

REJANE HENRIQUES RAGI BERTO

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A INSTRUÇÃO PROCESSUAL
(Artigo 130, do Código de Processo Civil)

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2010

REJANE HENRIQUES RAGI BERTO

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A INSTRUÇÃO PROCESSUAL
(Artigo 130, do Código de Processo Civil)**

*Monografia de conclusão de
Curso de Especialização em
Direito Processual Civil em
Módulos pela PUC-SP, sob a
orientação do Prof. Dr.
William Santos Ferreira.*

SÃO PAULO

2010

BANCA EXAMINADORA

Dedico o singelo trabalho aos meus pais, em primeiro lugar, sem os quais eu certamente não teria a oportunidade de acesso aos estudos e, em segundo lugar, ao meu esposo e filho, os quais compreenderam os momentos de ausência e contribuíram durante toda a trajetória com inúmeros incentivos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. William Santos Ferreira, por sua disponibilidade e significativa contribuição para o enriquecimento de meu singelo trabalho, bem como por sua gloriosa e competente avaliação técnica, atributos que engrandeceram as idéias aqui registradas.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo traçar os fundamentos da atividade instrutória do juiz, especialmente aqueles esculpidos no artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro, bem como demonstrar a viabilidade da entrega da tutela jurisdicional almejada pelo jurisdicionado, sem perder de vista o princípio basilar da imparcialidade.

O direito processual civil moderno exige um comportamento e uma atuação mais ativa e diferenciada por parte do magistrado e, é nesse ponto, que o trabalho se desenvolverá. Nesse contexto, o poder instrutório do juiz figura como instrumento de efetivação da isonomia processual e da busca da verdade dos fatos trazidos pelas partes.

Sendo a imparcialidade do juiz uma característica essencial à atividade jurisdicional, pretende-se desenvolver um trabalho específico sobre como é possível garantir a efetividade dos atos praticados nos autos pelo juiz com a melhor finalidade de instruir o processo, sempre em primazia à busca da verdade fática.

ABSTRACT

The objective of this present work is to describe the fundamentals instruct activities of a judge, especially those notated in Article 130 of the Brazilian Civil Process Code, as well to demonstrate the viability to deliver the jurisdictional tutelage by their subordinates, without losing sight of the fundamental principle of impartiality.

Modern civil process requires deportment and interactions that are more active and differentiated on the part of the magistrate and, it is on this point that this work will develop. In this context, the instructive power of the judge becomes the effective instrument of isonomic procedures and for the search of the truthfulness of the facts brought by each party.

The judge impartial this is one essential characteristic to the jurisdictional activity to intend development an specific work describe how is possible to guarantee the effectiveness of the actions to be taken by a judge with the best result of teaching the process, with the pursuit of truth as the highest priority.

SUMÁRIO

Dedicatória	
Agradecimentos	
Resumo	
Abstract	
INTRODUÇÃO.....	7
1. JURISDIÇÃO	9
1.1. CONCEITO. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
1.2. CARACATERÍSTICAS [ESSENCIAIS] DA JURISDIÇÃO	14
1.3. JURISDIÇÃO E OS PODERES DO JUIZ.....	17
1.4. DISPOSIÇÃO DA MATÉRIA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL.....	19
2. DA AÇÃO	23
2.1. CONCEITO	24
2.2. TEORIA CONCRETA	28
2.3. TEORIA ABSTRATA	30
2.4. TEORIA DE LIEBMAN	32
3. DO PROCESSO	38
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	39
3.2. O ESCOPO DO PROCESSO	42
3.3. O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO ATUAL	44
4. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS	50
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	51
4.2. PRINCÍPIO DISPOSITIVO	54
4.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL	60
4.4. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	65
5. A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ	70
5.1. A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE JUDICIAL	71
5.2. PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E IMPARCIALIDADE JUDICIAL ..	74

6.	PODERES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL	77
6.1.	ASPECTOS GERAIS	78
6.2.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ FREDERICO MARQUES	80
6.3.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA	82
6.4.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS	86
6.5.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO VICENTE MIRANDA	91
6.6.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO CASSIO SCARPINELLA BUENO	97
6.7.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO	100
6.8.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE	102
6.9.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO FREDIE DIDIER JR	104
6.10.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO MOACYR AMARAL SANTOS ...	106
6.11.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO ARRUDA ALVIM	108
6.12.	PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA	109
6.13.	OS PODERES DO JUIZ E AS CLÁUSULAS GERAIS	111
6.14.	CLÁUSULAS GERAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	114
7.	PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL	115
7.1.	NATUREZA JURÍDICA DO PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL	116
7.2.	PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E A BUSCA DA VERDADE	118
7.3.	PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E INICIATIVA DAS PARTES	124
7.4.	PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E ÔNUS PROBATÓRIO	128
7.5.	LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL	131
	CONCLUSÃO	136
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar, de maneira simples e didática, os fundamentos da atividade instrutória do juiz, figura central do processo, posto que, em decorrência do poder conferido pelo Estado, tem um poder-dever investido sobre sua pessoa, sendo capaz de produzir resultados diretos na vida dos jurisdicionados¹, de modo que a atual doutrina vem se aprofundando no tema, especialmente sob o ponto de vista da efetividade da entrega da tutela jurisdicional.

A motivação pelo tema deu-se em face de sua atual importância e relação para com o moderno direito processual civil, na medida em que a lei processual confere poderes ao juiz, cabe a este usar, corrigir e suplantar os entraves à entrega da tutela jurisdicional. Para Cândido Rangel Dinamarco, deverá sempre haver o repúdio ao juiz Pilatos², cabendo ao magistrado moderno buscar de todas as formas possíveis a entrega da tutela jurisdicional de maneira efetiva.

Logo, é a análise desses poderes-deveres do juiz, refletidos por sua iniciativa probatória, como elemento indissociável da efetividade do processo, que compõe o objeto deste trabalho.

Para tanto, é relevante uma abordagem sobre a atividade instrutória do juiz e os institutos fundamentais do processo, destacando-se seu papel no processo civil, bem como a importância de certos poderes-deveres atribuídos à

¹ MIRANDA, Vicente *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 1-2.

² A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 134. Para quem “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”.

sua pessoa, sempre com ênfase ao poder de instrução, conforme se verifica em artigos do Código de Processo Civil.

Posteriormente, serão apreciados os princípios aplicáveis ao exercício da jurisdição, destacando-se o princípio da igualdade processual e o da imparcialidade, como medida satisfativa da tutela jurisdicional.

Finalmente, tendo em vista o poder instrutório oficial gerar críticas por parte da doutrina, a fim de afastar cada uma das principais argumentações e concluir pela viabilidade da sua utilização, discorre-se sobre a diferença entre o aludido poder instrutório, a iniciativa das partes e o ônus probatório.

Por fim, em que pese defender os poderes oficiais na produção probatória como garantia da isonomia processual e da investigação da verdade, traça-se, numa perspectiva oposta, a questão da racionalidade crítica da imparcialidade do juiz, o qual na condição de ser humano sofre invariavelmente influência do meio, inclusive dos próprios acontecimentos desencadeados pelo processo e pelas partes.

CAPÍTULO 1

JURISDIÇÃO

1.1. CONCEITO. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Imprescindível, para o desenvolvimento do tema, o exame do conceito da expressão “jurisdição”, visto como uma das funções do Estado no sentido de preservar, de maneira harmoniosa, as mais diversas relações travadas entre as pessoas.

Etimologicamente, o vocábulo *jurisdição* é formado pelas palavras latinas *juris* (*jus, juris*), que significa direito, e *dictio* (substantivo derivado do verbo *dico, dicere*), que significa dizer.³ Evidente que, nos dias atuais, não se pode tomar a jurisdição na simples acepção de *dizer o direito*, mas sim numa operação complexa, cognitiva e vinculada a escopos sociais e políticos tendente a proporcionar a pacificação de conflitos de interesses.

A sociedade, como a concebemos, depende da existência do Direito, sendo necessário estabelecer um modo através do qual se possa regular a interação e a cooperação entre as pessoas e o Estado.

Nos primórdios da evolução social, não existia a figura do Estado-Juiz que pudesse ser chamada para intervir na relação entre as pessoas e solucionar os conflitos. Existia o que se denomina por autotutela, em que uma das partes envolvidas no conflito dispunha total ou parcialmente de seus interesses em face dos demais envolvidos (autocomposição).

Verifica-se que essas duas formas de resolução de conflitos (autotutela e autocomposição) falhavam por depender, exclusivamente, de atos de vontade praticados pelas próprias partes envolvidas na situação conflituosa.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 337.

Assim, com o constante desenvolvimento social, constatou-se que a melhor saída para o impasse era deixar a solução do litígio para terceiros que tivessem de alguma forma ascendência sobre a comunidade em que viviam, tais como sacerdotes⁴, governantes e anciãos. Todavia, essa forma de solução de conflitos falhou por não conhecer um mecanismo eficiente para impor, ao vencido, as soluções adotadas na mediação, bastando a recusa no cumprimento daquilo que foi determinado para que se instaurassem novamente o conflito e a insatisfação.

Desse modo, com o fortalecimento do Estado, foi possível criar mecanismos próprios não só para a declaração da vontade concreta da lei, como também para impor as decisões proferidas por terceiros (que já eram encarregados pelo Estado de tomá-las). Por outro lado, com o ascendente crescimento do Estado, maior era a imposição deste sobre os indivíduos, até o ponto em que a autotutela foi substituída por um tipo de “arbitragem”.

Surge, assim, a justiça pública através da qual os juízes, em substituição às partes, examinam as questões das partes e resolvem conflitos, exercendo, portanto, a jurisdição.⁵

Daí a afirmação de que jurisdição é uma das “funções” do Estado⁶, mediante a qual ele substitui os titulares dos interesses em conflito e atua na vontade concreta da lei, sempre através do processo.

⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.1: Processo de conhecimento, p. 23.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 8-20.

