PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A JUSTIÇA MATERIAL: QUEM DEVE SER IMPECÁVEL, O DIREITO PROCESSUAL OU O ADVOGADO?

Guilherme Nunes[1]

RESUMO: O presente artigo científico, elaborado a partir de revisão bibliográfica, trata da iniciativa da produção de prova pelo Estado-juiz em contraponto a alguns institutos ou argumentos aparentemente contrários a ampliação de tais poderes instrutórios, considerando a doutrina moderna, e dando destaque aos escopos do processo, mais especificamente, à justiça material. A articulação do referido instituto processual com outros de igual relevância é apreciada nesse trabalho de forma a objetivar facilitar uma harmônica compreensão do sistema processual e de sua posição dentro da sociedade em face dos valores priorizados por essa, além dos comandos constitucionais. Intenta-se ainda, por meio desse estudo, evidenciar a distorção existente no que tange a verdadeira função dos operadores do processo e as implicações resultantes da falta de produção de prova *ex officio* pelo juiz, de modo a obter conclusões que possam reforçar ou afastar a importância da iniciativa probatória do Estado. Para isso foi feita análise da doutrina de variados processualistas, pretendendo encontrar a fundamentação para se excepcionar os poderes instrutórios estatais. O resultado alcançado ajuda a responder se as divergências sobre o entendimento do tema (em síntese, se é ou não uma faculdade do juiz a inciativa de produzir provas) afetam diretamente a consistência da ciência processual e estão essencialmente ligados à jurisdição, sobre essa gerando influência.

Palavras-chave: Poderes. Instrutórios. Amplos. Ônus. Prova.

1 Autor: Guilherme Nunes, bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB) – Campus VIII Paulo Afonso – Ba. Email gnunes85@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual moderno, dentre outros avanços, firmou-se em reconhecer a necessidade de se ter ampliado os poderes instrutórios do juiz e de que isso não fere outros institutos, pelo contrário: está em perfeita harmonia com os demais fundamentos do processo judicial e, muitas vezes, torna-se imprescindível para que seus escopos sejam efetivados. Desses, o principal é a justiça material (razão inicial e final das regras processuais), a qual, em âmbito processual, exige a primazia pela busca da verdade.

Eis a relevância do tema em apreço, pois o julgamento feito diante da verdade e, portanto, qualificado como instrumento de justiça material, não prescinde de uma adequada produção probatória.

Nesse contexto, a prova (e sua iniciativa de produção) é intrínseca à função jurisdicional, exigindo, portanto, especial atenção pela legislação, doutrina e jurisprudência, além de uma condizente forma de conduta pelo Estado-juiz no exercício de tal atribuição.

Construiu-se então, por majoritária doutrina[2], a tese, ou conclusão, de amplos poderes instrutórios do juiz, por vezes estranhada, de forma equivocada, por alguns pensadores do direito e pela atuação do juiz, devido a uma distorção criada pelo apego a regras de diferentes incidências no processo, ou pelos cuidados excessivos, os quais são indesejados pela lei e pelo Estado Democrático.

Desse modo, tem como objetivo o presente estudo verificar a consistência (e portanto a força dos fundamentos) da tese de serem amplos os poderes instrutórios do juiz, bem como a relevância da adoção ou não dessa concepção: as repercussões sobre o exercício da função jurisdicional pelo Estado.

---

2 Tal entendimento pode ser verificado, por exemplo, em: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel: Novo curso de processo civil, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451. DIDIER JR, Fredie: Curso de direito processual civil, v.2, Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 85. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini: Teoria Geral do Processo, 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72. CÂMARA, Alexandre Freitas: Lições de direito processual civil, v. 1, São Paulo: Atlas, 2014, p. 174. THEODORO JÚNIOR, Humberto: Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), Revista de Direito Privado, vol. 17, p. 9, jan. 2004. MOREIRA, José Carlos Barbosa: O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos, Revista de Processo, v. 41, p. 7, jan. 1986. Outros doutrinadores entendem ser amplos, em regra, os poderes instrutórios do juiz, sendo exceção apenas os casos em que as partes possuem mesma suficiência econômica e técnica. Dentre esses: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo civil moderno, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 238.

