelo juiz, mas previamente instituída e disciplinada pelo legislador, existente há séculos), os efeitos de sua omissão. Se o ônus da prova é objetivo, no sentido de que o que importa é o resultado (= falta de prova) e não o comportamento da parte (se foi diligente ou não), não tem sentido criticar o juiz ou a lei pela eventual injustiça (que por sinal não tem como ser provada⁶²) da decisão. Muito menos compará-lo a Pôncio Pilatos⁶³. No processo também vale a máxima de que quem quer ser ajudado deve começar ajudando a si mesmo⁶⁴. *Faber est suae quisque fortunae*. Não soa razoável que o juiz dê ao conflito importância maior do que lhe atribuem as partes, “alongando a duração do processo e retardando a oferta do seu produto final”⁶⁵.

⁶¹ Cf. RIBEIRO, Débora de Oliveira. *Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. p. 17.

⁶² “Além do mais, só um observador clarividente ou talvez onisciente seria capaz de determinar os casos em que realmente o resultado do processo teria sido outro, não foram as condutas que efetivamente tiveram as partes no seu curso (especialmente no processo de conhecimento)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 205).

⁶³ A alusão é tanto frequente quanto incorreta. Não é preciso ser especialista nas escrituras (se fosse esse o caso não nos aventurariamos a escrever esta nota de rodapé) para saber que o episódio em que Pilatos “lava as mãos” nada tem a ver com prova ou iniciativa instrutória do juiz. A Pilatos não faltava certeza, pois estava convencido da inocência de Jesus (Lucas 23:4, 23:14, 23:15 e 23:22; João 18:38, 19:4, 19:6). Faltava integridade de caráter para julgar de acordo com a sua consciência. Pilatos foi pusilânime porque abriu mão do dever de decidir, delegando sua atribuição à massa sedenta de sangue (excelente exemplo dos perigos da demagogia judicial). Julgar (e não investigar) é a atividade inseparável da figura do juiz.

⁶⁴ “Toca às partes propor as provas que julguem oportunas. O magistrado julga sobre as provas produzidas: tanto pior para as partes se forem insuficientes” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 349).

⁶⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 250. Isto é tanto mais necessário se considerarmos a enorme quantidade de processos que cada juiz tem para julgar em nosso país. O estereótipo do juiz instrutor (diretor “material” do processo) poderia ser compatível com a Áustria do final do século XIX, mas não com o Brasil do século XXI. A carga de trabalho não o permite. Em um cenário em que todos os juízes têm “una montaña de trabajo atrasado” (como é o caso do Brasil e a maioria dos países, pelo que temos notícia), aumentar os poderes do julgador e dele fazer depender a marcha do processo, pode ser deixá-lo sob a condução de um fantasma, cuja presença (ou seria ausência?) é sentida durante os longos períodos em que as partes aguardam as decisões e audiências. Cf. CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre libertad y autoridad (el reglamento de Klein)”. In: Oscar A. Zorzoli e Adolfo Alvarado Velloso (Coords). *El debido proceso*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 172. Em termos semelhantes, defendendo o que chamou de “visão mais simples e realista” da regra de aporção de provas pelas partes, assim se manifestou Alcalá-Zamora y Castillo: “Además, si juzgador y tribunales se hallan por doquiera recargados de trabajo, calcúlese la situación si todavía tuviesen que cuidasse de la búsqueda de la prueba. Es, pues, una consideración utilitaria, recomendada por la experiencia y por la economía, la que justifica que respecto de ella predomine el principio dispositivo sobre el de oficialidad” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Autoridad y liber-

Aliás, se a parte que não consegue se desincumbir do ónus da prova, apesar de ter tentado, é castigada com a derrota, outra não pode ser a paga do litigante inerte e omissor, até por uma questão de isonomia⁶⁶.

A iniciativa probatória⁶⁷ do juiz, logo, deve ser excepcional. E deve existir algum critério objetivo que justifique o abandono, pelo juiz, da sua posição de inércia (ou de espera, caso se prefira), para determinar a produção de prova que não foi pleiteada pela parte, suprindo a sua omissão.

Do contrário, ficariam abertas as portas à discricionariedade judicial⁶⁸, que permitiria ao juiz, por exemplo, suprir as deficiências de iniciativa da “parte mais fraca ou a que esteja sendo representada por advogado inexperiente ou negligente”⁶⁹, transformando-se em verdadeiro advogado ou assistente da parte, o que mesmo partidários do “ativismo judicial” reconhecem ser incompatível com o nosso sistema⁷⁰.