⁶ “O Estado, para alcançar seu objetivo de manter a paz e a harmonia social, utiliza-se de seu poder. Ou seja, para atingir a finalidade a que se propôs, o Estado impõe sua vontade sobre as pessoas. Nesse sentido, desenvolve três atividades fundamentais, distintas e harmônicas entre si, já que voltadas para o mesmo fim último: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional. O poder do Estado, que é uno, manifesta-se, portanto, mediante essas três funções por ele exercidas” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos

Mais do que função do Estado, a jurisdição pode ser caracterizada como *poder* estatal, poder através do qual se decide e se impõem decisões, exercido por meio do processo.

Por fim, e em consonância com maior doutrina, a jurisdição pode ser concebida como *atividade*, ou seja, complexo de atos do juiz no processo, exercendo os poderes dos quais foi investido e cumprindo a função que a lei conferiu-lhe.

Tais idéias, em síntese, vêm sendo adotadas para a formação do conceito de jurisdição. Idéias essas que têm origem direta na controvérsia travada entre duas correntes de pensamento lideradas, respectivamente, por GIUSEPPE CHIOVENDA e FRANCESCO CARNELUTTI, quais sejam, a teoria dualista e a unitária.

Para Giuseppe Chiovenda, existe perfeita distinção entre o direito material e o direito processual, cabendo àquele regular as relações entre as pessoas de maneira abstrata até a ocorrência do fato concreto, oportunidade em que deverá haver a adequação à norma. Nesse momento e sem qualquer intervenção da figura do juiz, torna-se concreta a norma que, até então, era abstrata. Desse modo, para o autor, compete à jurisdição atuar essa vontade da lei, não contribuindo para a formação das normas concretas, pois entende que o direito subjetivo e as obrigações preexistem ao processo.⁷

Tribunais, 1994, pp. 17-18).

⁷ “Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado [...]. Ora, o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente à outra (réu), serve justamente, como em seguida melhor demonstraremos, não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.1, p. 4-5.

Por outro lado, para Francesco Carnelutti, o comando contido na lei material é incompleto e abstrato, não podendo, por essa razão, compreender de maneira absoluta todas as situações do dia-a-dia, de modo que a jurisdição, através do processo, atuará para complementar o comando legal, compondo a lide.⁸ Para ele, o direito material é um corpo de normas que regula as relações jurídicas referentes aos bens da vida, enquanto o direito processual cuida das relações e posições de cada um dos litigantes enquanto partes de um processo.

Enrico Tullio Liebman, por sua vez, acreditava na necessidade do magistrado de interpretar a lei e preencher as lacunas, levando em conta, além do próprio ordenamento jurídico, a realidade social em que o mesmo estava inserido, afastando-se, de certo modo, da posição defendida por Chiovenda. No entanto, embora tendente para a teoria dualista, afirmava categoricamente que as duas teorias não eram antagônicas, mas complementares⁹.

Desse modo, pode-se concluir que a jurisdição é a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, a declaração dessa vontade seguida de sua imposição, caso isso se faça necessário, mediante a substituição da vontade das partes pela de um terceiro imparcial, o juiz. Necessário, ademais, que a figura investida do poder estatal possa não só declarar a vontade da lei, mas também efetivamente atuá-la, impondo-a, suprimindo, assim, as deficiências existentes na autotutela e na autocomposição.

⁸ Ovídio Baptista da Silva, apesar de prescindir do termo lide, aparentemente adota tal teoria, já que afirma: “As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, na medida em que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a julgamento” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. op. cit., p. 29.)

⁹ José Roberto dos Santos Bedaque também entende que a distinção entre as duas teorias principais “é mais aparente do que real”, e ressalta que toda a diferença está somente no ângulo através do qual se vislumbra a jurisdição. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. op. cit., p. 21.)

1.2. CARACTERÍSTICAS [ESSENCIAIS] DA JURISDIÇÃO

Partindo das próprias teorias, CHIOVENDA e CARNELUTTI definiram as características da jurisdição. Para Carnelutti, a jurisdição era uma atividade sempre exercida com relação a uma lide. Para Chiovenda, a jurisdição tinha dois traços característicos: o caráter substitutivo e a atuação concreta da lei. As doutrinas mais recentes, fundadas em Liebman, passaram a adotar características defendidas tanto por Chiovenda como por Carnelutti, formando uma definição de jurisdição mais abrangente e completa.

Em linhas gerais, a jurisdição é dotada de características que, via de regra, estão presentes em todas as manifestações jurisdicionais e que a distingue de outras funções estatais. Como tudo em direito, tais características suscitam divergências doutrinárias especialmente em relação aos seus fatores, sendo que, para este momento, apresento a corrente defendida pelo Prof. Alexandre Freitas Câmara¹⁰ que apresenta apenas três fatores reputados por essenciais, são eles: (i) inércia; (ii) substitutividade e (iii) natureza declaratória.

No tocante à *inércia*, de plano, necessário fazer alusão ao art. 2º do Código de Processo Civil, que traz em seu contexto o *princípio da demanda*, ou seja, que o Poder Judiciário, por seus juízes, *somente* exercerão a jurisdição por provocação da parte interessada, não podendo exercê-la *de ofício*. Em decorrência do princípio da demanda, a tutela jurisdicional deve ser entregue nos limites em que foram apresentadas ao conhecimento do Estado-juiz, ou seja, não é permitido o julgamento aquém, além ou fora (“extra”) dos limites do *pedido*.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 17ª edição – vol. I – Ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2008, p. 69.

Como toda regra comporta exceções, vale ressaltar o disposto no art. 989 do CPC que assevera: “O juiz determinará, *de ofício*, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal”.

A *substitutividade*, destacada como segunda característica essencial da jurisdição, está vinculada à vedação imposta pelo Estado ao exercício da autotutela como forma de solução dos conflitos de interesses existentes. Ao Estado incumbe *substituir* a vontade das partes solucionando o conflito com a aplicação da “lei” (*rectius*: ordenamento jurídico) ao caso concreto.

Seguindo as características essenciais enumeradas por Alexandre Câmara, destaca-se a *natureza declaratória* que consiste na *mera* “declaração” da vontade da lei aplicável ao conflito de interesse submetido à apreciação do Poder Judiciário que, nos dizeres do referido Professor, “*não cria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes*”¹¹. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. denomina tal característica de atividade “*declarativa*” ou de “*executiva*”, distinguindo esta última em relação a primeira quando o Estado aplica “*as ulteriores medidas de reparação ou de sanção previstas pelo direito*”¹².

Interessante, por fim, é a opinião de OVÍDIO BATISTA, que reduz todas as características expostas a apenas duas: (i) o ato jurisdicional é praticado por autoridade estatal específica, o juiz, que o faz por dever de função, inclusive aplicando a lei ao caso concreto; e (ii) ao realizar a atividade jurisdicional, o juiz o faz com imparcialidade (terceiro imparcial frente ao interesse sobre o qual recai

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 71.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 43

sua atividade) – para ele, a norma é o objeto da atividade jurisdicional e seu único fim é preservá-la, e isso deve ser feito de maneira imparcial.¹³

¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. op. cit., pp. 40-41.

1.3. JURISDIÇÃO E OS PODERES DO JUIZ

Como regra, a atividade jurisdicional é prestada pelo Estado que, por se tratar de ente político, o faz por intermédio de agentes específicos. São os juízes de direito, distribuídos em graus ou instâncias, investidos nos respectivos cargos, que visam a garantir, com independência e imparcialidade, a justa composição do litígio.

Sintetizando os poderes do juiz, afirmou Frederico Marques¹⁴ que, na realidade,

“[...] de duas espécies são os poderes que o juiz exerce no processo: o de solucionar o litígio, e ainda o ordinário, que se traduz na condução do processo, resolução de seus incidentes e encaminhamento adequado do procedimento para que a atividade jurisdicional atinja seus fins”.

O autor considera que as características e os princípios da jurisdição, entre os quais se destacam a indeclinabilidade e a inafastabilidade, impõem ao magistrado, ao lado dos poderes, uma gama de deveres. Isso porque, se é certo que os poderes são essenciais à condução do processo para o seu fim, tem o magistrado o dever de outorgar a tutela jurisdicional, dela não podendo se furtar mesmo ao argumento da ausência ou omissão da lei.

Decorre daí a expressão Estado-juiz, ou seja, para o desempenho da função jurisdicional, o juiz exerce *poderes-atividades*. Toda vez que o

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed., v.1, Campinas: Millennium, 2003, p. 423.

ordenamento jurídico incumbe o juiz de realizar determinada atividade, atribui-lhe poder para tanto, ao que corresponde o dever de realizá-la.¹⁵

É de se notar que o dever de proporcionar esse resultado final acaba por exigir do magistrado certo poder de criação ou valoração da norma. Tal fato não se restringe apenas à aplicação dos métodos de integração da lei quando da prolação da sentença e, em tese, a solucionar o litígio. Abrange, também, a condução de um processo adequado, ou seja, proporcionando ao jurisdicionado, pretense titular de um direito subjetivo, um mecanismo idôneo à sua proteção, mesmo diante de lacuna no ordenamento jurídico processual.

¹⁵ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 47.

1.4. DISPOSIÇÃO DA MATÉRIA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Os poderes e deveres do juiz vêm, de maneira genérica, retratados nos artigos 125 a 133 do Código de Processo Civil (Título IV, Capítulo IV, Seção I). Tais diretrizes acabam sendo complementadas por regras distribuídas de forma esparsa no restante da legislação processual. Dentro do capítulo que trata da figura do juiz, deu-se ênfase à atividade condutora do processo, estabelecendo-se parâmetros para que, ao final, seja desempenhada a efetiva função jurisdicional, com o julgamento da causa.

Conferindo ao juiz a função de dirigir o processo, dispõe o artigo 125 do Código de Processo Civil que lhe cabe: assegurar às partes igualdade de tratamento; velar pela rápida solução do litígio; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. É possível constatar, mediante superficial exame de referidas atribuições, uma maior atuação do magistrado na condução do processo e um comprometimento com a justa e eficaz pacificação do conflito.