Além disso, o desenvolvimento do tema no presente estudo contrapõe, em face da justiça material, a ideia de que cabe ao juiz, em essência, julgar adequadamente os casos por meio de um bom conhecimento do direito material, valorando com equidade as provas produzidas, de forma célere, e buscando efetivar suas decisões.

Isto é, pretende-se concluir se, conquanto o juiz atue com excelência em todos os aspectos citados acima, o reduzido exercício de seus poderes instrutórios são capazes de tornar o processo um palco de disputa de forças, precipuamente, e de fazer da decisão uma impostura (no que diz respeito à justiça material), dando evidência à função do advogado nesse cenário.

2 ESCOPOS DO PROCESSO

A ciência processual, tem se desenvolvido e acompanhado os ideais modernos sociais, jurídicos e políticos, se adaptando às constantes mudanças das relações humanas e aos comandos da Constituição, em decorrência do princípio de sua instrumentalidade.

A dicotomia entre direito material e processual tem sido atenuada pela ciência moderna do Direito Processual no intuito de se dar primazia à justiça material e de forma a efetivar os escopos do processo (BEDAQUE, 2006, p. 50).

O escopo imediato do processo é o jurídico, isto é, dar eficácia ao direito material, e, de forma mediata, o processo tem fins sociais e políticos, os quais são absorvidos pelo primeiro (BEDAQUE, 2006, p. 59).

Quando se fala em escopo social foca-se na realidade social à qual se liga determinado processo. Dessa forma, o processo traz consigo particularidades sociais dos sujeitos envolvidos considerados individualmente, da relação jurídica entre eles, e do envolvimento disso com a sociedade em que estão inseridos.

Além disso, existe o outro viés social que é a expectativa que a sociedade tem em relação ao processo, ou aos processos (de acordo com as circunstâncias de cada um), e aos valores promovidos por esses. Se até mesmo o direito privado está orientado pelo princípio da sociabilidade, o qual exige função social das relações humanas, não poderia o Estado exercer sua função (jurisdicional) enxergando o processo como negócio das partes, alheio aos interesses (sociais) externos a essas.

Portanto, as regras processuais, os atos, e a condução do processo devem ser vistos pelo prisma da justiça material, que é a jurisdição tendente a estar mais próxima da verdade e, assim, mais completa possível, ou seja, que atende aos escopos do processo. Bedaque (2006, p. 51) condiciona o processo à justiça material: “Por isso, a idéia de devido processo legal deve ser fundida com a de fim - idéia teleológica. Processo é instrumento de justiça material. A regra da instrumentalidade das formas, por exemplo, introduz vida ao processo”.

Nesse sentido, Câmara (2007, p. 13) entende que um juiz ativo e com amplos poderes instrutórios não corresponde tão somente ao correto entendimento que se extrai pela interpretação literal e sistemática do artigo 130 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, ou 370 (CPC/2015), mas, principalmente, à forma legítima (que atende aos preceitos constitucionais) de se entender o referido comando legal,

considerando que o Brasil tem contornos de um Estado ativo (e não reativo), qualificado pelo valor democrático, tendo, portanto, o processo, a finalidade imediata de realizar os objetivos do Estado, e, apenas de forma mediata, a solução do conflito, uma vez que essa se dá automaticamente quando a primeira finalidade é alcançada.

O Estado ao substituir as partes para exercer a função jurisdicional assume intencionalmente a responsabilidade de agir com a máxima eficiência possível no exame do *status quo* das relações sociais em juízo, não sendo, portanto, um moderador de uma espécie de autocomposição em forma de debate. É dizer: sem a ativa participação do aparelho estatal, a heterocomposição perde legitimidade.

Por conseguinte, deve o Estado manter-se em sintonia com a realidade social e com o produto da ciência processual moderna, para, assim, estabelecer uma ordem no trato da jurisdição capaz de criar uma segurança jurídica não apenas formal, mas que vise a paz social entre as pessoas, e, internamente, a cada pessoa.

