



A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O DA IMPARCIALIDADE COM A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Rafael Caselli Pereira

Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela
Academia Brasileira de Direito Processual Civil
Advogado

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Princípio Dispositivo Clássico e sua versão Moderna. 3. Princípio da Imparcialidade. 4. Iniciativa Probatória do Juiz (Princípio da Busca da Verdade Real). 5. Conclusão.

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar as tendências existentes no que diz respeito à iniciativa probatória, analisando a corrente que prefere deixar nas mãos das partes, com exclusividade, o ônus de provar os fatos, optando, nesse caso, pela vigência do princípio dispositivo na versão clássica e o da imparcialidade; e a corrente doutrinária que entende que o juiz deve ter iniciativa probatória própria, a fim de poder alcançar a verdade real, e que este, antes de violar o princípio dispositivo (em sua versão moderna) e o da imparcialidade, proporcionaria uma convivência harmônica entre eles no sistema processual.

1. Introdução

O tema escolhido para este trabalho é, de um lado, complexo e polêmico e, de outro, fascinante e cada vez mais atual.

É da cultura ocidental que os conflitos de interesses sejam resolvidos pelo Estado-Juiz. Assim, o Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição (exercendo a função jurisdicional), utiliza-se do processo, no qual há a participação de pelo menos três sujeitos: o juiz, o autor e o réu.



Para emitir o provimento solicitado pelas partes, o juiz deve se valer dos fatos alegados e conseqüentemente provados no processo.

No curso do procedimento, no desenvolvimento dos atos processuais, a direção formal cabe ao Juiz (aliada aos préstimos de seus serventuários), com auxílio das partes.

Neste estudo, são abordados alguns dos principais princípios processuais atinentes à prova, tais como o dispositivo, na sua versão clássica e numa versão mais atual, o da imparcialidade e o da busca da verdade real (material).

Analisa-se a iniciativa probatória, em que duas são as tendências: os que preferem deixar nas mãos das partes, com exclusividade, o ônus de provar os fatos, optando, nesse caso, pela vigência do princípio dispositivo na versão clássica e o da imparcialidade; e os que entendem que o juiz deve ter iniciativa probatória própria, a fim de poder alcançar a verdade, sem as limitações impostas pelos litigantes, defendendo assim que o princípio mais importante seria o da busca da verdade real, e que este, antes de violar o princípio dispositivo (em sua versão mais atual) e o da imparcialidade, proporcionaria uma convivência harmônica entre eles no sistema processual.

Portanto, opta-se por aprofundar a segunda corrente, eis que no campo probatório existe forte tendência entre os juízes no sentido de admitir a determinação de provas *ex officio*, haja vista a grande evolução processual no que diz respeito à efetividade e à instrumentalidade do processo, no sentido de permitir a ele determiná-las com fundamento no artigo 130 do Código de Processo Civil, e não mais somente a pedido das partes, ou seja, o juiz pode buscar a verdade sem se tornar parcial e sem infringir os dispositivos processuais.

A preocupação, neste trabalho, é saber até que ponto os juízes estão, efetivamente, usando os poderes que a lei lhe atribui na busca da verdadeira justiça, leia-se aqui a busca pela verdade material em sobreposição à verdade formal.

Os magistrados, muitas vezes, deixam de requerer a produção da prova em razão da preclusão do lapso temporal, não utilizando os poderes a ele fornecidos, para que sempre busque a verdade real (material), sem ofender a imparcialidade e nem o princípio dispositivo na sua acepção mais moderna de significado.



Nessa linha de considerações, há uma tendência cada vez maior em se abandonar à frieza das normas para se alcançar a plenitude da prestação jurisdicional.

2. Princípio Dispositivo Clássico e sua versão Moderna

O princípio dispositivo é estudado habitualmente como o contraposto do princípio da busca da verdade real ou princípio da livre investigação das provas, segundo o qual ao juiz é conferido o poder de iniciativa probatória, para a apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da demanda.

Segundo o princípio dispositivo em sua versão clássica, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada à busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.

As partes determinam e fixam o objeto do processo, não podendo o juiz decidir fora, além ou aquém do pedido.¹ Daí o que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Civil, que “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando à parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais*”.

Para esta corrente desatualizada, a parte, sendo titular do direito controvertido no processo, é quem melhor saberá agir para vê-lo reconhecido em juízo. Ao juiz cabe somente julgar. À parte cabe somente alegar os fatos do seu interesse e prová-los. Dessa regra decorre que as provas a serem produzidas são tão-somente aquelas que as partes indicarem. O princípio dispositivo clássico, dentre outras limitações impostas ao poder-dever do julgador, impede-o da iniciativa probatória.

O princípio dispositivo moderno surge a partir do derradeiro quartel do século XIX, momento em que os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do

¹ Fritz Baur. Da importância da dicção *iura novit cúria*. *Revista de Processo*. 1976, p. 169. Tem-se que o juiz é obrigado a conhecer as regras do processo, bem como o direito material aplicável a um litígio sobre o qual é obrigado a sentenciar, não o pode impor às partes o ônus da prova, tendo em vista o direito aplicável, embora deva discutir o litígio com as partes, inclusive, do ponto de vista jurídico.



andamento processual, mas também o poder de determinar a realização de provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes.²

Realmente, como argutamente observa CAPPELLETTI,³ o processo deixou de ser *coisa das partes* e aboliu-se o poder monopolístico das partes no campo probatório, como era típico no lento processo comum e no processo liberal do século XIX.

Uma vez instaurado o processo civil, o modo, o ritmo e o impulso do processo mesmo são separados da disponibilidade imediata ou mediata das partes, e por conseguinte das manobras dilatórias e retardatárias de qualquer das partes.

No Direito Brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o princípio dispositivo, como regra fundamental, ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que abrandam sensivelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória.⁴ Como bem observa o ilustre professor LOPES, “Não quer esse ilustre Autor à supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos”.⁵

Com a aplicação do princípio do dispositivo em sua versão moderna, o julgador não poderia substituir a atividade das partes no campo probatório, pois a estas cabe o ônus da prova do que alegam. Somente após essa atividade dos sujeitos parciais, se o juiz, ainda assim, sentir-se inabilitado para decidir é que, verificando a necessidade de outras provas, além daquelas trazidas pelas partes, poderá o magistrado agir de ofício.

² Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 1994, p. 33. (c)

³ Mauro Cappelletti. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. 1972, p. 122-123. (b)

⁴ José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1996, p. 100, nota 122. v. II. O princípio inquisitivo não tem agasalho sequer no processo penal. Depois que este adquiriu caráter acusatório, que deu sentido processual a *persecutio criminis*, permanece a indisponibilidade da pretensão punitiva nos casos de ação penal pública, mas sem que o juiz se apresente como órgão da persecução penal, embora lhe dêem poderes inquisitivos na pesquisa da verdade e produção de provas. O Ministério Público, como órgão da ação penal e do *jus puniendi*, é que passou a encarnar o interesse punitivo do Estado.

⁵ João Batista Lopes. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. *Revista do Processo*. 1994, p. 36. (b)



E assim deve ser para que o juiz não saia da neutralidade e ponha em risco a sua imparcialidade, que constitui a essência do ato de julgar. O risco de proferir decisões parciais e apaixonadas seria inevitável se o juiz pudesse substituir as partes na pesquisa e demonstração da verdade. Diante disso, surge o questionamento se as partes pedem o julgamento antecipado da lide, nesse caso, poderá o magistrado optar pela produção de alguma prova *ex officio*?

Ainda, numa demanda em que haja necessidade imprescindível da produção de prova pericial para o convencimento do julgador, contudo as partes abrem mão da produção de tal prova, questiona-se se o processo será julgado improcedente, eis que ausente a prova do fato constitutivo do direito do Autor?

Outro exemplo a ser ventilado, no caso de uma ação declaratória onde a prova pericial demonstra-se necessária e o Réu não a produz, da mesma forma, questiona-se se deveria ser julgada procedente a demanda?

Diante da dúvida do juízo de 1º grau, indaga-se se poderá ele requerer a produção da prova de ofício, e, se positivo, quem se responsabilizará pelo pagamento dos honorários periciais?

Inconsistente, à evidência, a justificativa daqueles que defendem a impossibilidade do juiz ter a iniciativa e participar ativamente da produção probatória, para resguardo do princípio da imparcialidade.

Não é sem razão o inconformismo do mestre LOPES, na obra já mencionada, de que “*as objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade*”.⁶

A versão clássica do princípio dispositivo está inversamente para o princípio da busca da verdade real. Se no princípio dispositivo o juiz é apenas o acolhedor do material probatório, para o princípio da busca da verdade real, além de ter amplos poderes para

⁶ João Batista Lopes. Op. cit. p. 36. (b)



organizar o material probatório, também pode utilizar outros meios de prova que não aquelas indicadas pelas partes. O que não significa que as partes estejam livres do ônus de produção de provas.⁷

Não é limitando o poder do juiz na pesquisa da prova que se estará preservando a sua imparcialidade, mas permitindo às partes o amplo acompanhamento da sua realização, seja reperguntando se a prova for oral, seja formulando quesito se for pericial, ou seja, possibilitando o amplo exercício do contraditório.

O respeito ao princípio do contraditório é, certamente, a mais poderosa arma contra eventuais abusos do julgador. “Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”.⁸

O autor, ao deduzir uma pretensão em juízo, embasa-a em alegações de fatos. O réu, por sua vez, ao opor resistência à pretensão formulada pelo autor, também faz afirmações calcadas em fatos. O juiz, como terceiro desinteressado, deverá analisar esses fatos em confronto com a prova produzida pelas partes. Depende, portanto, o juiz, na instrução da causa, da iniciativa das partes, quanto às provas e suas alegações, em que fundamentará sua decisão, consistindo nisso, o princípio dispositivo.⁹

O princípio dispositivo clássico, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha esta qualquer iniciativa probatória.

Acontece, portanto, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer

⁷ Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 1952., p. 115. (b)

⁸ José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 1991, p. 78. (a)

⁹ Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. Op. cit. p. 60. (c)



a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar os fatos não alegados ou ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam.¹⁰

Atualmente, o Processo Civil não é mais eminentemente dispositivo como outrora. O juiz, sujeito da relação processual, em virtude da natureza pública do processo, deve cada vez menos ser espectador da demanda, passando, juntamente com as partes, a atuar na produção de todas as provas necessárias para o seu convencimento.

Assim, e em razão da crescente publicização do processo, da defesa das concepções instrumentalistas e dos estudos em torno da efetividade do processo, verifica-se forte reação contra as teorias tradicionais, dos formalismos em demasia, de que resultou no fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz.

Novamente cabe lembrar os ensinamentos do eminente processualista italiano CAPPELLETTI, procedeu a uma verdadeira revisão do princípio em análise, defendendo o que denomina “*direção material do processo*”, em substituição à “*direção formal do processo*”.¹¹

O princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz, onde a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos, e ainda, o juiz, a par das funções próprias de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial delas.¹²

No tocante ao tema dos poderes instrutórios conferidos ao juiz, a matéria restou dividida em três grandes grupos, conforme diz BEDAQUE, “(...) *aqueles que não conferem poder instrutório ao juiz; aqueles que o fazem com restrições; e os que permitem amplamente a investigação probatória do juiz*”.¹³

¹⁰ Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 1983, p. 260. (c)

¹¹ Mauro Cappelletti. Princípio dispositivo e interrogatório della parte. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Macerata*. 1959, p. 6-15. (d)

¹² Idem, ibidem, p. 6-15. (d)

¹³ José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 1994, p. 61. (b)



Cabe ressaltar, ainda, a corrente que defende a ampla investigação probatória quando a discussão é sobre os denominados direitos indisponíveis.

Para a primeira corrente, a restrição dos poderes instrutórios do juiz é total, ele é um mero espectador da batalha judicial, ao invés de sujeito ativo. Já a posição intermediária entende que o Juiz pode determinar a produção de provas, de ofício, em algumas circunstâncias (Direito de Família, por exemplo), em que se verificam interesses e direitos indisponíveis.