É evidente que se preocupou o legislador, em razão da existência de alguns princípios processuais, com a igualdade real das partes, o que significa oferecer-lhes as mesmas armas e instrumentos para que defendam suas posições. Em seguida, foram conferidos poderes necessários à outorga da rápida e útil pretensão jurisdicional, sancionando e reprimindo todo e qualquer ato contrário à dignidade da justiça e, finalmente, propiciando a participação ativa do magistrado na fase de mediação, permitindo-lhe, sem a quebra da necessária imparcialidade, maior aproximação das partes com o intuito de obter a pacificação do litígio por conciliação.

Ainda no âmbito da condução do processo, conferiu-se ao juiz, no artigo 130 da mesma legislação processual, o poder de determinar a produção das provas que se fizerem necessárias à instrução do processo, podendo proceder, inclusive, de ofício (objeto detalhado mais adiante).

Sintetizando os poderes do juiz no Direito Processual Brasileiro, realçados com as modificações introduzidas no Código de Processo Civil a partir de 1994, Patrícia Miranda Pizzol¹⁶, em recente artigo publicado na Itália, aponta, em linhas gerais, o seguinte: (i) dirigir o processo, mantendo a ordem e assegurando igualdade de tratamento entre as partes (arts. 125, 445, 446 do CPC); (ii) designar audiência para ouvir as partes e aproximá-las, no sentido de promover a conciliação, em qualquer fase do processo (art. 125, IV, do CPC); (iii) designar audiência preliminar objetivando, inicialmente, a tentativa de conciliação, decidir, em seguida, as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos e delimitar as provas a serem produzidas. Essa audiência é obrigatória, salvo a hipótese de direito indisponível ou se o juiz perceber que inexistente possibilidade de conciliação (art. 331 do CPC); (iv) deferir as provas requeridas pelas partes, quando necessário, agindo, inclusive, de ofício; (v) designar audiência de instrução da causa, para ouvir as partes, as testemunhas e o perito; (vi) decidir as questões relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, o que pode ser feito em qualquer momento, com ou sem provocação da parte; (vii) decidir a respeito de outras exceções processuais ou de mérito, passíveis de serem conhecidas de ofício, como a decadência, por exemplo; (viii) conceder tutela cautelar (arts. 798 e 799 do CPC); (ix) conceder a

¹⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. I poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano, *apud* Rogério Marrone de Castro Sampaio. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 40-41.

tutela antecipada a requerimento da parte (arts. 273, 461, 461-A do CPC) e, segundo posição doutrinária minoritária, fazê-lo de ofício, excepcionalmente; (j) impor, a requerimento da parte ou de ofício, multa ou outra medida de coerção ou de sub-rogação, na sentença ou em decisão que concede tutela antecipada; tais medidas podem também ser adotadas na execução (arts. 273, § 3º, 461, § 3º, 461-A, 644, 645 do CPC).

Todavia, referida classificação não exclui os demais poderes do juiz distribuídos ao longo do Código de Processo Civil. Dividem-se¹⁷, basicamente, os poderes do juiz em poderes jurisdicionais, *lato sensu*, sentenças, decisões interlocutórias (art. 162, §§ 1º e 2º), despachos de não mero expediente (assimiláveis às decisões), de mero expediente (art. 163, § 3º e art. 504) e, aqueles estampados, especificamente, dentro do processo de execução (arts. 599, 600 e 601).

Por outro lado, não se podem desconsiderar, também, os significativos avanços introduzidos por legislações especiais, em que se destacam o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e a lei reguladora dos Juizados Especiais (Lei nº. 9.099/05). No primeiro diploma, apontam-se as novas regras viabilizadoras do efetivo cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 84), legitimando o magistrado à adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, orientação assimilada, posteriormente, pelo Código de Processo Civil (art. 461). Já, no tocante à segunda legislação, entre outras inovações, destaca-se o disposto no art. 6º,

¹⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, v.2: processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 19-20.

segundo o qual “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Por fim, para consagrar toda essa evolução sistemática, veio o Código Civil de 2002 a valorizar, mesmo que de forma genérica, a atuação do juiz no exercício da atividade jurisdicional. A ampliação de seus poderes vem refletida em todo seu corpo, adotando-se, como instrumento legislativo, as denominadas cláusulas gerais ou normas de conteúdo aberto.

CAPÍTULO 2

DA AÇÃO

2.1. CONCEITO

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Todavia, a jurisdição é por natureza inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo, o sujeito do interesse estará exercendo um direito, ou, segundo parte da doutrina, um poder, que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional.

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação, provoca-se a jurisdição, que, por sua vez, é exercida através daquele complexo de atos que é o processo.

Para Cassio Scarpinella Bueno¹⁸, é de vital importância a compreensão da ação como um “modelo constitucional do direito processual civil”, posto que consagrado pela Constituição Federal no inciso XXXV, art. 5º. Nesse contexto, é possível, para o autor, extrair-se ferramentas para a construção do chamado “conceito de ação”, reunindo elementos “sobre o que é e sobre o que não é ação”.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

Para o referido autor, a ação nada mais é do que um “direito subjetivo público”¹⁹, exercitado contra o Estado, aquele mesmo que vedou a autotutela e, agora, tem por obrigação o dever de amparar e proteger os direitos tidos por lesionados. Assim, a ação é dirigida contra o Estado-juiz que, reconhecendo a existência do direito, atuará em prol daquele que o acionou, prestando a devida tutela jurisdicional.

Assim, a ação é direito constitucional que não pode ser confundido com “poder”, como bem sintetizado pelo ilustre autor²⁰:

“[...] a ação é o direito de o jurisdicionado *exigir* do Estado não só a prestação da tutela jurisdicional mas também a regularidade de toda a atividade jurisdicional, isto é, a tutela jurisdicional prestada em ‘um processo devido’. É ela, a ‘ação’, que alimenta, desde o rompimento da inércia da jurisdição, o atuar do Estado-juiz e, nesta perspectiva, o ‘processo’ e o ‘procedimento’. A ação passa a ser entendida, destarte, não só como o *direito* de provocar a atuação do Estado-juiz, rompendo com a inércia da jurisdição, exigindo a atuação do Estado-juiz naquele sentido e para aquela finalidade, mas, mais do que isto, como o direito de *atuar* ao longo de todo o processo na perspectiva da obtenção da tutela jurisdicional tal qual requerida, exigindo, do Estado-juiz, as efetivas e concretas possibilidades desta atuação, isto é, a realização do ‘modelo constitucional do processo civil’. Não se trata, pois, de um direito *estático* mas de um direito *dinâmico*, que não se resume a um ato (o provocar inicial da jurisdição) mas que dá sustento e justificativa a

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 376.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 380.

uma série de atos, desde o *provocar* até o *obter* a tutela jurisdicional”.

Vislumbra-se na ação, portanto, função destinada a satisfazer, antes de mais nada, o interesse público da correta atuação das regras substanciais. De forma mediata ou indireta, a atividade estatal provocada pelo exercício da ação tem por escopo, como as demais funções desenvolvidas pelo Estado, a pacificação social.

É bem verdade que as partes têm outra concepção sobre o problema, pois elas consideram a atividade jurisdicional do ponto de vista que lhes interessa. Daí porque os institutos processuais são conceituados de formas diferentes.

Assim, as partes vêm no processo um instrumento para satisfação de seus interesses e o juiz considera-no um instrumento de atuação do direito objetivo material. Logo, podem-se encontrar dois ângulos diferentes para o mesmo conteúdo.

Desse modo a ação também deve ser analisada. Como são várias as teorias que procuram explicar a natureza desse direito, convém verificar qual delas satisfaz a essa orientação.

Podem-se agrupar em três grandes correntes, os processualistas que se preocuparam com o problema. Para os chamados *concretistas*, direito de ação somente existe quando aquele que provocou a atividade jurisdicional for realmente o titular do direito subjetivo pretendido. Já para os *abstratistas*, ação é o direito de provocar a atividade jurisdicional. É o mero direito de acesso ao órgão jurisdicional, pertencente a todas as pessoas, indistintamente. Por último, para os

adeptos da teoria de Liebman, a ação independe do direito material, mas é conexas a ele.²¹

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 35-36.

2.2. TEORIA CONCRETA

Os seguidores da teoria concreta entendem que ação, embora autônoma, só existe quando o provimento jurisdicional seja favorável ao autor. Chiovenda, por exemplo, filiado à teoria concreta, formula a engenhosa construção da ação como *direito potestativo*. Ou seja, a ação configura um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo, mas o direito de ação não é um direito subjetivo, porque não lhe corresponde a obrigação do Estado e não se caracteriza por uma natureza pública. Mais precisamente, a ação configura o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com o seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito.

Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável.²²

Entre nós, um dos maiores defensores da teoria concreta é Botelho de Mesquita. Em sua monografia sobre o tema, rejeita o abstratismo puro, afirmando que o direito a um provimento qualquer pode estar incluído no direito de ação, mas não chega a explicá-lo em sua totalidade.

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24^a ed. rev. e atual, Editora Malheiros, 2008, p. 269.

Verifica-se que Botelho de Mesquita parte do conceito de jurisdição para encontrar o de ação. A ação é concebida em função da atividade jurisdicional, concluindo o autor que só existirá ação se a jurisdição cumprir integralmente a finalidade para a qual foi criada.

2.3. TEORIA ABSTRATA

Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta acolhe-na sem que exista, na realidade, o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.

Na Itália, Alfredo Rocco foi um de seus principais defensores, dando-lhe fundamentação própria: quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal (direito subjetivo material) e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário (direito de ação/direito de ver eliminada a incerteza referente ao interesse primário). Para que se configure o direito de ação é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido. Tal direito de ação é exercido contra o Estado.