Cambi (2001, p. 106) chama atenção para a complexidade e importância dos diferentes aspectos que envolvem a jurisdição condizente com os preceitos sociais, constitucionais, e éticos:

> Os ‘pontos sensíveis‘ a serem superados para a realização desses escopos podem, esquematicamente, ser analisados em quatro aspectos: i) da admissão em juízo; ii) do modo de ser do processo (o qual envolve o desenrolar do processo, a fim de que seja observada a ordem legal de seus atos - devido processo legal - e o efetivo diálogo - **contraditório - das partes com um juiz ativo e não meramente espectador do drama processual);** iii) da justiça das decisões (isto é, critérios de justiça devem nortear o juiz ao apreciar as provas, enquadrar os fatos nas regras ou preceitos jurídicos e ao interpretar os textos jurídicos, para que, entre duas interpretações possíveis, opte por aquela cujo resultado seja mais justo); iv) da utilidade das decisões (o processo não pode servir para prejudicar aquele que tem razão, devendo proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo que tem direito de obter). (grifo nosso).

Desse modo, dizer o direito não é suficiente para o que os valores sociais e constitucionais exigem. É essencial à ciência processual a visão e a construção de um arcabouço teórico que trate a forma, e o porquê, de se dizer o direito. Isto posto, verifica-se que o Direito Processual fornece as ferramentas para a aplicação do direito e solução de litígios, sem, contudo, fixar rigidamente o arranjo ou a forma de utilização de tais ferramentas, cabendo à necessidade de cada situação a escolha da regra processual mais adequada. Nesse sentido:

> Muitos dos princípios processuais, por exemplo, se levados às últimas conseqüências, sem considerar a realidade fática sobre que irão incidir, podem tornar-se verdadeiros óbices aos escopos do processo.

> Necessário, pois, "relativizá-los", isto é, considerar os princípios processuais sempre como meios para obtenção de uma justiça rápida e eficiente. Sua aplicação jamais pode desconsiderar o litígio, sob pena de se construir um modelo processual inadequado ao seu objeto. (Bedaque, 2006, p. 58).

Observa-se, pelo exposto, que, inevitavelmente, tudo se volta à adequação do caso concreto, em âmbito processual, às finalidades jurídicas, sociais e políticas. Não se pode ignorar que para cada caso há de ser feita uma disposição adequada dos princípios processuais, para que esses não se desvirtuem diante de determinadas particularidades e mantenham a aptidão para conduzir o processo na direção que potencialize a justiça material, reduzindo as barreiras inerentes às formalidades pré-estabelecidas.

De igual sorte, não faz sentido orientar o processo à justiça material e transferir às partes, exclusivamente, a atividade probatória. Pensar diferente seria anular, em grande parte, o que dizem os artigos 378 e 379 do CPC:

> Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.
> Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:
> I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
> II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
> III - praticar o ato que lhe for determinado.

Isto é, verifica-se que o termo "ninguém" do artigo 378 supracitado é forte, por ser absoluto, e não aparece na lei por acaso, incluindo os litigantes, o que é confirmado pelo artigo subsequente, que fala diretamente da parte processual (e seu dever em colaborar para a instrução do processo). Ressalte-se, ainda, que a ressalva quanto ao direito de não ser produzida prova contra si própria deve ser entendida como pressuposto que legitima a iniciativa de instrução pelo juiz, conforme se verá adiante da análise do inciso VIII, do artigo 139 do código processual.

3 LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Para o estudo da amplitude (ou restrição) dos poderes instrutórios do juiz é importante conhecer, por um lado, a motivação de se dar liberdade de iniciativa pelo órgão judicial e, por outro lado, a existência de possíveis barreiras que possam limitar o exercício de tal alçada.

Como se sabe, a busca pela verdade real é um princípio do direito processual, devendo, portanto, estar presente durante todo curso processual e harmonizado com os demais princípios. Importa, pois, distinguir a verdade real (ideal inatingível) da sua busca (algo que depende da conduta humana):

> Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 219).

Essa noção é essencial e deve ser considerada *a priori* para a análise dos limites nos quais os poderes instrutórios do Estado-juiz podem encontrar oposição.

Nesse diapasão, verifica-se, por vezes, que outro princípio processual, o da ampla defesa, é contraposto à tese ora discutida. Contudo há de se levar em conta que a instrução probatória por iniciativa do julgador não está limitada pelo referido princípio, senão pela obrigação de serem dadas oportunidades às partes se manifestarem acerca da forma de obtenção das provas e do conteúdo dessas, uma vez que a ampla defesa não impede a produção de provas contrárias a determinado interesse, mas que isso seja feito em paridade de oposição.