Como pontificou o autor do Código, a função do magistrado é “declarar o direito em cada caso concreto, sem suprir as deficiências das partes, que agem representadas por advogados aptos a postular em juízo”⁷¹.

dad en el proceso civil”. In: *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972)*. t. II. México: UNAM, 1974. p. 239). Em obra recente, a mesma visão, lúcida e realista, foi defendida por Maria Elizabeth de Castro Lopes. Cf. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. pp. 115-116. Aliás, se, como afirmou Taruffo, no direito francês os juízes raramente se valem de seus poderes instrutórios (de natureza discricionária), provavelmente por serem supérfluos, pois as partes, *como em qualquer sistema*, são ativas em trazer ao processo as partes que lhes interessam (“Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, pp. 95-122. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2007), fica a pergunta: por quê, então, a insistência em atribuir iniciativa instrutória ao juiz? “A tão decantada tese de que o juiz deve determinar prova de ofício deve ser vista como uma idéia simplista e ingênua caso tenha a pretensão de se constituir em uma alternativa ao julgamento baseado na regra do ónus da prova” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011272406.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007).

⁶⁶ É sumamente injusto, pois, imputar ao juiz qualquer responsabilidade pelo resultado do processo em tal situação. A inércia decorreu da parte e as suas consequências são impostas pela lei, que em caso de falta de prova julga o mérito no lugar do juiz.

⁶⁷ Como já visto, iniciativa probatória não se confunde com atividade probatória, conceito mais amplo, que inclui a possibilidade de obter esclarecimentos sobre as provas já produzidas, bem como de indeferir as provas inúteis ou meramente protelatórias.

⁶⁸ Ou, mais propriamente, arbítrio, porquanto a possibilidade de controle da decisão por meio de recurso não passa da possibilidade de substituição do arbítrio do órgão *a quo* pelo arbítrio do órgão *ad quem*.

⁶⁹ Cf. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. “Ativismo judicial e ónus da prova no processo civil”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun. 2007, p. 223. A tese é incompatível, como se verá a seguir, com a exigência constitucional (enquanto componente do devido processo legal) de imparcialidade do juiz.

⁷⁰ Cf. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. “Ativismo judicial e ónus da prova no processo civil”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun. 2007, p. 223; MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 217; WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 399.

⁷¹ Cf. Buzaid, Alfredo. “Do ónus da prova”. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961, pp. 6-7.

O critério, em nossa opinião, não pode ser o desequilíbrio entre as partes⁷², a complexidade da matéria⁷³ (como justificar possa o juiz determinar a realização de perícia, mas não a oitiva de testemunhas?⁷⁴) ou o estado de perplexidade do julgador (que somente existirá ou não no momento em que ele tiver de proferir a sentença⁷⁵, valendo-se, se necessário, das regras sobre o ônus da prova) e sim a indisponibilidade do direito objeto do litígio.

5. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E DISPONIBILIDADE DO DIREITO

De fato, como sugerimos em oportunidade anterior⁷⁶, a disponibilidade ou não do direito que é objeto da lide tem profunda repercussão sobre o pro-

⁷² O desequilíbrio ou desigualdade substancial entre as partes no campo probatório existe quando uma delas, embora desejando fazer prova de suas alegações, não tem ou provavelmente não terá como conseguir, por falta de informação ou recursos. Para superar tais dificuldades, porém, existem outros institutos, como a assistência judiciária ou a inversão do ônus da prova, distintos da atividade instrutória do juiz e com ela inconfundíveis.

⁷³ Se uma das partes junta ao processo documento cuja compreensão exige conhecimentos técnicos (para o julgamento do mérito) e o juiz determina a realização de perícia, não se pode falar, na espécie, em suprimento de omissão da parte, pois omissão não houve.

⁷⁴ A distinção é feita, por exemplo, por João Batista Lopes, para quem o art. 130 do CPC não autoriza o juiz a determinar a produção de prova documental, testemunhal ou o depoimento pessoal da parte, embora o permita quanto à prova pericial, ao interrogatório informal e à inspeção judicial. Cf. "Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 716, jun. 1995, pp. 43-45. Ora, é evidente a maior dificuldade por parte do juiz para determinar a produção de determinados tipos de prova, por ignorar os fatos, como já ressaltaram ilustres autores nacionais e estrangeiros. Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Autoridad y libertad en el proceso civil". In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. t. II. México: UNAM, 1974. p. 239; MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011272406.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007. A questão, porém, não é saber se existe alguma limitação prática e sim jurídica que autorize a distinção. "Proceso inquisitivo quiere decir aquel en que el juez *puede obrar por sí*; pero el poder obrar por sí es jurídico, no práctico, en el papel, no en la realidad; jurídicamente el juez no está ligado a las partes; pero prácticamente necesita de ellas" (CARNELUTTI, Francesco. "Poner en su puesto ao Ministerio Publico". In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: El Foro, 1994. p. 214).