Outros estudiosos, também filiados à doutrina da ação como direito abstrato, apresentam divergências e peculiaridades em suas construções. Carnelutti configura a ação como direito abstrato e de natureza pública, mas

dirigida contra o juiz e não contra o Estado. Couture, no Uruguai, concebe-a integrada na categoria constitucional do direito de petição.

No Brasil, a teoria abstrata é defendida por Calmon de Passos, para quem o direito de ação nem é direito a uma sentença favorável, nem é direito a uma sentença de mérito. É direito puro e simples a uma decisão.²³

²³ Sua posição é bem semelhante à de Rocco, pois se refere a uma ação “de tutela meramente processual, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com um provimento de inadmissibilidade; uma ação de tutela do direito objetivo material, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com a certificação do direito objetivo e sua consequente atuação; e uma ação de tutela do direito subjetivo material, que somente se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional com a satisfação do direito subjetivo do demandante” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Progresso, 1960, p. 146.

2.4. TEORIA DE LIEBMAN

O ilustre processualista italiano, que tanta influência exerceu sobre o direito processual brasileiro, entende que somente se pode falar em ação se o *processo terminar com um provimento sobre o caso concreto, ainda que desfavorável ao autor.*

Sua teoria encontrou ampla receptividade entre os doutrinadores pátrios. E não foi sem razão que isso ocorreu. As conclusões do ilustre mestre conseguem explicar com precisão a verdadeira natureza do direito de ação, qual seja, a de um direito instrumental. Isso sem deixar de ressaltar um ponto que a moderna doutrina processual considera imprescindível: a autonomia da ação frente ao direito material.

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.

A ação, do ponto de vista da teoria de Liebman, deve ser concebida como instituto processual: é o poder de estimular a jurisdição, para que esta mantenha a integridade do ordenamento jurídico. Se analisada apenas como um direito do particular, quer vinculada ao direito material (concretismo), quer absolutamente desligada dele (abstratismo puro), teria conotação eminentemente privatista, sem qualquer dose de instrumentalidade.

Desse modo, é imprescindível *que a ação esteja voltada para o resultado da atividade jurisdicional*, ou seja, deve ser considerada como o direito de retirar o juiz de sua inércia e fazer com que ele restaure o ordenamento

jurídico, o que somente poderá ocorrer se o provimento incidir sobre um caso concreto.

Esse ponto, aliás, é o extremo oposto do defendido pelos abstratistas, os quais consideram a ação somente do ponto de vista de quem tem razão. Afirmam, por exemplo, que, se fosse permitida a defesa privada, aquele que pretendesse fazer valer seu direito deveria exercer a força física, ou seja, a ação material. A partir do momento em que foi proibido o uso da força pelo particular, assumindo o Estado a defesa dos interesses violados, a palavra *ação* passou a significar o recurso com que o cidadão invoca a autoridade estatal, em defesa de seu direito.²⁴

Para o estudioso do direito material, é suficiente saber que, violado o interesse tutelado pela norma, seu titular poderá utilizar-se da ação. Para a teoria privatista, é absolutamente irrelevante a possibilidade de existência de ação sem direito subjetivo material. Já para a teoria publicista, não importa a efetiva existência do direito substancial. Para quem estuda o direito processual e o considera um *instrumento*, é essencial que sua finalidade seja atingida.

Logo, para aqueles que vêem o processo como instrumento de solução de controvérsias, meio pelo qual a jurisdição é operada, cuja finalidade principal é a manutenção do ordenamento jurídico, a ação deve ser concebida como o poder de movimentar essa função estatal, a fim de que ela alcance sua finalidade. E isso somente ocorre quando o provimento dá uma solução para a relação de direito substancial apresentada pelas partes.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile. Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1970. vol. IV. p. 108, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed., rev., atual. e ampl., op. cit., p. 50.

Para os concretistas e abstratistas puros, pode-se assim dizer, justifica-se o nascimento do direito de ação com a proibição da defesa privada e com a inércia da jurisdição. O impedimento à autotutela, por outro lado, fez surgir uma atividade estatal cuja finalidade é atuar a lei no caso concreto. Por essas razões, referida atividade “não atua de ofício”, necessitando ser provocada. “Para os concretistas, ação é o direito que tem o *titular do direito substancial de exigir a prestação jurisdicional*. Porém, para os abstratistas, a ação é vista como um direito pertencente a todos, sem qualquer ligação com o direito material”.²⁵

Todavia, para Liebman, a ação só pode ser concebida em relação a um caso concreto. O poder genérico do acesso ao Judiciário é insuficiente para caracterizar tal instituto, justamente em razão de ser ele um substitutivo da autodefesa.

Por outro lado, defende ainda que não se pode ver o processo como um instrumento das partes. O direito processual é instrumento do material e não um apêndice seu e da ação, como um dos institutos fundamentais do direito processual, também é um instrumento que possibilitará a atuação da ordem jurídica estabelecida.

Ainda é reprovável, do ponto de vista da teoria de Liebman, a posição daqueles que vêem na ação um direito pertencente a todos indistintamente. Além do que, extinto o processo sem que o provimento jurisdicional incida sobre o caso concreto, o Estado não terá alcançado o seu objetivo, visto que a situação jurídica apresentada permanecerá inalterada, sem que lhe seja aplicada a solução pretendida pelo direito material.

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 51.

Para que a finalidade da jurisdição seja atingida, deve haver uma ponte de ligação entre o direito material e o processo, função essa atribuída à ação.

Referida ponte de ligação é perfeitamente estabelecida por Liebman²⁶, pois só possui direito de ação, ou seja, direito de acionar o órgão jurisdicional e obter um provimento sobre o caso concreto, quem estiver vinculado a este, cuja proteção não seja, em tese, vedada pelo ordenamento jurídico. Além disso, o provimento solicitado deve ser necessário e adequado à situação descrita pelo interessado. Assim, só existirá ação se a provocação permitir a atividade jurisdicional, ou seja, se estiverem presentes as *condições da ação*.

Naturalmente que o autor, ao exercer seu direito de ação, não tem em vista a integridade do ordenamento jurídico. Pretende a recomposição de seu suposto direito subjetivo. Porém, o que importa para a existência da ação não é sua intenção e sim o resultado objetivo da atividade jurisdicional: se ela atingir sua finalidade, atuando o direito, a ação foi exercida, independentemente de assistir ou não razão àquele que movimentou a máquina judiciária. Dessa forma, revela-se a instrumentalidade do instituto à ação, fundamental no direito processual.

Cássio Scarpinella Bueno²⁷ manifesta posicionamento semelhante à doutrina defendida por Liebman, uma vez que afirma que a ação não se identifica

²⁶ “A ação, em seu sentido técnico, o único que pode ter utilidade no sistema do direito processual, prendeu-se intimamente ao caso concreto e constitui a ponte de ligação entre este e a função jurisdicional; está, portanto, condicionada a certos requisitos que dão a um sujeito determinado o poder de conseguir efetivamente o julgamento no caso concreto” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 130, nota 30, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed., rev., atual. e ampl., op. cit., p. 52).

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., pp. 373-384.

com o direito material. Para ele, a ação deve ser entendida com um dos componentes do “modelo constitucional do direito processual civil”.

Trata-se, por outro lado, de verificar que a ação nada mais é do que um “direito subjetivo público”²⁸, dentre outros tantos, típicos de um Estado Democrático de Direito exercitado em face do Estado.

Para o referido autor a ação não é poder, ela (ação) é um direito constitucionalmente consagrado de alguém romper a inércia da jurisdição com vistas à obtenção da tutela jurisdicional. Assim, a ação “é a necessária provocação do Estado-juiz para que preste tutela jurisdicional diante de uma situação de lesão ou ameaça a direito”²⁹.

Todavia, quando o autor relaciona a existência de lesão ou ameaça a direito não quer dizer que a ação se confunde com o direito material controvertido, significa, apenas, que a existência de tais fatos justifica o rompimento da inércia da jurisdição. Por outro lado, a ação não pode, simplesmente, ser compreendida como a ruptura da inércia da jurisdição. Muito mais do que isso, é importante compreender a ação como o próprio direito de agir ao longo do processo para a obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material.

Desse modo, “deixa a ação de ser um direito *estático* e passa a ser compreendida como um direito eminentemente *dinâmico*”³⁰. Em suma, para o ilustre autor a ação é o direito de o jurisdicionado exigir do Estado não só a

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 376.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 377.

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 379.

prestação da tutela jurisdicional, mas também a regularidade de toda a atividade jurisdicional (prestada em um devido processo). É ela (ação) que alimenta o rompimento da inércia, bem como o atuar do Estado-juiz e, nessa perspectiva, o *processo* e o *procedimento*.

Nesse contexto, manifestam-se ainda outros doutrinadores, como, por exemplo, José Roberto dos Santos Bedaque³¹ quando afirma que a ação confunde-se com a garantia constitucional ao devido processo legal na medida em que todos a possuem, independentemente de qualquer juízo de valor realizado sobre a situação de direito material trazida para exame do juiz. Cândido Rangel Dinamarco³², por sua vez, assim se posiciona:

“Mas, enquanto concebido assim de modo abstrato e sem configurar ainda o direito ao provimento jurisdicional de mérito (que só haverá no momento em que o juiz tiver o concreto dever de emití-lo), o *direito de ação* não é mais que *direito ao processo*”.

Assim, verifica-se que a teoria de Liebman ganhou notável destaque no Brasil, com especial destaque a concepção e a relação de sua existência às condições da ação, colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material o que, nos permite concluir que quem provoca a atividade jurisdicional, embora o faça visando a um benefício próprio, está, na verdade, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. op. cit. p. 230.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., p. 299, v. 1.