Dessa forma, e em conformidade ao ideal de busca pela justiça, os que entendem que o juiz tem amplos poderes para determinar provas de ofício.

Nesta senda, o ilustre processualista MOREIRA defende a participação ativa do juiz na produção das provas, o que enfraquece marcadamente a aplicação do princípio dispositivo, em sua acepção clássica: “(...) *em matéria de instrução, prevalece igualmente a tendência a confiar no papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir*”.¹⁴

Como a maioria da doutrina ainda fala em princípio dispositivo como o postulado que abrange todas as manifestações de limitação da atividade do juiz à iniciativa da parte, tornou-se imperioso que se buscassem outros fundamentos que o justificassem.

Assim, o fundamento mais utilizado tem sido a necessidade de preservar a imparcialidade do juiz. Embora a iniciativa de abertura do processo seja das partes, o seu impulso oficial é do juiz (art. 262 do CPC), de maneira que cabe ao Estado-juiz o desenvolvimento (andamento) do feito até o final, independentemente da provocação dos interessados.

Sem esta adequada compreensão, continuaremos a confundir direito subjetivo e processo, identificando o princípio dispositivo com a dispositividade do próprio direito subjetivo. Deve-se esclarecer de uma vez por todas que o princípio dispositivo ostenta



natureza processual, não material, pois do contrário teríamos que admitir que além da relação jurídica deduzida em juízo ter caráter privado, também gozaria da mesma natureza privada a estrutura interna do processo, ou seja, a técnica processual, o que nos conduziria a aceitar a teoria material da ação.

Dessa maneira, quando o juiz deve julgar somente conforme os fatos afirmados e provados pelo autor e pelo réu, proibindo buscar fatos não alegados, “*cuja prova não tenha sido postulada pelas partes*”, está-se diante do princípio dispositivo clássico; ao revés, quando o ordenamento jurídico define que cabe às partes tão-somente dar o primeiro impulso (ajuizando a demanda) e tecendo suas alegações, permitindo que o magistrado vá além do requerido pelas partes, estaremos diante do princípio dispositivo em sua versão moderna.

Há quem entenda, como o ministro Sepúlveda Pertence, que a coleta de provas pelo magistrado desvirtua a função do juiz de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional. Tal entendimento, contudo, é cada vez mais discutível.

O Código Brasileiro adota predominantemente o princípio dispositivo. Porém, não de forma pura, mas flexibilizado pelo impulso oficial, assim como por permitir que o juiz tenha liberdade de produzir provas *ex officio* em alguns casos (art. 130 do Código de Processo Civil), entre outros poderes presentes nos artigos 131, 262, 342, 355, 381, 418 e 440 do diploma processual civil.

O Estado tem interesse e mesmo o dever de, através do juiz, e ressalvadas as manifestações do princípio dispositivo acima identificadas, desenvolver toda a atividade instrutória necessária, de ofício, para que o processo alcance, ao final, todos os seus fins, e não somente o escopo jurídico.

Deve-se considerar essa reformulação no significado do princípio dispositivo, para adequá-lo cada vez mais a uma visão mais modernista do processo civil.

3. Princípio da Imparcialidade

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito*



Para uma correta compreensão acerca da jurisdição de ofício deve-se observar que apenas “no primeiro momento a parte dispõe do seu interesse material; no segundo, há apenas escolha dos meios que lhe pareçam mais adequados”.¹⁵

Neste sentido, uma vez acionado o Estado, representado no processo pelo juiz, a este cabe exercer os poderes de direção e condução não só formalmente, mas também do direito material, salvo se a parte quiser desistir de tal direito, pois “a prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos”.¹⁶ Isto porque “dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade”.¹⁷

Por esta razão está equivocado o entendimento “segundo o qual o Juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se fundam os pedidos, uma vez que deve decidir segundo o alegado e provado por elas”.¹⁸ O juiz tem o dever de tentar descobrir a verdade independentemente das diligências requeridas pelas partes.

Assim, “Absolutamente impertinente e inválida sentença terminativa que, declarando a satisfação da obrigação, decreta a extinção do processo de execução inexistente, vez que sequer requisitada regularmente pelo credor a atuação por via do direito de ação”.¹⁹

Mas equivocado o entendimento sumulado de que o juiz não pode alegar de ofício a incompetência relativa,²⁰ pois trata-se, à evidência, de assunto público, referente a organização judiciária. Da mesma forma era errado o pensamento, unanimemente aceito – muitas vezes sem fundamentação – segundo o qual o juiz não poderia alegar, por iniciativa

Processual. 1994, p. 45-51.

¹⁵ Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento - arts. 102 a 242. 1985, p. 178. (a)

¹⁶ STJ, Resp 225897, 1ª T. Rel. Min. José Delgado. DJ 17/12/1999, p. 334.

¹⁷ Emílio Betti. *Diritto Processuale Civile*. 1936, p. 89.

¹⁸ TRF-4ª R. 3ª T. AC 195913. Rel. Desª Fed. Luiza Dias Cassales. DJU 03/05/2000, p. 125.

¹⁹ TRF-02ª R. 1ª T. AC 237092. Rel. Juiz Ney Fonseca. DJ 10/10/2000, p.146-163.

²⁰ STJ, nº 33: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.



própria, a existência de prescrição,²¹ a qual está indissociavelmente ligada a função estatal de julicar.

Contudo, a implementação da primeira parte da reforma processual civil brasileira surge como uma consolidação da tendência ditada pela Emenda Constitucional n.º 45/04, massificando os poderes judiciais das instâncias imediatas e deslocando competências para a égide da ordem pública.

Com o advento da Lei n.º 11.280/06, a qual, modificando o já revogado artigo 219, § 5.º (se é que isso é formalmente possível), possibilitou o amplo reconhecimento da prescrição de ofício, pondo fim a um período literalmente obscuro da ordem processual brasileira, nada obstante a lei que passou a vigorar em 17 de maio de 2006. Com a nova disposição, a diferença entre os institutos da decadência e prescrição fica de sobremaneira reduzida. Passa a prescrição, em qualquer contexto, a ser considerada como matéria de ordem pública, a ser reconhecida pelo juiz *ex officio*, surtindo idênticos efeitos práticos aos da decadência.