⁷⁵ Não nos parece apropriado utilizar o termo perplexidade para se referir à eventual necessidade de solicitar esclarecimentos a respeito de uma prova já produzida ou que está sendo produzida (a pedido da parte), situação em que é lícito ao juiz formular indagações às partes, às testemunhas ou ao perito ou mesmo inspecionar pessoas e coisas (art. 440 do CPC). A atividade instrutória do juiz *ex officio*, na linha do que defendeu Moacyr Amaral Santos, tem por objeto mais as circunstâncias do que os fatos propriamente ditos: "Não haveria exagero em afirmar-se que a iniciativa oficial, com referência à procura da verdade, diz respeito mais às circunstâncias que aos fatos, porquanto estes, inelutavelmente, impõe-se às partes aduzidos e demonstrá-los como razão ou fundamento dos seus pedidos, na inicial ou na defesa" ("Contra o processo autoritário". São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, jan./jun. 1960, p. 40). Em termos semelhantes, fala JAUERNIG no "dever judicial de perguntar e esclarecer" (*Direito Processual Civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra de Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002. p. 140).

⁷⁶ Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "O público e o privado no processo civil: perplexidades diante do novo artigo 745-A do Código de Processo Civil". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 52, jul. 2007, pp. 71-89.

cesso⁷⁷. É possível, inclusive, que seja o fator determinante da estrutura e da dinâmica processuais:

“Creo que no hay un proceso do tipo dispositivo; ni un principio dispositivo; lo que hay es *relaciones jurídicas disponibles*, y otras que no lo son. No se tiene igual disposición sobre uma relación jurídica de préstamo, que sólo a quienes han intervenido em ella interesa, que sobre una relación jurídica de paternidad y filiación o matrimonial”⁷⁸.

Couture, por exemplo, reconhecia que o princípio dispositivo (*principio de disposición*) se manifestava no processo: a) na iniciativa (*nemo iudex sine actore*); b) no impulso; c) na disponibilidade do direito material; d) na disponibilidade das provas; e) nos limites da decisão (princípio da adstrição ou congruência); f) na legitimação para recorrer; g) nos efeitos da coisa julgada⁷⁹.

Logo, afirmar que a disponibilidade ou não do direito não influi em matéria probatória⁸⁰ (e por conseguinte nos poderes do juiz), é olvidar, por exemplo, que sendo indisponível o direito:

- a falta de contestação do pedido não tem como consequência reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319 do CPC), tornando necessária a produção da prova (art. 320, II, do CPC);
- não há o ónus de impugnação específica dos fatos narrados na petição inicial (art. 302, I, do CPC), pois quanto a eles não se admite a confissão (art. 351 do CPC);
- não se admite a distribuição convencional do ónus da prova (art. 333, parágrafo único, do CPC).

Não há como separar arbitrariamente o ónus de pleitear a produção da prova (e o ónus da prova) do ónus de afirmar e do ónus de pedir (ação e exceção). Existe uma coordenação de ónus dentro do processo, como demonstrou Betti⁸¹. Se o princípio dispositivo incide nestes últimos (porque os ónus

⁷⁷ O processo é sempre público, ainda que o seu objeto não o seja. Cf. SENTIS MELENDO, Santiago. “El juez y el hecho”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1967. p. 381.

⁷⁸ Cf. SENTIS MELENDO, Santiago. “Iniciativa probatoria del juez”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1967. p. 618.

⁷⁹ Cf. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: BdeF, 2005. pp. 153-155.

⁸⁰ Não concordamos, pois, com a afirmação de Kemmerich no sentido de que “no processo civil brasileiro, a *Verhandlungsmaxime* foi afastada sem qualquer ressalva quanto à natureza dos interesses discutidos” (*As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 10 out. 2007). A limitação, ainda que não expressa, decorre do sistema adotado pelo CPC.

⁸¹ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 293.

decorrem do princípio dispositivo), como ninguém nega, deveria incidir também nos primeiros (*rectius*, são os ónus que decorrem do princípio dispositivo⁸²).

Pouco importa que se atribuam nomes distintos aos princípios com base nos quais se procura explicar a imposição destes ónus, como ocorre na doutrina alemã (*Dispositionprinzip* — princípio dispositivo — e *Verhandlungsmaxime* — princípio da negociação⁸³). Ou que se fale em princípio da demanda e princípio dispositivo, como preferia Liebman⁸⁴. O fundamental é reconhecer que o segundo (que regula a produção da prova) é uma consequência do primeiro: “a face do *Dispositionprinzip* no âmbito da instrução probatória”⁸⁵.

Se o Estado não fosse indiferente (nas relações de direito civil, *i.e.*, não-penal), como regra⁸⁶, à inaptidão ou inabilidade das partes a provar os fatos relevantes para o julgamento da causa, o ónus da prova não seria ónus, mas uma obrigação:

“No *ónus processual*, deixa a lei à livre vontade da parte onerada o cumprimento do imperativo jurídico ou a consequência danosa do seu descumprimento, *visto ser indiferente que o interessado atenda ou desatenda ao encargo que lhe pesa*”⁸⁷ (grifamos).