CAPÍTULO 3
DO PROCESSO

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pelo que se observou, estimulada pela ação, a jurisdição sai de sua inércia, fazendo valer o direito ao caso concreto. O processo, instituto fundamental do direito processual, é o instrumento com o qual a jurisdição atua. De fato, antes mesmo que o juiz emita qualquer provimento com relação ao pedido, é necessário o cumprimento de uma série de atos preparatórios, que se sucedem ordenadamente, com o objetivo de conferir ao julgador o conhecimento da situação de direito material sobre a qual recairá o provimento. Para tal série de atos ordenados, deu-se o nome de *processo*.

A palavra *processo* (do latim *procedere*) significa caminhar em direção a um determinado fim, envolvendo, portanto, a idéia de desenvolvimento temporal.

No processo existe, sem dúvida, uma relação jurídica. Os atos processuais desenvolvidos no processo resultam da colaboração de várias pessoas, cuja atividade sucede-se alternadamente. Assim, o processo não é somente uma série de atos praticados por diversas pessoas, segundo a ordem estabelecida na lei, mas é também, do começo ao fim, uma relação continuativa entre essas pessoas, cada uma agindo na forma prescrita em lei.

Para Cassio Scarpinella Bueno³³, mostra-se absolutamente indispensável compreender que o “processo” é, para o ordenamento jurídico vigente, método inafastável de atuação do Estado, com vistas à produção de determinados atos, perante os respectivos destinatários (sociedade).

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 415.

Nesse sentido, a completa noção do termo *processo* decorre, “da opção política feita pela Constituição brasileira de criar um específico modelo de Estado, um Estado Democrático de Direito” e, por essa razão, na exata medida em que isto vigorar e prevalecer, o Estado só pode agir, só pode desempenhar suas funções, dentro de um modelo prefixado que permita o exercício de seu poder-dever.³⁴

Para melhor entender a noção de relação processual, é necessário partir de um conceito mais abrangente, além da concepção tradicional, que compreenda não só a regulamentação de conflitos, mas também a cooperação que as partes devem desenvolver, visando a um objetivo comum.³⁵

Em que pese o prestígio alcançado pela teoria da relação jurídica, não se pode negar que o processo é uma entidade complexa, que pode ser vista de dois ângulos: o *externo*, representado pelos atos que lhe dão corpo e pela relação entre eles (procedimento); e o *interno*, que são as relações entre os sujeitos processuais (relação processual).³⁶

Por outro lado, “a moderna doutrina processual vem desenvolvendo a idéia de que o processo é todo procedimento realizado em contraditório”.³⁷ A legitimidade do provimento resultante do processo depende da efetiva participação das partes, ou seja, depende da efetividade do contraditório, daí a extrema importância do adequado desenvolvimento do instrumento (bom

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 415.

³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile. Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, vol. IV, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed., rev., atual. e ampl., op. cit., p. 65.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 286.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 66.

funcionamento da técnica processual), o que possibilitará que o processo alcance seu objetivo maior, que é a máxima atuação da lei e da pacificação social.

3.2. O ESCOPO DO PROCESSO

O processo é o meio com o qual o Estado formula e atua a norma jurídica. Sendo o processo o instrumento da jurisdição, deve ser entendido como o instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado. É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real dos jurisdicionados.

Hoje, com o desenvolvimento da ciência processual, o escopo do processo é o interesse da coletividade, a paz social. O Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico, por isso instituiu uma função voltada especificamente para esse fim (jurisdição).

Pode-se concluir, portanto, que o processo é o instrumento de uma função do Estado que, para manter a paz e a harmonia social, tem a atribuição específica de promover a atuação do ordenamento jurídico.³⁸

Como bem conclui Sálvio de Figueiredo Teixeira³⁹,

“Adotado hoje o conceito de que a finalidade do processo não é a proteção pura e simples dos direitos subjetivos, mas, sobretudo a atuação do direito objetivo, não mais se admitindo o juiz inerte, passivo, a ampliação desses poderes se torna pressuposto fundamental à realização das atividades judicantes, merecendo registro a lição de

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52. (Segundo Dinamarco, “o processo é um instrumento para o exercício do poder e este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes”).

³⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz em face do CPC. Revista de Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 225, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed., rev., atual. e ampl., op. cit., p. 72).

Sebastião de Souza de que a mesma, no tocante à direção do processo, não é a característica do inquisitorialismo, nem do processo dispositivo, mas sim da natureza das funções do juiz”.

3.3. O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO ATUAL

A função do juiz no campo processual civil moderno aponta para o incremento de sua participação na realização do processo, sendo de interesse do Estado, e não meramente privado, o andamento, a investigação e o resultado da prestação jurisdicional.

Para Mauro Cappelletti⁴⁰, as decisões têm função pública, mesmo quando há apenas interesses privados. Senão vejamos:

“[...] o processo civil, mesmo sendo um instrumento dirigido à tutela de direitos (normalmente) privados, representa, contudo, ao mesmo tempo, também uma função pública do Estado. Tratando-se de uma função pública – da mesma forma que as funções legislativas e administrativas – tem de se considerar que o próprio Estado, não apenas as partes privadas, está interessado em um ordenamento rápido, orgânico e imparcial, exercício daquela função; que está interessado, em suma, em realizar o melhor possível entre os modos de levar a termo aquela função”.

A publicização, em oposição à tutela estritamente privatística, é uma das características da modificação ocorrida com o processo, prevendo o Código de Processo Civil, maiores hipóteses de atuação judicial para que haja melhor utilização do processo na solução dos conflitos.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza⁴¹, o legislador, ao incrementar os poderes judiciais, “*não usou de parcimônia, mas, sem timidez,*

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 38.

⁴¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 75.

concedeu largos privilégios funcionais ao juiz, os quais, adequadamente utilizados, podem renovar o processo e orientá-lo para a sua socialização”.

Um dos poderes concedidos ao magistrado pelo CPC é o instrutório, isto é, determinar a realização das diligências que entender necessárias ao feito, mesmo quando não requerido pelas partes (art. 130).

Isso ocorre em razão da função judicial desempenhar papel de cunho eminentemente social, exigindo a criteriosa investigação dos fatos ocorridos para a entrega da prestação jurisdicional.

Os juízes como agentes de transformação, pois responsáveis pela distribuição da justiça por intermédio da sentença, devem se atentar ao desenvolvimento do processo, tomando as medidas necessárias para esclarecer os fatos obscuros, não provados pelos litigantes em virtude de suas deficiências, que podem relacionar-se às carências econômicas, sociais, culturais ou técnicas ou, ainda, qualquer outra que acabe comprometendo a atuação de uma ou outra parte.

A título exemplificativo, são citados os seguintes artigos do CPC, que permitem a realização de diligências, mesmo sem requerimento das partes:

- Art. 342. “O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

- Art. 355. “O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”.

- Art. 382. “O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraíndo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas”.

- Art. 399. “O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes;

II – os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta”.

- Art. 440. “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.

O julgador não pode preocupar-se apenas com o atendimento ao aspecto técnico do processo, deixando de lado a sua útil finalidade, porque realmente são questões centrais a solução e pacificação dos conflitos, bem como a conscientização da sociedade em geral dos seus direitos e obrigações.

Não se pretende dizer que o aspecto técnico não seja relevante, mas fazer dele tema principal do processo é tornar o Poder Judiciário muito burocrático e pouco eficiente. *“Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar, também, o pensamento do processo como instrumento meramente técnico”.*⁴²

A instrução probatória deve ser bem conduzida de modo a aclarar os pontos controversos e obscuros e, bem assim, propiciar o julgamento do feito, porque o juiz precisa conhecer profundamente os fatos para posteriormente decidir bem.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361.

Há, nos dias atuais, uma tendência em reforçar os poderes do juiz com vistas à solução dos conflitos consubstanciados no processo e, para isso, há uma inclinação para a simplificação das técnicas processuais, mediante a concessão de poderes para a condução do processo da forma mais adequada.⁴³ Para tanto, necessário que o julgador encontre o justo equilíbrio entre o valor das normas e formas do processo, como autêntico instrumento para fazer a justiça.

Todavia, deverá manter-se atento para que conduza o processo sem perder de vistas a sua imparcialidade. Nesse contexto, vale observar que imparcialidade não significa neutralidade. Não há nenhuma incompatibilidade entre referido princípio e o empenho do juiz na realização de sua jurisdição. Ao contrário, este é o verdadeiro papel do juiz atual.

Importa à figura do juiz, conduzir o processo de tal modo que seja efetivo instrumento da justiça, concedendo, ao final, o provimento jurisdicional àquele que melhor comprovou suas razões.⁴⁴ Nisso consiste sua imparcialidade e seu dever de subordinação ao direito positivo vigente.

Nesse sentido, vale destacar as proposições defendidas por Ronald Dworkin⁴⁵, quando aborda a questão da integridade da aplicação do Direito, no sentido de imposição de que toda decisão judicial tem de respeitar os direitos políticos e morais, de modo que a resposta judicial aos problemas de uma comunidade seja coerente, justa e imparcial. O juiz tem de respeitar a integridade do ordenamento jurídico, tanto em seu aspecto formal quanto material. Porém, o

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108.

⁴⁴ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. op. cit. p. 75.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. - 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 135-139.

próprio Dworkin admite que tal prática pode nem sempre chegar a resultados tão coerentes e, no entanto, a melhor solução seria lutar para remediar as inconsistências do princípio.

Para Dworkin, é possível compreender que o Direito como integridade vai supor uma estrutura acima de todas as outras, inclusive sobre o direito positivo em vigor, e é essa subordinação que supõe sensivelmente que na hora de decidir por uma ou outra interpretação o juiz deve-se voltar para os princípios morais e políticos da sociedade que o formam.⁴⁶

A referida assertiva parece-nos um pouco paradoxal à realidade do direito brasileiro. Porém, convém frisar, sem sobra de dúvida, a significativa contribuição teórica de Dworkin para o mundo jurídico por conta de seu pensamento bastante incômodo, sobretudo porque evidencia um campo de relação entre o Direito e a Moral bastante estreito e que por certo o raciocínio jurídico tem como fonte, embora o renegue a escola positivista analítica.