Isto ocorre porque embora o objeto do processo possa ser privado, o processo possui sempre natureza pública. Disto decorre que as partes privadas, que são livres para dispor do direito material levado a juízo (objeto do processo), não gozam da mesma liberdade para dispor do instrumento processual.

Assim, a natureza pública do processo convive harmonicamente com a natureza privada (normalmente) do objeto do processo, não se podendo falar em jurisdição de ofício, a qual só ocorreria se houvesse uma publicização do objeto do processo, o que traria como consequência a abolição do direito subjetivo das partes.

A proibição da jurisdição de ofício sempre teve como fundamento evitar a parcialidade do juiz, não no sentido de inércia ou desinteresse, mas no sentido de evitar que o exercício de um Poder-Dever fique previamente inclinado com o resultado da prestação jurisdicional. Por isto ao juiz é vedada a disponibilidade material (ingressar ou não com uma demanda – princípio da demanda). Entretanto, possui ele a disponibilidade processual, que

²¹ STJ. Resp 55906. 2ªT. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ 03/12/1997, p. 688.



consiste em se lhe atribuir “*poderes autônomos quanto ao modo de exercer a sua própria função*”.²²

Assim, quanto à iniciativa probatória nada impede o juiz de promovê-la, visto que lhe compete descobrir a verdade a respeito dos fatos trazidos pelas partes. Violação ao princípio dispositivo clássico ocorreria se o magistrado determinasse a iniciativa da demanda e limitasse o objeto dessa.

É verdade que o juiz deve julgar somente conforme o alegado pelas partes (contornos da lide), mas o trabalho de provar o alegado, embora ônus das partes, não exclui a atividade judicial frente ao próprio dever de decidir conforme estiver convicto.

É preciso entender, contudo, que a proibição da jurisdição de ofício, conforme CAPPELLETTI,²³ é um princípio de oportunidade, e não de necessidade, podendo ser “(*... excetuável nas espécies em que o interesse público vem à frente*)”. Tanto é assim que nos casos de suspeição não alegada por uma das partes, mesmo que se verifique a parcialidade do julgador, não cabe ação rescisória. Volta-se aqui ao ponto já observado antes: a imparcialidade do magistrado diz respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Que o juiz deve ser imparcial com relação ao objeto do processo é uma necessidade. Que o juiz seja imparcial com relação ao processo é uma conveniência.

O caráter da imparcialidade é inseparável do órgão de jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo.

A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente.

A imparcialidade do juiz, assim, é uma garantia de justiça da decisão para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: o Estado, que reservou para si o monopólio do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

²² Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. Op. cit. p. 129. (a)



Em relação ao processo, a imparcialidade do juiz significa sua equidistância em relação às partes, isto é, significa que o juiz deve colocar-se “*entre as partes e acima delas*”.²⁴ Como se vislumbra pelos argumentos acima, é enorme a preocupação com a imparcialidade do juiz, o que é plenamente justificável, pois não se faz justiça a partir de um julgamento tendencioso a qualquer das partes.

Geralmente, quando há iniciativa probatória pelo juiz de ofício, questiona-se a serenidade e imparcialidade necessária para o deslinde da demanda, mas o que interessa saber é até que ponto a iniciativa probatória de ofício pelo juiz afeta o princípio da imparcialidade.

Dessa forma questiona-se se o juiz que determina a produção de provas de ofício é imparcial? Se juiz imparcial é sinônimo de juiz inerte, passivo e desinteressado? E também se o juiz que determina produção das provas de ofício substitui a atividade privativa das partes na produção de tais provas?

Diante da moderna processualística, pensa-se serem todos os questionamentos acima negativos. O juiz deve ser imparcial, mas não neutro e muito menos ainda desinteressado. Juiz imparcial não é sinônimo de juiz desinteressado. O magistrado, como representante do Estado, tem interesse no resultado da demanda, para que se alcance a justiça a partir da verdade real, em função da natureza pública do processo.

Observa-se, então, que o juiz deve realizar todas as diligências possíveis para que a parte vencedora seja aquela amparada pelo direito material. O processo civil moderno busca extirpar as formalidades excessivas e desimportantes, de forma a se alcançar a tão almejada efetividade na prestação jurisdicional (a rápida e eficaz busca da verdade). Ora, a possibilidade da coleta de provas ser realizada pelo próprio juiz, não é nova em nosso ordenamento processual, pois os artigos 440 a 443 do Código de Processo Civil atribuem ao magistrado a inspeção judicial e tais mecanismos nunca foram argüidos do vício de inconstitucionalidade, por estar o juiz agindo de ofício.

²³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1978, p. 388.

²⁴ Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 1992, p. 51. (a)



Analisa-se, a partir de agora, um exemplo prático, no qual uma pessoa tem o aparelho de som do seu veículo furtado de dentro da garagem do edifício. O condômino, buscando ressarcimento dos prejuízos, opta por ajuizar ação de indenização no Juizado Especial contra o condomínio, seguradora do condomínio e administradora do condomínio. Ao longo da instrução probatória, verificou-se a necessidade de juntar a convenção do condomínio, o que não foi feito pelas partes.

Ocorre que, para a elucidação dos fatos, questiona-se quanto à possibilidade do juiz requerer a juntada do documento de ofício.

O juiz, por ter a direção material do processo, poderia ter requerido a juntada da convenção, eis que nos Juizados Especiais ainda é mais acentuada a preocupação de conceder maior soma de poderes ao magistrado na busca da verdade, como se extrai do exame do artigo 5.º da Lei 9.099/95, *verbis*: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”.

A orientação dada pelo legislador torna patente que o juiz não deve contentar-se com a verdade formal, mas deve buscar a verdade real, ao menos como conteúdo objetivo a ser perseguido.²⁵

Como orienta o ilustre Professor DINAMARCO, “O processo civil moderno repudia a idéia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes”.²⁶

Processo efetivo é somente aquele que atinge todos os escopos, o que não acontece se o juiz está tolhido e tem as mãos amarradas, condenado a ser mero espectador de uma batalha muitas vezes extremamente desigual e que, sem sua intervenção, pode resultar na vitória de quem nenhum direito material tinha naquela hipótese.²⁷

²⁵ Luis Arlindo Feriani. *Curso de Direito Processual Civil*. 1996, p. 91.