Quando o Estado realmente se importa se um determinado interesse juridicamente relevante será ou não defendido pelo seu titular, porque ele de alguma maneira diz respeito a valores considerados essenciais em uma deter-

⁸² Não se nega que a influência do direito material (*i.e.*, do seu caráter disponível ou não) não seja a mesma em todos os atos e fases do processo. Na realidade, a intensidade dessa projeção tende a perder intensidade naturalmente (como a luz, à medida que se afasta da sua fonte produtora) ao longo da cadeia de ónus processuais (de pedir, de alegar etc.). É isto o que explica, em nossa opinião, porque mesmo diante de interesses indisponíveis não existe, como regra, o chamado recurso de ofício, prevalecendo o ónus de recorrer. Do exposto se pode concluir que não afirmamos ser impossível a atribuição ao juiz do poder-dever de buscar a verdade em litígios envolvendo direitos disponíveis, independentemente e até mesmo contra a vontade das partes, de modo a eliminar completamente o aspecto subjetivo do ónus da prova. Como defendemos em outra oportunidade, trata-se de questão a ser resolvida pelo legislador, “segundo critérios de conveniência e oportunidade” (“O público e o privado no processo civil: perplexidades diante do novo artigo 745-A do Código de Processo Civil”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 52, jul. 2007, p. 80). O que afirmamos no presente estudo é que não foi esta a solução adotada pelo legislador brasileiro em 1973.

⁸³ Cf. KEMMERICH, Clóvis Juárez. *As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 10 out. 2007.

⁸⁴ Cf. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 4.

⁸⁵ Cf. KEMMERICH, Clóvis Juárez. *As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 10 out. 2007.

⁸⁶ O que mostra que o Estado brasileiro não é tão “social” como imaginam alguns autores (ou como eles gostariam que fosse), pois do contrário a indisponibilidade deveria ser a regra e não a exceção. E é bom que assim seja, posto que o modelo “social” já apresenta em todo o mundo inequívocos e inescandíveis sinais de decadência. O pêndulo da história movimenta-se em sentido inverso, ainda que desse fenômeno muitos prefiram não se dar conta.

⁸⁷ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 287.

minada sociedade (transcendendo a esfera individual do titular do interesse⁸⁸), manifesta a sua tomada de posição⁸⁹ não apenas fora, como dentro do processo, inclusive⁹⁰ designando um de seus órgãos para ajudar ou mesmo substituir o titular do interesse.

É esta, precisamente, a função do Ministério Público: a defesa em juízo dos interesses individuais e coletivos indisponíveis (art. 127 da Constituição):

“O que torna possível e legítima a atuação tutelatória do Ministério Público é, portanto, a indisponibilidade de direitos que resulta da existência de leis de ordem pública”⁹¹.

A iniciativa probatória do juiz no processo civil, assim, depende da natureza do direito envolvido, como defendeu Leonardo Greco⁹². Nas causas que versam sobre direitos disponíveis, deve ser “moderada e parcimoniosamente ativo”, usando as faculdades do artigo 130 do CPC “em caráter subsidiário das partes” (diríamos nós, para complementar e não substituir, para esclarecer e não provar). “Já nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, sem ir em busca de uma utópica e inatingível verdade real, deve determinar a produção de tantas provas quantas sejam necessárias para evitar que uma das partes ou ambas venham a abrir mão de direito do qual

⁸⁸ O interesse não deixa de pertencer ao seu titular. Ao interesse individual soma-se o interesse público. Cf. SANSEVERINO, Milton. “O Ministério Público e o interesse público no processo civil”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 9, jan./mar. 1978, p. 93.

⁸⁹ “Ao Estado compete a seleção dos interesses coletivos e individuais que devam prevalecer na sociedade” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45).

⁹⁰ O dever do juiz de investigar os fatos, precisamente por ser dever, continua a existir (de direito) mesmo que o processo conte com a participação do Ministério Público, ainda que na prática possa revelar-se desnecessário, diante da atuação ministerial. Neste sentido, o processo continua a ser inquisitivo, ainda que a participação do Ministério Público represente um afastamento do modelo tradicional de inquisitorialidade, como ressaltou Liebman. Cf. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. pp. 9-10.

⁹¹ Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46. Razão pela qual a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos pelo *Parquet* afronta a Constituição. Não há “alquimia” capaz de transformar direitos disponíveis em indisponíveis apenas pela sua aglutinação decorrente de uma origem comum. Por óbvio que uma “aglomeração” de direitos tem maior relevância social (todo direito a tem, pois o Direito é sempre “social”), mas não há que se confundir relevância social com indisponibilidade.

⁹² Cf. “A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil”. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro *et alii*. *Linhas Mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 404. No mesmo sentido, afirma José Carlos Baptista Puoli que o grau da atuação do juiz “irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse” (*Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 27). Em sentido contrário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”. In: *Temas de Direito Processual Civil: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. pp. 94-101; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 56.

não possam dispor”. “Os poderes do juiz no processo civil não podem ser delimitados de uma maneira uniforme para todas as causas”⁹³.

6. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E IMPARCIALIDADE

O entendimento defendido no item anterior foi refutado por Sidnei Amendoira Jr., em seu livro a respeito dos poderes do juiz, sob o argumento de que do contrário haveria de se reconhecer a parcialidade do julgador nos processos envolvendo direitos indisponíveis:

“Por que, quando estivermos diante de direitos indisponíveis, os mesmos doutrinadores que se colocam contrários à atuação *ex officio* do juiz admitem que isso ocorra? De duas uma: ou estão a afirmar que nas causas que versem sobre direitos indisponíveis o juiz pode ser parcial, ou, na realidade, que a atuação *ex officio* nada tem a ver com a imparcialidade, tratando-se apenas de uma questão de política judiciária”⁹⁴.

O argumento, de fato, impressiona e merece resposta. Porém não resiste a um exame mais atento.

Desafortunadamente, em nosso idioma utilizamos a palavra “imparcial” para designar duas diferentes qualidades que se exige de um juiz, como corolário da garantia do devido processo legal: ser uma pessoa distinta das partes e não ter interesse no conflito de interesses a ele submetido⁹⁵.

À primeira condição pode-se denominar, utilizando uma palavra italiana, *terzietà*. À segunda, *alienità*. Esta tem caráter subjetivo⁹⁶, aquela tem caráter objetivo.

O juiz, ao determinar a produção de provas de ofício em um processo envolvendo direito indisponível, não o faz por ter interesse na causa, com o propósito de beneficiar uma das partes. Mesmo sendo a indisponibilidade subjetiva, isto é, instituída em razão não do conteúdo do direito, mas da pes-

⁹³ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 314.

⁹⁴ Cf. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 70. O argumento já havia sido utilizado por Barbosa Moreira (“Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba”. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 80) e Bedaque (*Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 79).

⁹⁵ Em texto recente, Antonio Cabral utiliza as palavras *imparcialidade* e *impartialidade* para designar os dois conceitos. Cf. CABRAL, Antonio. “Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 149, jul. 2007, pp. 339-364.

⁹⁶ Ainda que “objetivada” pela lei, ao prever hipóteses abstratas de impedimento e suspeição. Cf. MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 181. O autor fala em desinteresse objetivo da jurisdição e desinteresse subjetivo do juiz.

soa do seu titular⁹⁷, o objetivo do julgador não é dar razão a uma das partes, tenha ela ou não o direito ao seu lado⁹⁸. Ele não perde a sua *alienità*⁹⁹.

Perde, porém, a sua imparcialidade no sentido de *terzietà*, vez que age como se parte fosse, saindo “à caça” de fatos necessários à defesa do interesse indisponível em jogo. Ao assumir o papel de parte, o julgador tende a com ela se identificar, por força mesmo de um mecanismo psicológico¹⁰⁰ normal¹⁰¹ nos seres humanos (especialmente se a parte for a mais fraca¹⁰²), havendo um risco^{103 104}, nada desprezível, de que isto possa influir em seu

⁹⁷ Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 64-65.

⁹⁸ Não se pode exigir do Ministério Público “a defesa intransigente dos interesses do incapaz” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “O Ministério Público no processo civil: algumas questões polêmicas”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 61, jan./mar. 1991, p. 40).

⁹⁹ Não concordamos, pois, com a afirmação de Antônio Cláudio da Costa Machado no sentido de que o *Parquet*, na situação acima (v. g., envolvendo interesse de incapaz) deixe de lado a sua imparcialidade (*alienità*) e transforme-se em assistente da parte. Cf. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 65.

¹⁰⁰ Segundo Laplanche e Pontalis a identificação é “o processo psicológico pelo qual um indivíduo assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo o modelo dessa pessoa” (*Vocabulário da Psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 295) (Agradecemos à psicóloga Fernanda Martini Borsato pela referência bibliográfica). “A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional é decisiva: ... os aspectos subjetivos, ou seja, o fato de que a capacidade de julgar a realidade exterior depende diretamente de como é o juízo crítico de cada pessoa em relação ao seu mundo interior. [...] A formação do juízo crítico depende de uma série de fatores — conscientes e inconscientes — dos quais, aqui, vamos considerar, separadamente, os seguintes: os valores impostos pelo Superego; as funções do Ego, como as de Percepção, Pensamento e Discriminação; o processo de Identificação; os tipos básicos de Personalidade e a Ideologia pessoal do juiz” (MARQUES, Luiz Guilherme. *A Psicologia do Juiz*. Disponível em: <http://www.artnet.com.br/~lgm/down22.doc>. Acesso em 29 out. 2007. Também Liebman falava na “necessária distinzione psicologica tra l’agire e il giudicare, tra la proposizione del tema da decidere e la sua decisione” (“Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 13).