Pode-se compreender por meio de Dworkin que todo o ordenamento jurídico está integrado por um conjunto de princípios, medidas políticas e regras normativas específicas. É perfeitamente perceptível na obra de Dworkin que o mesmo se sente pouco à vontade com as construções teóricas de nosso tempo e, por isso mesmo, procura utilizar e inovar as categorias, classificações e etiquetas. A principal contribuição de Dworkin situa-se no marco teórico de ruptura com o modelo positivista de regra e subsunção, notadamente no plano constitucional, daí a riqueza de contribuição dessa obra ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. op. cit. p. 136.

Para concluir e dimensionar a profundidade do tema e do papel do juiz no processo atual, o qual, para exercer a jurisdição que lhe é conferida pelo Estado necessita de poderes para tanto, os quais seguem detalhados no capítulo a seguir, pode-se dizer que o poder que por ele é exercido visa sempre à salvaguarda de valores proclamados social e juridicamente (justiça, segurança, paz social, etc.). Por essa razão, não é *neutro* diante da escala axiológica predominante no âmbito da sociedade em que atua. O que importa é dar razão a quem age conforme o direito, sem que isso se torne *parcial*.⁴⁷

⁴⁷ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. op. cit. p. 265.

CAPÍTULO 4

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os princípios constitucionais são fontes primárias da atividade interpretativa, em razão de orientarem as demais normas jurídicas existentes⁴⁸, podendo-se extrair deles a *ratio* de todo o ordenamento.

Indicam o ideal perquirido pela sociedade e instruem o caminho a ser trilhado tanto pelo elaborador da norma quanto pelo seu aplicador, iluminando a compreensão das regras constitucionais e daquelas hierarquicamente inferiores.

Violar de alguma forma os princípios constitucionais é ato de extrema gravidade, pois esta insubordinação ao sistema quebra a sua coerência e harmonia, atentando contra os valores fundamentais do Estado.

A respeito da violação de princípios constitucionais, Celso Antonio Bandeira de Mello leciona:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura”.⁴⁹

⁴⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 630.

Por outro lado, no que diz respeito aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo, pode-se ressaltar as lições de Giovanni Verde: o processo é um fenômeno historicamente determinado e, por isso, não existem características imutáveis e universalmente válidas para ele. Após lenta evolução histórica, foram consagrados constitucionalmente alguns princípios fundamentais do processo, como o direito de defesa, o juiz natural, a garantia das motivações etc. Diante disso, observa-se que a primeira consequência da elevação desses princípios ao nível constitucional está no fato de que as leis processuais ordinárias devem estar em harmonia com tais princípios e que eventuais contrastes podem ser denunciados à Corte Constitucional, que poderá declarar a ilegitimidade das leis.⁵⁰

A lição do referido processualista é adequada ao nosso sistema, uma vez que a Constituição Federal acolheu, expressamente, alguns princípios constitucionais, como o devido processo legal, a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, o juiz natural, a isonomia, a proibição das provas ilícitas etc.

Tais princípios não têm caráter absoluto, mas o legislador infraconstitucional não pode criar normas que acarretem o esvaziamento ou a anulação desses princípios.

Se é certo que cabe ao legislador ordinário regular ou disciplinar a atuação desses princípios, de modo a atender a técnica processual, também é certo que sua competência é limitada, já que não pode legislar de modo a contrariar o núcleo dos princípios constitucionais.

⁵⁰ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile. 1. Parte generale*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 3, *apud* Maria Elizabeth de Castro Lopes. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

Como exemplo, o legislador infraconstitucional não pode proibir o direito de defesa, nem pode criar tribunais de exceção ou exigir o esgotamento da via administrativa como condição prévia para o ajuizamento da ação.

A seguir, serão examinados os princípios constitucionais intrínsecos ao tema desenvolvido no presente trabalho.

4.2. PRINCÍPIO DISPOSITIVO

A questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado “princípio dispositivo”. Pelo menos assim tem entendido a maioria da doutrina processual, que estabelece um nexó entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede que ele tenha iniciativa probatória.⁵¹

Fala-se que as partes, tratando-se de direitos disponíveis, têm total liberdade para influir na prova. Esse comportamento amputaria os poderes instrutórios do juiz e seria consequência do princípio dispositivo. Para o Código de Processo Civil, há perfeita harmonia entre os sistemas dispositivo e inquisitório, pois se ampliam assim, os poderes do juiz, mas não se exclui o ônus das partes de demonstrar os fatos afirmados. O juiz, representando o Estado, busca a justiça e, para tanto, deve participar ativamente do processo probatório.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, constitui uma grande dificuldade o exato significado da expressão “princípio dispositivo”:

“Trata-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores recorrem ao chamado princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz”.⁵²

De qualquer forma, diante de divergência doutrinária acerca do exato significado da expressão, preferiu-se adotar no presente trabalho o quanto

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 87.

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 88.

defendido por José Roberto dos Santos Bedaque que, discordando de parte da doutrina processual, afirma que o princípio dispositivo não impede a iniciativa probatória oficial.

Para José Frederico Marques, o princípio dispositivo condensa dois aspectos diferentes. O primeiro quanto à necessidade da provocação das partes para que seja instaurada a relação processual, o que vale dizer que a tutela jurisdicional só é prestada quando requerida (arts. 2º e 262, do CPC). O segundo aspecto refere-se à determinação e fixação pelas partes do objeto do processo, devendo o juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo decidir fora, além ou aquém do pedido (arts. 128 e 460, do CPC).⁵³

Nelson Juliano Schaefer Martins também sustenta haver dois aspectos do princípio dispositivo. No entanto, separa-os em princípio dispositivo e princípio da demanda ou da iniciativa da parte. Assim, o princípio dispositivo compreende a vedação de o julgador agir e decidir por sua própria iniciativa no processo, ao passo que o princípio da demanda consiste na impossibilidade de solucionar a controvérsia sem que haja provocação da parte.⁵⁴

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco atribuem como princípio dispositivo o fato de que “o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão”, excluindo a impossibilidade de instaurar a demanda sem que haja requerimento das partes.⁵⁵

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., p. 104.

⁵⁴ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., pp. 186-187.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 64.

Acrescentam que na doutrina moderna o termo princípio dispositivo refere-se à regra da iniciativa probatória de parte e não à disponibilidade dos direitos envolvidos, podendo-se facilmente confundí-las em virtude da semelhança vocabular – princípio dispositivo e disponibilidade.⁵⁶

Segundo os referidos autores, a instauração da lide é chamada de princípio da ação ou princípio da demanda, distinguindo-se do princípio dispositivo, tendo em vista ser apenas um aspecto dele.

Moacyr Amaral Santos⁵⁷ define princípio dispositivo pela regra na 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. A regra é que o juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes – *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*.

Ressalta o autor, por outro lado, que se cabe às partes à iniciativa das provas dos fatos alegados, concede a lei ao juiz o poder de ordenar, de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo (art. 130 – CPC), preponderando, naturalmente, a iniciativa das partes, por ser delas o ônus e a responsabilidade de fornecer ao julgador os elementos de prova de suas afirmações.

Conquanto deva o juiz prender-se aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, não está sujeito, todavia, a conferir-lhes as qualificações jurídicas que lhes atribuam as partes. O princípio dispositivo diz respeito à afirmação, proposta e prova dos fatos, não à determinação das normas jurídicas

⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 64.

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2: 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 76-77.

aplicáveis e à sua interpretação, que essa é função específica do juiz. Às partes cabe alegar e fornecer prova dos fatos, ao juiz aplicar o direito. E, ao aplicar o direito que emerge dos fatos, independe o juiz das partes.⁵⁸

José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹, por sua vez, aborda a questão sob um ponto de vista bem curioso, uma vez que é nítida sua crítica à desnecessária discussão existente na doutrina acerca da problemática relativa à introdução das provas no processo e os poderes instrutórios do juiz.

Para o referido autor, os preconceitos existentes sob a atuação do juiz nesse campo, predominantemente nas doutrinas mais antigas, parecem, nos dias de hoje, caminhar na contramão do que se compreende por sensibilidade de julgamento e reconhecimento e validade das provas obtidas na instrução.

Nesse sentido posicionou-se avançadamente para a época o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em brilhante artigo apresentado numa conferência pronunciada no Rio de Janeiro em maio de 1988. Para ele, os retrógrados preconceitos que costumavam impugnar a legitimidade do juiz na instrução e condução do processo diante das velhas contraposições entre “princípio dispositivo” e “princípio inquisitivo” parecem estar “*fadados a diluir-se no reconhecimento do autêntico truísmo: o de que a reconstituição dos fatos deve ser tarefa de colaboração e não tem sentido de fazer dela território de disputas e rivalidades entre um pretense monopólio das partes e uma fantasiosa opressão destas pela atribuição exclusiva de poderes instrutórios ao órgão judicial*”.⁶⁰

⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2: 23. ed. rev. e atual. op. cit. pp. 77.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quarta série. Alguns problemas atuais da prova civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 149-150.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas atuais da prova civil*. XI Jornada Ibero-americanas de Direito Processual – Texto de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 27-5-1988.

Assim e diante da diversidade doutrinária quanto à fixação dos limites do princípio dispositivo, torna-se imprescindível delimitá-lo para melhor compreensão das afirmações lançadas.

Resumidamente, entende-se que o princípio dispositivo abrange: (i) a instauração da demanda apenas por iniciativa dos interessados (arts. 2º e 262, do CPC); (ii) a liberdade ou disponibilidade que as partes têm sobre os direitos disponíveis objetos da lide, ou seja, a impossibilidade de o juiz interferir quanto à prática de atos em razão da natureza do direito (disponível); e (iii) a limitação objetiva da decisão aos limites do pedido formulado (arts. 128 e 460, do CPC).