Quanto ao princípio dispositivo, outro costumeiramente utilizado como óbice à iniciativa de produção de provas pelo julgador, convém que se realize adequada atividade hermenêutica com a finalidade de não sobrepor um principio ao outro. Quer dizer: pelo princípio dispositivo as partes podem dispor do direito a determinados atos processuais sem, contudo, vincular o julgador no que concerne seus poderes instrutórios. Nesse caso o raciocínio é deveras simples: quem pode dispor de conhecer os fatos é uma parte ou outra, não a sociedade (ou o Estado), uma vez posta a lide.

Assim, dar maior relevância ao princípio dispositivo no sentido de diminuir a busca pela verdade real não é algo que corresponda à melhor técnica processual,

máxime quando a renúncia a um direito de ordem pública (de produzir provas) mereça uma forma expressa como regra de manifestação, bem como a instrução processual não consiste em direito exclusivo das partes[3]. Nesse sentido:

> Não há, contudo, monopólio da parte quanto à instrução da causa, mesmo com referência a interesses puramente privados. Como bem se ressaltou, entre nós, "O problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu", com o que, concedendo-se poderes instrutórios ao Juiz, subtrai-se da parte o poder de direção formal do processo, passando ela à condição de colaboradora do órgão judicial. A verdade é que não se pode mais aceitar o Juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes. E aí está o art. 130 do CPC (LGL\1973\5) para comprovar a proposição. (OLIVEIRA, 1993, p. 2)

Outrossim, pelo princípio dispositivo, as partes podem dar ou retirar a controvérsia e delimitar a matéria a ser debatida, mas não dispõem as partes do conhecimento da matéria discutida, conforme esclarece autorizado processualista:

> O princípio dispositivo deve realmente prevalecer no debate da lide. Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico e de dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nos aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência da exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria. A postura conservadora que praticamente anula a iniciativa do juiz no domínio da prova parte de uma visão equivocada que não distingue entre meio de prova e prova propriamente dita. [...] Assim, enquanto se pesquisam os fatos, joga-se com simples instrumentos que podem ou não alcançar a produção dos efeitos desejados em torno da verdade. Somente afinal, depois de exaurida a atividade instrutória do processo, é que se terá condição de definir se realmente se alcançou, ou não, a prova do fato controvertido. [...]
>
> Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 4).

Corrobora, ainda, a harmonia do entendimento até aqui destacado com a sistemática processual o artigo 493 do CPC, o qual permite ao julgador, sem requerimento da parte, fundamentar a decisão em fato relevante, conforme se observa:

> Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Considerando, portanto, que a lide é delimitada por iniciativa das partes, que a emenda da petição inicial também é restrita nos termos do artigo 329 do Código

---

3 Em relação ao tema, merece destaque o julgamento do Agravo em Recurso Especial Nº 201.310 - PE (2012/0141937-0) do STJ, em que são citados diversos precedentes e, em síntese, assevera que "ainda que as partes não tenham requerido produção de provas, mas sim o julgamento antecipado da lide, se esta não estiver suficientemente instruída, de sorte a permitir tal julgamento, cabe ao juiz, de oficio, determinar as provas necessárias à instrução do processo".

Adjetivo, que (similarmente aos limites impostos à petição inicial) a contestação deve conter toda a matéria de defesa (artigo 336 do mesmo código), conclui-se que, uma vez estabilizada a demanda, é latente o interesse estatal de resolvê-la segundo uma ordem jurídica justa, não cabendo às partes restringir o devido conhecimento da causa a partir de sua livre disposição.

Outrossim, pela hipótese de serem restritos os poderes instrutórios do juiz à iniciativa das partes, a busca pela verdade real deixaria de ser um princípio processual e passaria a ser um ônus, o que força a concluir que somente com amplos poderes instrutórios pelo órgão judicial, pode o processo cumprir com seus ideais, e que isso não causa conflitos com outros princípios do processo.