¹⁰¹ O juiz não precisaria ser “psiquicamente débil”, como pretendeu Michele Taruffo. Cf. “Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, pp. 95-122. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&Ing=es&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2007. Pelo menos neste caso. De qualquer forma, é forçoso reconhecer que existem “fraquezas psicológicas a que nenhum ser humano é imune” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 222). Na realidade, não parece correto imputar àqueles que se preocupam com a imparcialidade (não apenas a imparcialidade efetiva como também a aparência de imparcialidade, que é igualmente importante) do juiz o defeito de duvidar de suas qualidades, psíquicas ou morais. “Não é honesto, quando se fala dos problemas da justiça, refugiar-se atrás da cômoda frase feita que diz ser, a magistratura, superior a qualquer crítica e a qualquer suspeita, como se os magistrados fossem criaturas sobre-humanas, não atingidas pelas misérias desta terra e, por isso, intangíveis. Quem se contenta com essas tolas adulações ofende a seriedade da magistratura, a qual não se honra adulando, mas ajudando sinceramente a estar à altura da sua missão” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 258).

¹⁰² Mais do que identificação, aí já há provavelmente uma empatia entre o juiz e a parte, fenômeno bastante comum em determinadas disputas, como, por exemplo, competições esportivas (em partidas de futebol, quando não é o “nosso” time que está jogando, frequentemente torcemos para a equipe mais fraca, para o *underdog*, como costumam dizer os americanos).

¹⁰³ Diversa é a opinião do professor espanhol Juan Montero Aroca, segundo o qual a proibição da prática de atos de instrução pelo juiz que julgará a causa não tem por escopo preservar sua imparcialidade, decorrendo apenas da incompatibilidade entre ambas as funções processuais. Cf. *Sobre*

juízo (mesmo, repita-se, não tendo um interesse *peçoal* na causa¹⁰⁵), visto que durante todo este tempo não se despiu do papel de julgador¹⁰⁶. A relevância do direito (que se encontra na base da indisponibilidade), no entanto, torna tolerável esse risco¹⁰⁷, aos olhos do legislador (não vislumbramos na escolha ofensa ao devido processo legal).

Caso o direito seja disponível, todavia, completamente diverso é o panorama. Se o Estado não considerou o direito relevante o suficiente é injustificável que se corra semelhante risco, por pequeno que seja. Pelo contrário, a atuação do juiz nestas circunstâncias torna-se até mesmo suspeita, pois se não tem em vista a defesa do interesse, em si, somente poderia ter em vista a defesa de uma das partes. Esta, certamente, é a impressão que terá a parte contrária, ao ver suprida a omissão do seu adversário em um litígio que não envolve um interesse público:

“Não há como se tirar do demandante a impressão de quebra da imparcialidade, quando o juiz se põe a consertar a negligência da parte, suprimindo a sua falta de iniciativa, mesmo porque não conseguirá fazer isso em todos os casos que lhe são submetidos. De outro lado, a se permitir ao julgador ir além dos reclamos das partes no campo de prova, haverá

la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. pp. 236-246. *Data venia*, se assim fosse a proibição não teria uma razão de ser. A separação de funções seria apenas uma formalidade de caráter ritualístico.

¹⁰⁴ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 13. Não se nega que se trata de uma possibilidade e não uma certeza, vez que não há uma relação de causa e efeito entre perda da *terzietà* (imparcialidade) e perda da *alienità* (imparcialidade). Cf. CABRAL, Antonio. “Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 149, jul. 2007, p. 350. Sem embargo, a possibilidade (razoável) é o que costuma bastar para se considerar comprometida a imparcialidade. A imparcialidade é, sobretudo, uma questão de aparência. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “O Relacionamento entre o Juiz e o Advogado da Parte como Causa de Suspeição”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 44, nov. 2006, pp. 44-52.

¹⁰⁵ Por que será que a lei impede o juiz de participar do julgamento em grau de recurso quando tiver proferido decisão ou sentença em primeira instância de julgamento (art. 134, III, do CPC)? Ou do qual tenha servido como testemunha? O magistrado não é parte no processo e tampouco tem interesse pessoal no litígio. E, ainda assim, a lei o considera impedido. Não afirma a doutrina que se o juiz pudesse dar início ao processo de ofício ficaria comprometida a sua imparcialidade? Pois o fenômeno é rigorosamente o mesmo: o juiz continuaria a não ter interesse “pessoal” no litígio (o que o impele é a defesa do direito objetivo), mas atuaria como parte e não como juiz. Aliás, a prevalecer o raciocínio ora combatido (imparcialidade = interesse pessoal na causa), a parte que defende em nome próprio direito alheio (= substituição processual) deveria ser considerada “imparcial”, pois o litígio não lhe afeta diretamente!

¹⁰⁶ O juiz, ao julgar (exercitando, pois, o *papel* de juiz), necessariamente tem de decidir a favor ou contra, no todo ou em parte, uma das partes. Nesta situação, não há mal em que ele “tome partido”. O problema, porém, é a possibilidade de que ele venha a decidir influenciado por atos que tenha praticado quando exercia outro papel, como o de investigador. Segundo Sentis Melendo a acumulação das atividades de averiguação e julgamento na mesma pessoa (juiz instrutor) é uma promiscuidade jurídica. Cf. SENTIS MELENDO, Santiago. “Introducción al derecho probatorio”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1967. p. 538.