Sustenta-se que a iniciativa probatória oficial não é traço distintivo entre o princípio inquisitivo e o dispositivo, porque é possível o juiz determinar de ofício a realização de provas em ambos.

Dessa forma, a iniciativa probatória judicial não torna o processo menos dispositivo, considerando que apenas o interessado pode iniciar a demanda e renunciar o direito em litígio, cabendo, ainda, somente aos litigantes, a fixação dos limites da lide.

Por fim, cabe ressaltar a brilhante conclusão de José Roberto dos Santos Bedaque acerca da matéria:

“[...] De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar a iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito da investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer, para os autos, retrato fiel da realidade jurídico-material".⁶¹

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 94-95.

4.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

A CF, art. 5º, *caput* e inciso I, estabelece que todos são iguais perante a lei. A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo.

Relativamente ao processo civil, verifica-se que o princípio da igualdade significa que os litigantes devam receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do CPC, art. 125, inciso I, teve recepção integral em face do texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.⁶²

Nesse sentido, possui o magistrado, por meio dos poderes instrutórios, uma poderosa arma para conferir tratamento isonômico às partes, bem como repelir qualquer disparidade entre elas, seja por fatores econômicos e/ou culturais.

Felizmente, constata-se que a cada dia aumenta o número de defensores da idéia de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade *real* entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o julgador tem em suas mãos, que lhe possibilitará corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.

Observa-se que o problema não passou despercebido à sensibilidade de Barbosa Moreira:

⁶² NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

“[...] o mais valioso instrumento ‘corretivo’, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se ‘substitui’ às partes, como leva supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto”.⁶³

O processo, sem dúvida, deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes.

Um deles, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude, poderá evitar o julgador que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo.

A interferência do magistrado, para José Roberto dos Santos Bedaque⁶⁴, não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados “direitos disponíveis”, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir (como já detalhado em tópico específico). Todavia, enquanto a

⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano X, n. 37, jan./mar. 1985, p. 146, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 99.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 100.

solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz contentar-se apenas com a atividade das partes.

Para Mauro Cappelletti⁶⁵, muito embora a participação do juiz na instrução possa representar um perigo para a imparcialidade, é um risco que “*va bilanciato com um altro valore, quello di una reale e non meramente formale uguaglianza delle parti*”. Logo, a *real igualdade* das partes no processo constitui valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual.

A *real igualdade* das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da “astúcia” de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.⁶⁶

A concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada. “*Não há nexos necessários entre regime político liberal e ausência de poder instrutório do juiz, nem entre regime autoritário e poder de iniciativa probatória oficial*”.⁶⁷

Considerando que a parte “mais fraca” não tem as mesmas possibilidades que a “mais forte” de trazer, para os autos, as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984, p. 6.

⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 101-102.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 102.

corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro.⁶⁸

Evidentemente, não estará atendido o princípio da igualdade substancial que, segundo a moderna doutrina processual, deve prevalecer sobre o da igualdade formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele desejado pelo direito material, ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.⁶⁹

Tal entendimento, para José Roberto dos Santos Bedaque, não viola o disposto no art. 125 do CPC, consoante entendimento do Eg. STJ:

“Contraria o art. 130 do CPC, o acórdão que desconsidera, protelatório ao princípio da igualdade das partes, depoimento de testemunho determinado pelo juiz da causa”. (REsp. 25617-7-SP, 3ª T., rel. Min. Dias Trindade, DJU 09.11.1992, p. 20.372).

A igualdade de tratamento exigida pelo legislador não pode se limitar ao seu aspecto formal. A moderna doutrina processual fala em igualdade real, efetiva, o que requer seja assegurado, às partes, o adequado equilíbrio,⁷⁰ independentemente de fatores externos.

⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 104.

⁶⁹ Por isso Barbosa Moreira, atento à finalidade social do processo, conclui pela necessidade de adoção de determinadas diretrizes que, a seu ver, se harmonizam com a preocupação de humanização da justiça e atendem a um dos princípios fundamentais do processo, que é o da igualdade substancial e não apenas formal: acentuação do caráter publicístico do processo, maior adequação de suas regras e institutos aos fins visados, ampliação do papel do juiz e reforço de seus poderes. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As bases do direito processual civil. Temas de direito processual*. Saraiva. 1ª série, 1977, p. 11 e ss).

⁷⁰ Contraditório efetivo e equilibrado, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, reportando-se ao Dês. Antonio Celso de Camargo Ferraz (cfr. *Fundamentos*, p. 95). Em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acentou-se ser a desproporção econômica ou sociocultural um dos fatores que justificam a iniciativa probatória do juiz (REsp. 33200/SP, j. 13.03.1995).

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas.⁷¹ Não se pode esquecer que a ciência processual evoluiu. Com o tempo, a visão dos problemas processuais tem se modificado. Hoje se pensa mais em *justiça* e menos em técnica.

Assim, para que o julgador profira uma decisão mais justa, mais próxima da verdade dos fatos, fundamental que busque, incessantemente, pela correta e racional aplicação da lei. Dessa forma, evidencia-se a importância do comportamento ativo do juiz para a materialização da igualdade processual e, bem assim, o descobrimento da verdade e a consequente pacificação do conflito pela sentença.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. op. cit., pp. 135-136.

4.4. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A doutrina tradicional, entre os argumentos dominantes contra a participação do juiz no processo, especificamente, na colheita da prova, costuma afirmar que, na medida em que atua *ex officio*, estaria abrindo mão de sua imparcialidade, já que assim fazendo estaria privilegiando uma parte em detrimento da outra.

Afirmações como essas, apesar de parecerem bastante ultrapassadas, continuam sendo usadas para tolher a atividade oficiosa do juiz no processo. Nesse passo, cabe destacar o questionamento do Prof. Sidnei Amendoeira Jr.⁷²

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

Para o referido autor, sem sombra de dúvida, correta é a segunda opção.

Ademais, quando o juiz determina a realização de determinada prova, não tem condições de saber, a princípio, seu resultado, de modo que

⁷² AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. op. cit., p. 70.

parece bastante desarrazoada a idéia de que o juiz estaria vinculado ao direito da parte cuja prova viesse esclarecer. O juiz, mandando produzir a prova está vinculado ao seu resultado concreto.

Por outro lado, manifesta-se a doutrina se não seria imparcial o julgador que, pudesse saber de antemão o resultado da prova e, intencionalmente, 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? Para o julgador, não deve importar que vença autor ou réu. Importa, contudo, que saia vitorioso aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.

No mesmo sentido, como bem observa Barbosa Moreira:⁷³

“A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada do juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra ou dever de imparcialidade”.

Sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões (arts. 5º, LV e 93, IX da CF/1988).

⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 35/180, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 110.

Para José Roberto dos Santos Bedaque,⁷⁴ a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo.

Não se deve confundir *imparcialidade* com *neutralidade* do julgador (tópico a ser detalhado no próximo capítulo) durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.

No mesmo sentido posiciona-se Cassio Scarpinella Bueno⁷⁵, afirmando que a própria Constituição Federal atribui ao magistrado, por força da redação do art. 95, prerrogativas que lhe conferem o exercício pleno de suas funções processuais.

Nesse contexto, imparcialidade para o referido autor, significa acentuar que o magistrado seja indiferente em relação ao litígio, sob qualquer ponto de vista. “*O magistrado é imparcial porque ele não tem (e não pode ter) nenhum interesse direto, pessoal, na demanda que julga*”.

Por sua vez, o Código de Processo Civil, ocupa-se de fornecer instrumental para garantir dita *imparcialidade* como se pode observar pelos arts. 134 e 135, diretrizes que se relacionam com as vedações constantes do § único do art. 95 da Constituição Federal.

Segue complementando que a tendência quanto a ser a atuação do juiz mais criativa e menos declaratória não devem ser levadas ao entendimento

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 113.

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 151.

que comprometa o conceito de imparcialidade. Para o Prof. Cassio Scarpinella Bueno, não há nenhuma relação entre elas.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁷⁶, por sua vez, relacionam a imparcialidade com a garantia de justiça para as partes, posto que, têm o direito de exigir um juiz imparcial na medida em que o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional.

Contudo, o que se pode observar é que por temor à perda da imparcialidade, por excesso de trabalho, pela mesmice das matérias colocadas ao crivo do Poder Judiciário e, por que não, até pelo temor dos juízes de verem suas decisões reformadas pelos Tribunais superiores, infelizmente, temos vivenciado a maneira decisiva para a qual nossos magistrados deixaram de utilizar os poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo legislador. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário.⁷⁷

Contudo, essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual.

Juiz imparcial, na visão de José Roberto dos Santos Bedaque,

“[...] 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.”⁷⁸

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 58.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*. Encontro Participação e Processo. São Paulo, 1987, p. 407, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 114.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 114.

Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas, permitindo que cada parte se manifeste sobre eventual prova por ele ordenada. O perfeito funcionamento do contraditório, consoante José Roberto dos Santos Bedaque, é a maior arma contra o arbítrio 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.⁷⁹

⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 115.

CAPÍTULO 5

A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ

5.1. A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE JUDICIAL

Não se deve confundir o juiz imparcial com o juiz neutro, inerte ou pacífico.⁸⁰

Entende-se por juiz imparcial não aquele juiz inerte que assiste pacificamente ao duelo entre as partes, limitando-se a proferir a decisão, mas, ao contrário, o julgador preocupado com o resultado concreto da sentença na vida dos litigantes e, portanto, comprometido com a entrega da prestação jurisdicional justa, fundamentada essencialmente na verdade.

O juiz imparcial está especialmente comprometido com a pacificação social do conflito e a conscientização tanto dos litigantes quanto de todos os jurisdicionados dos seus direitos e obrigações, funções estas que, segundo a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, configuram os escopos sociais do processo.⁸¹

Por outro lado, o julgador neutro ou inerte permanece totalmente inativo diante do litígio das partes por preocupar-se unicamente com o aspecto técnico do processo, inobservando a existência de fatos que ensejariam a sua intervenção.