Diante de tais ponderações, merece ser destacado que a iniciativa de produção de provas das partes e do juiz independem entre si, isto é, não se excluem, o que, na verdade (em aparente paradoxo), é um estímulo para que cada um dos sujeitos empreenda tal feito, pois sabendo, cada uma das partes, que o juiz pode instruir o processo, e que, contudo, não se pode prever o resultado da prova a ser produzida por iniciativa do órgão judicial, então passa a ser de ainda maior interesse que os litigantes ajam com prevenção, independentemente do ônus da prova (o qual será analisado no tópico a seguir).

O que importa, pois, pelas presentes observações, é a verificação de que a busca pela verdade real é um princípio voltado principalmente ao Estado; é algo essencial e viável; e motiva a iniciativa de instrução pelo juiz. Porém, a literatura aponta, ainda, outros importantes institutos jurídicos que aparentam ser contrários à ideia ora apresentada, motivo pelo qual merecem análise específica, conforme passa a ser feito adiante.

4 ÔNUS DA PROVA E A INICIATIVA DO ESTADO-JUIZ

Não é incomum encontrar no bojo de decisões judiciais o fundamento de não ter sido “suficientemente“ provado determinado fato, sem, contudo, ser feito menção a eventuais dificuldades quanto ao meio de prova. Todavia, o ônus da prova e a instrução processual são autônomos, conforme passa a ser verificado a seguir.

Quando o sistema processual determina previamente que ao autor, por exemplo, incumbe o ônus da prova de fato constitutivo de seu direito, está simplesmente sendo levado em consideração o fato de que nem tudo poderá ser provado dentro do processo, e, dessa forma, assegurando a não perpetuação do processo (evitando o *non liquet*), pois, se não existisse tal ônus como regra, poderia acontecer, em alguns casos, do processo se perpetuar em um estágio inconclusivo.

A partir dessa ponderação, considerando a necessidade e finalidade de se fixar ônus da prova às partes, verifica-se que o ônus da prova não obsta (nem mesmo no plano filosófico) a iniciativa de instrução pelo juiz. É dizer: ônus e interesse não se confundem, e a lei não incumbe a prova às partes, mas o ônus da prova (ora, alguém teria que arcar com esse ônus).

Nesse contexto, vale ressaltar que o artigo 141 do CPC[4] (correspondente ao 128 do CPC de 1973) não é norma que diz respeito ao princípio dispositivo, mas garantia de que o juiz deve conhecer apenas do objeto da lide, não substituindo as partes em sua vontade, isto é, trata de dimensão horizontal e não vertical, garantindo que a discussão esteja delimitada pelo interesse das partes.

Também não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre o artigo supracitado e os amplos poderes instrutórios do juiz, uma vez que a iniciativa de produção de provas por parte desse deve respeitar os limites das controvérsias propostas pelas partes: uma questão de pertinência da matéria discutida.

Desse modo, quando o juiz toma iniciativa de conhecer melhor as questões suscitadas, está, na verdade, em interpretação a *contrario sensu*, observando regra dos artigos 141 e 370 (correspondente ao 130 CPC/1973), sendo forçoso concluir que os artigos citados dizem a mesma coisa sob vieses diferentes, em reforço recíproco portanto. Nesse ponto, vale citar o seguinte ensinamento:

> Atualmente, é pacífica na doutrina a orientação de que o juiz detém amplos poderes instrutórios, devendo ter participação ativa no campo

4 Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

> probatório, à luz de uma tendência publicista do processo.
>
> A atuação do juiz independe da iniciativa das partes, de forma que a interpretação conjugada dos arts. 130 e 333 do CPC (LGL\1973\5) conduz à orientação de que incumbe às partes o ônus da prova, mas não está o juiz impedido de determinar, de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo.
>
> Não mais deve prevalecer, pois, a orientação de que o juiz somente podia agir ex officio no campo probatório, quando restasse evidenciado o estado de perplexidade ou de desigualdade entre as partes.
>
> A par de uma tendência publicista, afigura-se que o juiz deve ter uma participação ativa no campo probatório, independentemente da iniciativa das partes, na medida em que um dos escopos da jurisdição vem a ser a outorga do acesso à ordem jurídica justa. (OLIVEIRA, 2007, p. 5).