²⁶ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2001, p. 223. (b)

²⁷ Sidnei da Silva Braga. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. 2004, p. 89.



No exemplo citado, o juiz optou por não requerer a juntada da convenção, de modo a dirimir eventuais dúvidas, julgando improcedente o pedido do autor, ou seja, optou pela aplicação do artigo 333 ao invés de intervir pelo artigo 130 do Código de Processo Civil.

Ora, ao determinar a produção de uma prova, de ofício, o juiz não está visando beneficiar esta ou aquela parte, mas simplesmente trazer aos autos maiores substratos que permitam a correta compreensão dos fatos e aplicação da lei, para que se faça justiça.

Outro fato que merece destaque é a argumentação do incansável estudioso do tema, BEDAQUE, que leciona: “*Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?*”.²⁸

Para BARBOSA MOREIRA, “*(...) ao juiz não deve importar quem vença o litígio, que saia vitorioso o indivíduo ‘x’ ou o indivíduo ‘y’ considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa que vença aquele que efetivamente tenha razão*”.²⁹

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja produção nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos. Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar (contraditório).³⁰

Por fim, ao exercer o poder jurisdicional, o juiz deve pautar pela realização da justiça, valor máximo objetivado pelo direito. No exemplo citado, em razão da ausência da prova principal (convenção), a demanda foi julgada improcedente e o autor é quem teve de arcar com os prejuízos de um formalismo ultrapassado e exacerbado.

²⁸ José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2001, p. 108. (c)

²⁹ José Carlos Barbosa Moreira. *O Juiz e a Prova*. 1991, p. 39. (c)

³⁰ José Roberto dos Santos Bedaque. Op. cit. p. 112-113. (c)



Para atingir os escopos do processo, o juiz precisa se aproximar o máximo da verdade real e para tanto não pode depender exclusivamente das provas requeridas pelas partes. Não é outra a lição de DINAMARCO a respeito, “(...) o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe tolera, porém, a indiferença”.³¹

Oportuna, nesse sentido, a lição de BARBOSA MOREIRA, “Não me parece que a nossa legislação processual deixe de ministrar ao juiz os instrumentos de que precisa para conduzir bem o processo, inclusive em matéria de instrução probatória do juiz como algo que se realize em substituição àquilo que outrem deveria realizar. Não; ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto será dentro da sua função precípua. Ele não está fazendo as vezes de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio – é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa. Peço licença para sublinhar que isso nada compromete a imparcialidade do juiz. Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria –se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortalíssima posição de ter de ser sempre parcial, que atue, que não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me”.³²

4. Iniciativa Probatória do Juiz (Princípio da Busca da Verdade Real)

O Princípio da Busca da Verdade Real representa o Princípio da Investigação Judicial. Tal expressão é a busca do material probatório a fim de pesquisar a verdade real dos fatos, como atribuição e dever do juiz.

³¹ Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. 1987, p. 275. (a)

³² José Carlos Barbosa Moreira. Os poderes do juiz. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). *O processo civil contemporâneo*. 1994, p. 95. (d)



Por este princípio, o juiz deve buscar a verdade material, admitindo uma livre investigação da prova no interior do pedido e mantendo a imparcialidade na direção e apreciação da prova.

É incontroverso que o principal objetivo da prestação jurisdicional é o de se alcançar à justiça; contudo, há entendimentos divergentes quanto à verdade buscada ser a formal ou a real. A visão mais conservadora do direito processual sustenta que no processo civil o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, haja vista o fato de que, em regra, a relação jurídico-material que informa a causa cível versa sobre interesse disponível.³³

Entretanto, há muito está superada na doutrina e na jurisprudência a tese da verdade ficta. O processo, inclusive o civil, destina-se à busca e ao conhecimento da verdade real, como instrumento de realização da justiça.³⁴

A publicização do processo retirou do princípio dispositivo clássico a liberdade das partes de limitar a atuação do juiz em relação à prova. “*Caberá ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo*” (art. 130, CPC).

Nesse sentido, a melhor doutrina a respeito do tema opta por uma perspectiva publicista do processo, entendendo que a iniciativa probatória do juiz não se relaciona com a visão mais conservadora do princípio dispositivo e sim com uma visão mais contemporânea, em que incumbe às partes a iniciativa das alegações e dos pedidos, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos. Essa corrente entende, ainda, que a iniciativa probatória não se relaciona com as regras do ônus da prova, além de não implicar quebra da igualdade processual ou da imparcialidade do juiz.

Tal corrente defende a iniciativa probatória do juiz concomitantemente às das partes, e não subsidiária ou dependente destas, e assim entendem o *modus operandi* do processo, quer estejam em jogo direitos materiais disponíveis, quer indisponíveis.

³³ Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. Op. cit. p. 28. (a)

³⁴ TJRS, Apelação Cível 587035445, 3ª Câmara Cível. Rel. Galeno Lacerda. Em 17.3.1988. *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. v. 134. p. 328.



A adoção plena do princípio da verdade real é uma conseqüência natural da modernidade publicística do processo civil. Assim, *“A par de não se admitir o princípio dispositivo rígido [...] cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em fase da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Teixeira, citando Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo o progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’”*.³⁵

Não se busca aqui uma abolição da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados; defendo, apenas, a possibilidade de o juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, para evitar que, por erro ou omissão do advogado, venha a parte sofrer injusto prejuízo em seus direitos.

Segundo SANTOS,³⁶ o juiz não é mais mero espectador, mas *“o mais severo guardião do direito e da comunidade”* e deve dirigir o processo, ser o *“Diretor Ativo do Processo”*, dito por TEIXEIRA³⁷.