¹⁰⁷ Em sentido contrário: MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária”. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso Civil y Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. pp. 159-160.

sempre quem imputará ao juiz a sua derrota, porque não se quis investigar mais a fundo a questão”¹⁰⁸.

Em tal situação, pois, não se admite que o juiz assuma um papel que não é o seu:

“A condição do juiz como terceiro (*terzietà*), isto é, como sujeito <<à parte>>, estranho aos factos e ao objeto do processo, é incompatível com a possibilidade de assumir funções que são próprias das partes (iniciar o processo, determinar ou alterar o seu objeto, tomar em consideração factos não alegados, decidir a produção de prova dos factos alegados, etc.)”¹⁰⁹.

Sem uma boa razão não se pode simplesmente ignorar a existência da incompatibilidade entre as duas funções processuais (investigar e julgar).

O princípio dispositivo decorre, de um lado, da autonomia privada, e, de outro, da garantia de imparcialidade (= *imparcialidade* ou *terzietà*) do juiz. Se o direito é indisponível, falta-lhe um dos fundamentos, abrindo-se caminho para que o outro possa ser relativizado, pelo menos em matéria probatória¹¹⁰. Nesse caso a imparcialidade não pode chegar ao ponto de representar indiferença. Caso isto não aconteça, porém, não se justifica o abrandamento do princípio e, destarte, a técnica deve ser utilizada para assegurar a imparcialidade do juiz, vedando a sua iniciativa probatória:

“Não basta a norma determinar a imparcialidade do juiz; é preciso que a técnica processual forneça condições propícias à ocorrência efetiva da imparcialidade, e esse é um dos papéis do princípio dispositivo”¹¹¹.

Se a iniciativa probatória do juiz não afeta a sua imparcialidade, como explicar tenha ela sido banida do processo penal¹¹², em que os bens jurí-

¹⁰⁸ Cf. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil: Verso e Reverso*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 102.

¹⁰⁹ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”. Coimbra, *Julgár*, n. 1, jan./abr. 2007, p. 72.

¹¹⁰ À toda evidência, a supressão do princípio dispositivo pode se dar em matéria de prova sem que, necessariamente, permita-se ao juiz conhecer de fatos não alegados pela parte ou instaurar o processo *ex officio*. Aqui também não existe *venda casada*. Do contrário já não haveria *relativização*, mas *abolição* do princípio dispositivo. Os vários ónus existentes no processo (de demandar/contastar, alegar, provar) encontram-se coordenados, de tal forma que a supressão de um normalmente (a solução fica a critério do legislador, mas seria ilógico se assim não fosse) acarreta a supressão do subsequente, porém não do antecedente. Desta forma conseguimos explicar (ou pelo menos tentamos!) como a indisponibilidade do direito autoriza a iniciativa probatória do juiz ainda que não o autorize a conceder tutela jurisdicional sem provocação: foi a solução adotada pelo legislador, talvez por considerar que nesta última hipótese o comprometimento da imparcialidade já se revela inaceitavelmente perigoso.

¹¹¹ Cf. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 10 out. 2007.

¹¹² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”. In: *Temas de Direito Processual: Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 201-215; GRINOVER, Ada Pel-

dicos tutelados são de maior relevância¹¹³, precisamente sob este argumento?

A esta incômoda pergunta ainda não foi dada nenhuma resposta convincente:

“Pero la grotesca antinomia que reflejan las *distintas potestades probatorias en los procesos civiles y penales* no puede ser explicada *racionalmente* por ideología autoritaria. Si la agresión de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal es la que — supuestamente — debe protegerse con mayor celo, tratando pues el ilícito penal es el que provoca mayor “alarma social” y su eventual impunidad es duramente criticada por el hombre de la calle y la opinión pública:

¿Cuál es la razón para que se prohíba al juez penal investigar y probar de oficio y, a la par, se genere al juez civil — hasta en simples cuestiones de índole patrimonial — el deber de probar oficiosamente para esclarecer la verdad de los hechos? ¿Cómo se ha caído en la esquizofrenia científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil?”¹¹⁴.

legrini. “As garantias constitucionais do novo processo penal na América Latina”. In: Fux, Luiz et alii. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. pp. 488-494. Segundo Luiz Flávio Gomes “a tendência moderna não é transformar o juiz em protagonista da colheita das provas. Exatamente o oposto vem ocorrendo. O juizado de instrução napoleônico está em descrédito e decadência. Acaba de ser abandonado na Itália e vem sendo questionado diuturnamente na Espanha” (“Constitucionalidade dos Poderes Inquisitivos do Juiz. STF Abre Caminho para o Juiz ‘Político’”. In: MORAES, Alexandre de. *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 23).