Considerando que o ônus da prova há sempre de recair a uma das partes, seria inútil a previsão do artigo 370 do código processual se a iniciativa de produção da prova pelo juiz não fosse considerada legítima por substituir atividade das partes, pois, assim sendo, o processo não seria mais do que uma batalha de técnicas tendentes a esconder a verdade, sempre que essa fosse inconveniente, em que o vencedor sempre seria o que tem mais recursos para tanto, ou seja, o de situação econômica mais favorável.

A propósito, abrilhanta a análise desse ponto do estudo a seguinte ponderação:

> Para que o processo seja considerado instrumento da razão, não um estéril e árido mecanismo de submissão da força e da destreza, é necessário compreendê-lo como um método de cognição, isto é, como um modo para o conhecimento da verdade. Nesse contexto, os meios probatórios serviriam para fixar e alcançar a verdade; porém, não as verdades últimas e supremas, mas a verdade humilde e diária, aquela sobre a qual se discute nos debates judiciais, e que os homens normais e honestos, segundo a comum prudência e segundo a boa-fé, chamam e chamaram sempre de verdade. Porém, a finalidade do processo não é somente a busca da verdade, mas algo maior, isto é, a justiça, para a qual a determinação da verdade é somente uma premissa. Perseguindo essa finalidade, o processo deve visar a busca da justiça das decisões. (CAMBI, 2001, p. 77).

É dizer: sempre que, por iniciativa do juiz, a prova a ser produzida comprovar fato constitutivo de direito, pelo réu seria alegado um ilusório cerceamento de defesa e violação ao devido processo legal, o que, do mesmo modo, ocorreria com o autor em caso de prova que indique, ao final, fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito pretendido, o que seria um absurdo, por anular a previsão do referido artigo 370.

Percebe-se, portanto, que quando o órgão judicial “auxilia“ a encontrar a verdade não está ajudando nem substituindo nenhuma das partes, pois a justiça não dá benefícios, a grosso modo, apenas restitui o que foi retirado da parte lesada ou assegura que nada tenha sido ou seja retirado indevidamente.

5 CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório merece destaque no estudo do presente tema, uma vez que aquele determina que sejam ouvidas as argumentações das diferentes partes do processo e assegura a essas uma participação isonômica na dialética processual, de modo que o juízo seja formado a partir da tese e da antítese, conforme ensinam Cintra, Dinamarco, e Grinover (2006).

Nesse contexto, poderia, então, ser alegado que a produção de prova por iniciativa do juiz estaria ferindo o referido princípio? Na verdade, o que se percebe é que o contraditório não trata de qualquer restrição à atividade dos sujeitos processuais. Vale dizer: o juiz ao produzir prova, *a priori*, não cria tese, fazendo juízo de valor somente após ouvir as diferentes teses das partes, ou seja, em respeito ao contraditório. Além disso, é garantido, de forma isonômica, às partes a produção de qualquer meio de prova lícita, independentemente do direito da outra parte se manifestar a respeito.

Diante de tais considerações, verifica-se, portanto, que o contraditório não se configura como óbice à tese de incumbência ampla do juiz na instrução processual, pelo contrário: é um legitimador desse entendimento, uma vez que reforça a finalidade da atuação *ex officio* do juiz, consistente em conhecer os fatos, o que não prescinde da manifestação das partes no processo para melhor interpretação das informações obtidas. Nesse sentido, acrescente-se o seguinte aclareamento doutrinário:

> Em segundo lugar, consoante já se assinalou, não há correlação necessária entre respeito do contraditório e inatividade do juiz em matéria de instrução. Reconhecer ao órgão judicial a possibilidade de colher provas ex officio de modo algum importa excluir a intervenção das partes no procedimento probatório. As duas questões são autônomas. (MOREIRA, 1984, p. 5).

Desse modo, diante de uma participação ativa do órgão judicial, é fundamental que seja dada oportunidade às partes para se manifestarem ou produzirem contraprova, em respeito ao contraditório.