A dispositividade da prova pelas partes no processo leva-o à busca de uma verdade formal, não uma verdade real, já que o juiz, num sistema de princípio dispositivo clássico (puro), tem de ficar inerte quanto à produção das provas, aguardando sua produção pelas partes. Ora, o litígio jurídico, não é uma academia jurídica, mas o campo em que se procura a verdade real conforme critérios racionais e honestos. A verdade judiciária também não é uma realidade diversa da verdade comum. Cabe ao juiz velar para que as provas sejam produzidas tão completas e exatas quanto possíveis, sob pena de se tornar um processo imaginário.

As partes devem ser livres no que diz respeito ao direito material deduzido em juízo, ou seja, ao objeto da relação jurídica processual.

Segundo LOPES, *“(...) a coisa julgada, nessas hipóteses, não define a verdade, mas é um substituto político dela”*.³⁸

³⁵ Rui Portanova. *Princípios do Processo Civil*. 1999, p. 199.

³⁶ Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1977, p. 116. (a)

³⁷ Sálvio de Figueiredo Teixeira. O Juiz em Face do Código de Processo Civil (Palestra). *Revista de Processo*. abr./jun. 1978, p. 229.



No que diz respeito à matéria da produção de prova, contribui MOREIRA, o incansável estudioso do tema, com a análise de três tópicos, que dizem respeito a forma como o juiz se relaciona com a prova no curso do processo: “1. *Determinação da Prova: a tendência moderna mundial é aumentar os poderes instrutórios do juiz, para que ele conheça a realidade dos fatos e decida com Justiça. A lógica de sua conclusão, afasta toda controvérsia a respeito da questão dos poderes ex officio do juiz versus direitos indisponíveis. Fundamenta: se é possível o autor dispor de seu direito optando ou não pela iniciativa da demanda (Princípio da Demanda), porquê não poderia escolher os meios de provas utilizados. Também a inconfundibilidade do preceito máximo do Processo Civil da relação jurídica material com a relação jurídica processual, o que acarreta conseqüências jurídicas diversas, nessa hipótese. Outro aspecto é a distinção entre a faculdade da iniciativa das partes - do poder - dever do juiz no momento da averiguação das provas e decisão. Quanto a imparcialidade do juiz, ressalta o equívoco das expressões parcialidade e neutralidade. O juiz não pode prever um fato ou criar uma conclusão sobre os fatos, tem que buscar pela verdade ou sob o fundamento da parcialidade, ignorar o ideal de Justiça. Como segurança à parcialidade do juiz, sugere, a atividade probatória sob o crivo do Princípio do Contraditório e do Princípio das Motivações Judiciais. O juiz não verifica a distribuição do ônus da prova, somente no momento da prolação da sentença. Não importa quem trouxe a prova ao conhecimento do juiz, ela pertence ao processo, denomina a comunhão de prova. O que vale, é o juiz decidir com certeza e o justo; 2. Realização da Prova: o enfoque da análise do juiz da prova oral, como o depoimento. A Inspeção judicial, o interrogatório, o depoimento, entre outras; e 3. Valoração da Prova: faz uma crítica à predileção dos juízes no exame de questões de direito. Na verificação das provas, se o juiz está preocupado também com a questão de fato relevante, estará mais convencido daquilo que é justo”.*³⁹

Em suma, ressalta o dever dos juizes ao decidir uma causa sob os fundamentos da função social do juiz.

A síntese dos conceitos modernos e pertinentes para o tema está representada na doutrina processualista civil contemporânea, por LOPES⁴⁰. O doutrinador traz uma abordagem objetiva e clara do Princípio Dispositivo contemporâneo, e indica a classificação

³⁸ João Batista Lopes. Op. cit. p. 93. (b)

³⁹ José Carlos Barbosa Moreira. O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*. 1984, p. 177-184. (b)

⁴⁰ João Batista Lopes. O Ônus da Prova no Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. jul/dez. 1978, p. 49. (a)



das diversas soluções técnicas para resolver o problema da iniciativa da parte para a obtenção de prova, sob os seguintes parâmetros: pela iniciativa da parte – aqui está o princípio da disponibilidade, devem as partes tomar a iniciativa da produção de provas, o que garante a imparcialidade do juiz e a validade da prova; seja pela fonte material da prova e a presunção do juiz.

Ainda, avalia os poderes instrutórios do juiz sob o ângulo objetivo (os meios de prova dos fatos alegados) e o ângulo subjetivo (o convencimento do juiz) e tece críticas ao artigo 130 do Código de Processo Civil, o qual não versa sobre iniciativa oficial nos casos de omissão das partes, somente admite a atuação diretiva do juiz e enfoca a dualidade exposta no artigo 131 do Código de Processo Civil, que fundamenta a persuasão racional do juiz e não a livre convicção. Nas duas hipóteses supracitadas há um preceito legal limitador da atuação do juiz, na busca de verdade real e efetividade do processo.⁴¹

A teoria clássica processual civil determina a posição do juiz como mero apreciador de provas e a teoria contemporânea estimula o fortalecimento dos poderes do juiz, o abrandamento do Princípio Dispositivo e o acréscimo de qualidades interventivas à figura do juiz, sempre em busca da verdade material – a própria possibilidade de iniciativa oficial.

A tendência da Teoria Geral do Direito e do Processo Civil Brasileiro é conceber em um contexto retro-informativo, Direito e Processo voltados à função social do processo para o alcance de um ideal de justiça qualificada.

As reflexões dos doutrinadores BEDAQUE⁴² e MARINONI⁴³ repelem a tradicional corrente que limita a iniciativa do juiz, seja pela produção de prova legal (CPC) ou pela atividade probatória de única iniciativa das partes.

BARBI⁴⁴ não hesita em asseverar que se o juiz decidisse com base em fatos jurídicos que não os alegados pelas partes, estaria, na verdade, julgando outra demanda, porque o que caracteriza esta são precisamente os fatos daquela natureza.

⁴¹ João Batista Lopes. Op. cit. p. 49. (a)

⁴² José Roberto dos Santos Bedaque. Op. cit. p. 37. (b)

⁴³ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. *Manual de Processo de Conhecimento*. 2004, p. 114.