¹¹³ No processo penal, embora tanto a liberdade do acusado como a aplicação da lei penal sejam indisponíveis (esta última com mitigações resultantes da adoção de institutos estrangeiros), o texto constitucional e a nossa própria tradição histórica dão mais valor ao primeiro. Se é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente, não se justifica que o juiz se transforme em investigador, suprindo deficiências do Ministério Público, órgão do Estado criado e aparelhado para defender em juízo o interesse público: “Diferentemente do que se dá no processo criminal, no civil defrontam-se ordinariamente dois interesses da mesma ordem em conflito, e razão alguma existe para que o Estado-legislador ou o Estado-juiz manifeste preferência por algum deles. Impor pena ao inocente traz o sentido da injustiça e truculência impostas a uma pessoa sem vantagem alguma para a parte contrária, até porque ao Estado nada favorece o alijamento de um membro prestante e não nocivo à sociedade. Atribuir um filho ao réu que não foi biologicamente responsável pela geração do autor, todavia, é injustiça de igual teor da consistente em negar ao autor, que realmente seja filho, a condição jurídica decorrente do nexo de filiação. Do mesmo modo, condenar a pagar o réu que não deve ou privar o verdadeiro credor do seu crédito, constituem injustiças de igual natureza e teor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 251). No mesmo sentido, demonstrando que as regras e princípios de justiça procedimental (*procedural fairness*), destinados a evitar decisões errôneas, são estruturados de acordo com o interesse substantivo em jogo: GREY, Thomas C. “Procedural fairness and substantive rights”. In: PENNOCK, J. Roland e CHAPMAN, John W (ed.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977. pp. 184-186. No processo civil, é indiferente ao juiz, se por acaso a decisão for injusta, que ela prejudique o autor ou o réu; no processo penal, como verdadeiro favor *libertatis*, prefere-se antes que seja prejudicada a acusação do que a defesa.

¹¹⁴ Cf. BENABENTOS, Omar. *Realidad y Debido Proceso*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 out. 2007. No mesmo sentido: MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado

Logo, salvo se o direito for indisponível, hipótese em que o Estado previamente demonstrou não ser indiferente à sua defesa¹¹⁵, decisão que deverá ser observada e respeitada no processo, por força de seu caráter instrumental¹¹⁶, é defeso ao juiz ter iniciativa probatória, suprimindo as omissões de qualquer das partes, em conformidade com o princípio dispositivo, de modo a resguardar sua imparcialidade:

“Se o juiz se substitui aos interessados, não é de esquecer-se que está na essência da jurisdição, por isso mesmo, a equidistância, do respectivo órgão, dos interesses em conflito. E para isto nada melhor do que deixar às partes a tarefa de dar começo ao processo, fixar os limites da decisão e ter a iniciativa primordial de levar ao julgador os elementos de convicção de que necessita para fazer a aplicação do direito objetivo à pretensão ajuizada”¹¹⁷.

Entendimento contrário, *data venia*, implica querer (algo fundado na *vontade* e não na *razão*) “que o processo opere, por sua conta, no campo do direito substantivo, uma revolução contrastante com os próprios princípios fundamentais da organização vigente”¹¹⁸.

‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária”. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso Civil y Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 159.

¹¹⁵ “Inoltre, sempre la natura disponibile del diritto consente all’ordinamento di non preoccuparsi né che il titolare della situazione sostanziale protetta la faccia valere, ove essa sia lesa; né che, all’interno del processo avente ad oggetto quella situazione sostanziale, al giudice sia offerto un quadro completo e veritiero dei fatti storici rilevanti” (LUISO, Francesco P. *Diritto Processuale Civile*. t. I. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 134). Também é a posição de Liebman. Cf. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 13.

¹¹⁶ A instrumentalidade impõe que se reconheça e aceite que o direito material influi no processo, porém influi tal como ele é, e não como gostaríamos que ele fosse. “O princípio dispositivo, que pode ser comparado à sombra do direito privado no processo, deve ser respeitado nos mesmos limites em que no campo substantivo é respeitado e tutelado o direito privado” (CALAMANDREI, Piero. “Premissas Políticas do Projeto de Código Processual Civil Italiano”. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 169). Não parece correto vislumbrar no princípio dispositivo “resquíio da noção privatística de processo” (CAMBI, Eduardo. “A inexistência do ônus da impugnação específica para o consumidor”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 129, nov. 2005, p. 67), mas o necessário reflexo do direito material no processo. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 16 (refutando a opinião de Guasp de que o princípio dispositivo seria uma “arcaica reminiscência de ordenamentos primitivos”).

¹¹⁷ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 117.

¹¹⁸ Cf. CALAMANDREI, Piero. “Premissas Políticas do Projeto de Código Processual Civil Italiano”. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 170. O processo é um instrumento de realização e não de transformação do direito material. Não há nada mais grotesco do que permitir que ele seja utilizado para deformá-lo ao invés de aplicá-lo.