Conforme lição de Arenhart (2005), o contraditório deve ser visto de forma abrangente no processo e deve ser conjugado a um papel ativo do órgão judicial para a construção da verdade. O contraditório visto como ferramenta para o processo, e não apenas como um direito dado por esse às partes, tem a pretensão de estabelecer coerência diante das ponderações feitas por essas, ou seja, de modo

a reunir todas as argumentações desde a petição inicial, contestação, manifestações sobre provas, testemunhas, para que se construa (nas palavras do citado nobre processualista, com base em Habermas) uma “verdade factível” e alicerçada na argumentação dos sujeitos.

O contraditório, portanto, consiste em legítimo e imprescindível instrumento à disposição das partes para, dentre outras coisas, contextualizar os elementos probantes, permitindo ao juiz criar convicção. Ocorre que criar convicção acerca dos fatos é interesse do Estado-juiz, e a convicção a ser formada é que faz divergir os interesses das partes, podendo a atividade melhor desenvolvida por uma dessas ser determinante na aproximação da verdade, o que, por conseguinte, não deve servir de estímulo a inércia estatal.

Atente-se que o contraditório não existe somente entre as partes, mas entre essas e o juiz: as partes em regra não podem voltar a determinado ato processual (já concluído) e reformar certas deficiências (de conteúdo, não de forma), o que ocorre de modo diferente para o juiz, já que para esse a iniciativa de produção de provas não sofre preclusão, e que as citadas deficiências são naturais, o que torna a existência de dúvidas quanto ao mérito da causa algo também não raro e, ao mesmo tempo, exige o diálogo com as partes.

Esclareça-se, por oportuno, que não está aqui se falando da manifestação pelo órgão judicial de seu entendimento acerca de determinada questão antes do julgamento, mas de manifestação da dúvida, ou, simplesmente, de pontos que possam ser melhor esclarecidos. Como é cediço, o que parece óbvio para muitos, não raramente, não parece para muitos outros, e somente a partir da certeza é que se pode fazer um juízo que atenda aos anseios sociais e jurídicos.

Nesse sentido, conclui-se que o juiz deve interagir com as partes e agir *ex officio* para sanar não apenas falhas de formalidades, mas de clareza ou de inexistência de informações acerca de determinada questão. Cita-se, como exemplo, o artigo 139, VIII, do CPC, o qual orienta que o juiz poderá a qualquer momento inquirir as partes para instrução processual, sem que esse depoimento importe em confissão. Ora, se o depoimento nessas circunstâncias não importa em confissão, então se depreende que a primordial função de tal ato decorrente do poder instrutório do juiz é a de indicar meios de prova para o órgão judicial.

Não obstante, quando a prova é produzida pelo julgador, o contraditório mantém sua função intacta de associar as informações produzidas às diferentes

pretensões em discussão, por meio da argumentação, a qual, como dito, em nada prejudica o processo e seus fins, em que pese ser possível em nada acrescentar de relevante.

Por outro lado, ainda que possam ocorrer certas violações a direitos fundamentais pela ampla liberdade de instrução processual pelo juiz, há de se ponderar que a prestação jurisdicional efetiva também é um direito fundamental, prevalecendo sobre outros, conforme se atesta pela seguinte lição:

> Os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório jamais poderão ser impeditivos para a concretização dos direitos fundamentais da prestação jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo. Caso contrário, teremos, por certo, urna extrapolação na análise dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, com a configuração, muitas vezes, de um abuso no direito de defesa. Nesse sentido, é importante uma reflexão a respeito da lealdade processual e da boa-fé, como um dos instrumentos de efetividade da justiça e de garantia da razoável duração do processo.
>
> Assim, enfatizando a lição de MARINONI que no Estado constitucional não se pode pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material, na medida em que este mesmo Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, mediante normas de tutela administrativa e da tutela jurisdicional dos direitos. (SOUZA *et al.*, 2015, p. 369).

Por isso que o exercício de amplos poderes instrutórios pelo juiz merece prestigiada posição na condução processual, pois sem esse seria necessária uma atuação perfeita do advogado, ou então, como dito anteriormente, uma falha na produção de provas, por menor que seja, passaria a ser determinante para o julgamento do mérito, reduzindo esse a um julgamento apenas formal, ou seja, ineficaz em fazer justiça material.