⁴⁴ Celso Agrícola Barbi. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1996, p. 128. (a)



CAPPELLETTI⁴⁵ adverte que um ordenamento jurídico moderno não pode pretender que o ofício judiciário seja imparcial no sentido de ser desinteressado, porque se trata da técnica com qual o ofício exercita o seu próprio poder, a sua própria função jurisdicional concebida como fundamental função do estado. Imparcial o juiz deve ser com relação a ação, e assim relativamente ao direito e ao ato (demanda, exceção) de realizá-la, mas não com relação ao processo e, tanto menos, com respeito ao juízo, ou seja, à justiça da decisão.

Com o desenvolvimento da ciência processual, não mais se admite a idéia de que o escopo do processo é a tutela de direitos subjetivos (visão privatística). Hoje, para o processo, como instituto fundamental do direito processual, em primeiro lugar está o interesse da coletividade, já que sua finalidade é a realização do direito e da paz social, afirma BEDAQUE⁴⁶.

O processo é um instrumento de atuação da própria Constituição cujas regras, abstratamente formuladas e que representam direitos e garantias fundamentais, são operacionalizadas através de meios que o Processo Civil oferece aos jurisdicionados.

Não é nada lógico exigir-se só nos processos em que as lides versam direitos indisponíveis a busca da verdade real, satisfazendo-se as de direitos disponíveis com a mera verdade formal.

Vale ressaltar a percuciente observação de CAPPELLETTI, “Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”.⁴⁷

É certo que, não raro, os provimentos jurisdicionais, seja qual for a natureza do litígio, por impossibilidade de se alcançar a verdade material, devem-se conformar com a verdade formal. Mas o que se quer defender neste desprezioso estudo é que, na medida do

⁴⁵ Mauro Cappelletti. Princípio dispositivo e interrogatório della parte. *Annali della Facolta Giuridica dell'Universita di Macerata*. 1959, p. 358. (c)

⁴⁶ José Roberto dos Santos Bedaque. Op. cit. p. 52. (b)



possível, qualquer que seja a qualidade da demanda possa o juiz, sempre que necessário à sua convicção, investigar, sem qualquer restrição, a verdade real, objetivando sempre atingir o escopo maior do processo que é “*dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que se tenha direito de conseguir*”.⁴⁸

Com isto não se quer desvirtuar o princípio dispositivo, mas situá-lo adequadamente, modernizá-lo, conforme a moderna processualística que tem por finalidade tornar efetivo o acesso à jurisdição, atingindo os seus principais objetivos que são, em suma, a manutenção da paz e o respeito à ordem jurídica.

Portanto, deduz-se dessas lições que a moderna feição do princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbem privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos. Contudo, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos, dirigindo materialmente o processo ao seu fim que é a solução do conflito com justiça.

É óbvio que o juiz não deve ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposto às partes, a quem cabe, primordialmente, apresentar suas alegações e prová-las. Porém, a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, distante e impassível do embate dialético das partes, “*simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor*”.⁴⁹

Cabe sim, uma posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade. O caso concreto é que ditará a atuação do magistrado na produção de alguma prova *ex officio*, respeitando sempre o contraditório e a igualdade das partes.

⁴⁷ Mauro Cappelletti; Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 77.

⁴⁸ Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1998, p. 67.



Não obstante as informações apresentadas, nada impedem que o juiz sentencie segundo a verdade formal do processo, conforme artigos 302, 319, 334, inciso III, 750 e 803, todos do Código de Processo Civil, mas isso não elimina o compromisso com verdade real, pois antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes.

Um olhar atento ao sistema processual pátrio mostrará que o Código não impõe limitações à pesquisa da verdade para o juiz. Pelo contrário. A busca da verdade real pelo juiz é consequência lógica de outros institutos. Já a imposição às partes do dever de verdade e probidade abre caminho para a busca da verdade substancial. Ao depois, as disposições concernentes ao juiz em relação à prova aparelham o juiz na superação de formalismos.⁵⁰

O interesse da resolução do litígio é do juiz e das partes, até porque todos pretendem uma decisão justa, e justiça é alcançar a verdade material, sem formalismos inúteis e excessivos.

Busca-se efetividade em contraposição à segurança jurídica e só nos satisfazemos com a verdade real e não apenas formal.

Parte da doutrina defende a idéia de que se a parte se omitiu na produção da prova que lhe incumbia, deverá sofrer as consequências processuais dessa omissão, obtendo julgamento desfavorável. Podemos citar como exemplo prático desse pensamento, ao meu ver ultrapassado, o caso do condomínio, em que, em razão da omissão do autor, o qual não juntou cópia da convenção do condomínio, o juiz preferiu ser, da mesma forma omissor e não requerer a produção da prova de ofício. Devido ao fato do autor não ter comprovado o fato constitutivo do seu direito a demanda foi julgada improcedente, em conformidade com as regras do ônus da prova.

Após o trânsito em julgado da sentença, verificou-se que na convenção não havia previsão alguma quanto à possibilidade de indenização por objetos furtados de dentro da garagem, dessa forma estava certo o autor em sua tese (convenção omissa, caracteriza um

⁴⁹ José Carlos Barbosa Moreira. A Função Social do Processo Civil Moderno e o papel do Juiz e das Partes na direção do processo. *Revista de Processo*. 1985, p. 140-150. (a)

⁵⁰ Rui Portanova. Op. cit. p. 200.



dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, ação ou omissão), porém, em razão de um apego ao rigor da mencionada norma processual, acabou sendo injustiçado.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás já manifestou entendimento: "*Recurso Cível. Indenização. Dano em Veículo em Garagem de Condomínio. Responsabilidade Excluída pela Convenção Condominial. I - A convenção do condomínio e a lei interna que vincula os condôminos só não tendo aplicação quando violar disposição de ordem pública, o que não é o caso quanto à cláusula que exclui a responsabilidade do condomínio por danos causados em veículos em suas dependências. (Recurso Cível Nº 200500386077, Turma Julgadora Recursal Cível dos Juizados Especiais, Relator: Ari Ferreira de Queiroz, Julgado em 01/07/2005)*".

Diante da dúvida, o juiz deverá compatibilizar seu livre convencimento motivado com o critério do ônus da prova. Ocorrendo tal pressuposto, precisamente, é que deverá o juiz, então, utilizar-se de seu poder de determinar *ex officio* a realização da prova, com o intuito de eliminar a dúvida. Assim, a utilização do poder oficioso do juiz coloca-se, no sistema vigente, normalmente, como um *posterius* à verificação da ocorrência da dúvida.⁵¹

5. Conclusão

O juiz, hodiernamente, não pode mais ser visto como aquele sujeito totalmente inerte, que para atuar depende, sempre, da provocação da parte. Deve ele, como representante do Estado e tendo a direção formal e material do processo, ser um sujeito ativo no desenvolvimento da relação jurídica processual. Conforme analisado, existem dois posicionamentos acerca dos princípios atinentes às provas.

Defende-se a corrente baseada na idéia de que o princípio a ser seguido é o da busca da verdade real (material), concedendo, dessa forma, uma participação mais ampla do juiz no processo. Destarte, amplos devem ser os poderes do juiz no campo da investigação probatória, objetivando entregar a tutela jurisdicional qualificada, exigência de ordem pública no sentido de que os conflitos sejam solucionados com justiça, vencendo aquele que

⁵¹ José Manoel de Arruda Alvim Neto. *Código de Processo Civil Comentado*. 1975, p. 185.



efetivamente tenha razão, pouco importando a qualidade das armas de que disponham as partes, mais ou menos poderosas, dependendo da sua capacidade econômica.

Neste caso, agindo o magistrado como se fosse um professor, ou seja, determinando a produção das provas que as partes não quiseram ou não souberam utilizar com sabedoria, questiona-se se agindo o juiz como um protetor das partes existirá alguma diferença entre contratar um advogado qualquer ou contratar um especialista da área?

Tal crítica demonstra-se necessária, pois, como se sabe, em algumas situações a omissão de certas provas pode ser mais vantajosa para se obter êxito em certas demandas, e dessa forma, agindo o juiz como instrutor material e formal do processo, seriam dificultados os blefes do jogo. Entretanto, pensamos ser interessante a idéia de um juiz cada vez mais participativo, até porque esse jogo muitas vezes depende em dar a tutela jurisdicional pleiteada com efetividade e justiça, o que nos faz concluir que sempre devemos buscar a verdade real (justiça) em sobreposição à verdade formal.

Da mesma forma, não se pode esquecer do princípio do contraditório, pelo qual as partes poderão se manifestar diante da produção ou até mesmo do requerimento pelo juiz para produção de uma determinada prova.

A imparcialidade, por sua vez, não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, e que vença quem realmente tem razão.

A participação ativa do juiz na instrução do processo, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos contidos na causa de pedir, não ofende a sua imparcialidade; antes a evidencia, pois o seu objetivo é atingir a verdade real, dando a quem merecer o direito disputado.

E o Judiciário só será forte na medida em que fortalecidos e prestigiados forem os seus membros, seja através do respeito às garantias da magistratura, seja através da



ampliação dos poderes instrutórios do juiz, do aperfeiçoamento das leis processuais vigentes, e, ainda, da interpretação mais arrojada e evolutiva do sistema em vigor pelos Juízes e Tribunais.

O princípio dispositivo moderno rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbem privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos, mas, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos.

Conclui-se, portanto, que o princípio dispositivo, em sua visão contemporânea, o da imparcialidade e o da busca da verdade real (iniciativa probatória do juiz) são compatíveis, haja vista que o princípio dispositivo, em sua versão atual, impõe às partes a incumbência da iniciativa das alegações e dos pedidos, em que a iniciativa probatória do juiz (princípio da busca da verdade substancial) em nada o contrapõe, eis que deve o julgador determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos.

O juiz, ainda, a par das funções próprias de diretor do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação e de estímulo, no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, assegurando-se um critério de igualdade. Da mesma forma, o fato do juiz determinar a produção de provas de ofício (princípio da busca da verdade real) não significa que estará beneficiando esta ou aquela parte, mesmo porque, antes da efetiva produção da prova, não pode saber o resultado e suas conseqüências no processo, muito pelo contrário, será parcial o juiz que, verificando que a produção de determinada prova requerida pelas partes pode servir à descoberta da verdade, omitir-se e possibilitar a vitória por parte de quem não tem razão alguma.

Do estudo realizado, nota-se que o juiz não deve se contentar com a verdade formal, mas deve buscar a verdade real, de modo a tornar o processo cada vez mais instrumental e efetivo.



Os juízes devem sentir-se responsáveis pela condução ativa do processo, pela solução do litígio não em razão de uma ficção, mas diante de elementos concretos.

Em outras palavras, é necessária uma profunda revisão do paradigma atual, capaz de o tornar harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, para que os juízes e os juristas em geral não se portem como técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, e, em última análise, escravos do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1996. (a)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Função Social do Processo Civil Moderno e o papel do Juiz e das Partes na direção do processo. *Revista de Processo*. ano 10, n. 37, p. 140-150, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (a)

_____. O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*. n. 35, p. 177-184, São Paulo: RT, 1984. (b)

_____. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. (c)

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1991. (e)

BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit cúria*. *Revista de Processo*. n. 3, p. 168-177, São Paulo: RT, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. (a)

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (b)

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (c)

BETTI, Emílio. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BRAGA, Sidnei da Silva. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Ayres: EJE, 1972. (b)

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile)*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1951. (b)



_____. Princípio dispositivo e interrogatório della parte. *Annali della Facolta Giuridica dell'Universita di Macerata*. v. XXIII, p. 6-15, 1959. (c)

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. (a)

_____. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (b)

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento - arts. 102 a 242*. v. II. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. (a)

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001. (b)

FERIANI, Luis Arlindo. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: E.V., 1996.

LOPES, João Batista. O Ônus da Prova no Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. ano III, n. 11-12. São Paulo: RT, jul./dez. 1978. (a)

_____. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. *Revista do Processo*. v. 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (b)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed., v. II. São Paulo: Saraiva, 1977. (a)

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed., v. I. São Paulo: Max Limonad, 1952. (b)

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1983. (c)

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Juiz em Face do Código de Processo Civil (Palestra). *Revista de Processo*. ano III, n. 10. São Paulo: RT, abr./jun. 1978.