Ademais, sem a ocorrência do contraditório sob o viés ora suscitado, ou o advogado toma conhecimento (antes de iniciar um processo e quando possível) do perfil de conduta do juiz quanto ao modo que esse dirige a instrução processual e faz a valoração das provas[5], ou, ilusoriamente, confia o causídico na própria perfeição e excelência.

---

5 Tal hipótese evidentemente fere de morte a filosofia autorizada: “Como explica HABERMAS, 'a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o medium lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras'. Aqui, a razão não é buscada apenas no íntimo do sujeito cognoscente, mas na argumentação, baseada no relacionamento humano — o que traz o aporte de elementos outros, que não apenas o conhecimento 'científico', tal como da moral e a história” (ARENHART, 2005, p. 15).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verifica-se que dentro da ciência processual tem consistência, e mantém intactos os diferentes princípios processuais, a tese de amplos poderes intrutórios do juiz, não ocorrendo o mesmo em caso de limitação desses poderes por motivos outros além da ilicitude do meio de prova, uma vez que os escopos do processo impulsionam o Estado-juiz a conhecer, o máximo possível, dos fatos e, assim, dizer o direito substancialmente.

A análise sistemática do direito processual permite concluir que, além do preceito de amplo poder instrutório do órgão judicial existir em harmonia com outros diferentes institutos, tal alçada é imperativa, isto é, não facultativa, para os moldes do processo em nossa sociedade, restando apenas aparência de conflito de normas e princípios ligados ao tema. Vale destacar: a amplitude dos poderes instrutórios em questão tem respaldo nos escopos do processo, nos valores sócio-constitucionais, e, portanto, na pacificação social, considerada de forma concreta.

Convém lembrar que a busca pela verdade real é um princípio que, embora deva estar presente a todo momento no curso processual, não é, muitas vezes capaz de obter o resultado desejado, isto é, alcançar a verdade real. Entretanto, como dito, tal princípio deve estar presente em todos os aspectos do processo: desde a produção de provas, a interpretação adequada das provas produzidas (e da motivação de não terem sido produzidas), até a aplicação das regras de julgamento.

Somente após o esforço na busca pela verdade real deve o processo ser considerado concluso para julgamento e, ainda nesse ponto, o juízo sobre as provas produzidas deve estar em sintonia com as circunstâncias do caso em concreto e com a realidade social.

Também é a busca pela verdade a causa de serem dados amplos poderes instrutórios ao juiz, pois somente com tal amplitude de poderes poderia o direito processual resguardar seus escopos, especialmente o da justiça material.

Nessa linha de intelecção, conclui-se que, ao invés de servir como fundamento do juízo, obsta o julgamento do mérito a deficiente instrução processual, a não ser que essa corresponda a: requisito objetivo da lide (como juntada de peça processual); meios de prova que dependem exclusivamente de quem tem, concomitantemente, interesse e condição de produzi-la; ou, ainda, a excessiva dificuldade de produzir prova por qualquer parte.

Significa dizer que sempre que possível a colheita de determinada prova ou informações relevantes, antes de assim ser feito, não é coerente com a sistemática processual que seja julgado o mérito, devendo a regra (de julgamento) do ônus da prova ser utilizada apenas quando desconhecidos (pelo julgador) os meios viáveis de prova e a tentativa de conhecê-los.

Nesse contexto, o contraditório tem a fundamental importância de assegurar que as partes tenham oportunidade de se manifestar no processo, legitimando, assim, a tese de poderes instrutórios amplos do órgão judicial.

Entrementes, ainda que amplos sejam os poderes instrutórios do juiz, tem o advogado indispensável função para a administração da justiça, não apenas quanto ao conhecimento dos institutos jurídicos e manejo dos direitos em interesse, mas, de igual importância, para a comprovação e esclarecimento dos fatos e, assim, viabilizar uma justa decisão pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. PRESIDÊNCIA. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015. Seção 1, p. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, p. 7, jan. 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, p. 231, jul. 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 71, p. 31, jul. 1993.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Correção de nulidade processual e produção de prova em sede de apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 145, p. 173, mar. 2007.

SOUZA, Rodrigo Trindade. *et al*. **CLT comentada pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região.** São Paulo: Ltr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, p. 9, jan. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.