O juiz neutro não pratica os atos necessários para conceder às partes “paridade de armas” para que possam comprovar suas alegações, tampouco realiza ações tendentes à busca da verdade.

O magistrado que não perquire a verdade, permanecendo inerte quando deveria praticar atos no processo, em especial quanto à realização das

⁸⁰ A respeito das distinções: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., v. 1, p. 201.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 193 et seq.

provas necessárias à instrução do feito, visto ser o conjunto probatório elemento central em um processo, é um julgador meramente tecnicista e, portanto, indesejado.

Assim, não se pode confundir juiz imparcial com o juiz neutro, já que este não atende às necessidades do processo. Na realidade, dizer juiz imparcial é redundante, pois o exercício da função judicante exige equidistância das partes, de modo a decidir a lide sem qualquer interesse em nenhuma delas.

O julgador, cuja principal característica é a imparcialidade, não é parcial ao buscar a verdade dos fatos ou a praticar ações tendentes a desigualar as partes para que incida a isonomia processual entre elas.

Acaso observasse a desigualdade entre os litigantes e nada fizesse, seria verdadeiramente um juiz parcial, porque devido à inércia ou à passividade acabaria aumentando ainda mais o desequilíbrio processual, beneficiando um dos litigantes e prejudicando o descobrimento da verdade.

A inércia pode tornar o julgador parcial, pois, consoante José Roberto dos Santos Bedaque, é parcial o juiz que opta por não determinar a produção de certa prova mesmo ciente de que a realização possibilitaria o esclarecimento de determinado fato.⁸²

O juiz tem o dever de ser imparcial, mas, por outro lado, não pode ser inerte a ponto de se tornar indiferente aos acontecimentos e situações ocorridas no processo. Para Mauro Cappelletti, a neutralidade judicial sofre inúmeras críticas porque inviabiliza a entrega da decisão justa. Vejamos:

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 108 e 111.

“Nos Estados Unidos, o exagerado sistema de neutralidade judicial tem sofrido críticas consideráveis desde o famoso discurso de Roscoe Pound, em 1906. 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”.⁸³

Por esse motivo, o juiz não pode ser neutro, sendo importante não confundir a figura do julgador parcial com a do participativo⁸⁴, considerando que este pratica os atos necessários à entrega da decisão justa, baseada na verdade dos fatos, em oposição àquele em que a decisão proferida é tendenciosa, impossível de pacificar o conflito apresentado.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 77.

⁸⁴ A terminologia juiz participativo, em oposição a juiz parcial é utilizada por José Carlos Baptista Puoli: PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 39.

5.2. PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E IMPARCIALIDADE JUDICIAL

O exercício do poder instrutório oficial é totalmente compatível com a imparcialidade do juiz, indubitavelmente condição *sine qua non* ao exercício da jurisdição.

Isso porque o magistrado, ao determinar a prática de certa prova, o faz para esclarecimento de um fato específico, permitindo, assim, descobrir a qual das partes assiste razão. Nesse sentido, não visa a beneficiar nenhum dos litigantes, mas apenas viabilizar a prolação de uma decisão justa, dando ganho de causa àquele que realmente tem direito.

Por óbvio a realização de certa prova será benéfica a uma ou outra parte, mas isso não significa perda da imparcialidade do julgador, na medida em que, ao determiná-la, não tem conhecimento prévio do resultado.

O exercício da atividade probante oficial não fere a imparcialidade do juiz. De fato, preserva a isonomia processual por equilibrar ou mitigar as desigualdades existentes entre os litigantes, concedendo-lhes “paridade de armas” para comprovar as alegações feitas, possibilitando a formação segura da opinião judicial acerca do caso.

A respeito da imparcialidade do magistrado e da atividade instrutória, Cândido Rangel Dinamarco assevera que, ao suprir deficiências probatórias do processo, o juiz não se desequilibra e nem se torna parcial. Todavia, deve-se observar realmente a existência das aludidas deficiências, tendo em vista não ser

possível a prática de atos por ele que a parte podia fazê-los e não os fez por negligência.⁸⁵

Ser imparcial significa conduzir a lide sem qualquer inclinação a nenhum dos litigantes, assim como conceder aos mesmos a igualdade de tratamento e condições para exposição e comprovação das alegações, em cumprimento ao princípio isonômico.

Imparcial de fato é o juiz que busca exclusivamente a verdade, pois só assim fará justiça. Por esse motivo, não se pode ter nem a indiferença da neutralidade, que cruza os braços, nem a intromissão, que provoca a perda da imparcialidade.

Cássio Scarpinella Bueno⁸⁶, por sua vez, define a imparcialidade do magistrado como a condição de ser indiferente ao litígio, seja no sentido comum da palavra, um terceiro, totalmente estranho, totalmente indiferente à sorte do julgamento e ao destino de todos aqueles que direta ou indiretamente, estejam envolvidos nele.

Para o autor, o magistrado é imparcial porque ele não tem (e não pode ter) nenhum interesse direto e pessoal na demanda que julga. A imparcialidade repousa na idéia de que o magistrado é “terceiro”, um verdadeiro “estranho” com relação àquilo que julga, com relação às partes e aos sujeitos processuais envolvidos, com o objeto do litígio. Todavia, ressalta que o “modelo constitucional do processo civil”, não pressupõe neutralidade no ato de interpretar e aplicar o direito.⁸⁷

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. op. cit., p. 134.

⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 150.

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 151.

Já verificou-se, por outro lado, que a atuação jurisdicional do magistrado ocorre no processo, dentro do espaço delimitado pelas normas e princípios processuais. Daí, a corrente afirmação de que ao juiz incumbe a direção do processo nos termos fixados pelo ordenamento jurídico em que atua.⁸⁸ Isso equivale a dizer que deverá ele praticar os atos processuais cuja realização lhe compete, segundo as normas processuais que regem o processo.

Logo, em face da gama de atividade que ao juiz incumbe desempenhar, principalmente se focarmos o papel do juiz contemporâneo, para o qual se espera uma atitude ativa ao conduzir o processo, sobretudo, na direção formal e material, deverá atentar-se aos princípios constitucionais, em especial, ao princípio da imparcialidade.

Para José Roberto dos Santos Bedaque o poder instrutório oficial não possui nenhuma relação com discricionariedade, na medida em que necessita o magistrado esclarecer os motivos pelos quais, em seu entender, a situação dos autos reproduz a hipótese de cabimento do art. 130 do CPC.⁸⁹

A iniciativa oficial nesse campo, como qualquer outro ato decisório, necessita de adequada fundamentação, a fim de que, em eventual recurso, as partes possam apresentar suas razões e o órgão superior tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à decisão por ventura impugnada.

⁸⁸ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. op. cit. p. 41.

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 154.

CAPÍTULO 6

PODERES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL

6.1. ASPECTOS GERAIS

Os poderes exercidos pelo juiz no processo decorrem da função jurisdicional de que está investido, sendo essência do Poder Judiciário o julgamento da lide apresentada, transportando a certeza jurídica da lei para a decisão proferida.⁹⁰

Para desempenho da atividade, o julgador detém poderes delimitados pelo ordenamento jurídico e reforçados por deveres e responsabilidades.⁹¹

O poder judicial decisório não é meramente um poder, mas, verdadeiramente, um dever, porque uma vez investido da jurisdição não pode o julgador eximir-se de decidir a controvérsia, ainda que haja lacuna ou obscuridade da lei (art. 126, do CPC).

Para Carlos Aurélio Mota de Souza, os poderes do juiz são pressupostos ao desempenho de seu ofício e contém, implicitamente, requisitos éticos indispensáveis ao exercício dos deveres judiciários, sendo que a simples investidura na função outorga a ele poderes que se transmudam, na prática, em deveres.⁹²

A doutrina processual civil pátria traz inúmeras classificações dos poderes do juiz, cada qual considerando aspectos diferentes, ante a ausência legislativa de enumeração sistemática de tais poderes.

⁹⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 77.

⁹¹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169.

⁹² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 76.

Por essa razão, apresentam-se, a seguir, as classificações dos poderes do juiz com base nas teorias de José Frederico Marques, Carlos Aurélio Mota de Souza, Nelson Juliano Schaefer Martins, Vicente Miranda, Cassio Scarpinella Bueno, Candido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, Fredie Didier Jr., Moacyr Amaral Santos, Arruda Alvim e José Carlos Barbosa Moreira.

6.2. PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ FREDERICO MARQUES

Para José Frederico Marques, os poderes judiciais dividem-se em dois grandes grupos: (i) poderes jurisdicionais ou processuais e (ii) poderes administrativos.

Os poderes jurisdicionais subdividem-se em: (i) poder instrumental ou ordinário e (ii) poder decisório ou vinculação final. Os poderes administrativos compõem-se do poder de polícia processual.⁹³

Fundamentalmente, os poderes jurisdicionais exercidos “dentro do processo”, asseguram a justa aplicação do direito, tanto nas medidas de caráter ordinatório como nas de caráter decisório. Os poderes administrativos são exercidos em “torno do processo”, para que este se desenvolva de maneira regular, sem tumultos ou desvios, utilizando-se o julgador de poderes de polícia processual para resguardar o decoro e o bom funcionamento da justiça.⁹⁴

O poder jurisdicional em sentido amplo compreende aqueles poderes exercidos para a entrega da prestação jurisdicional, ou seja, para solucionar a lide. Todavia, nem toda decisão proferida no processo diz respeito à solução final, compreendendo também aquelas que visam somente a resolver questões incidentes, mas que, ao serem decididas, propiciam a movimentação processual. São esses os poderes jurisdicionais ordinários ou instrumentais.⁹⁵

⁹³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, v.2. Campinas: Millennium, 2000, pp. 137-140.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit, pp. 137 e 138.

⁹⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit, p. 140.

Nos poderes jurisdicionais ordinários, o juiz desempenha diversas funções, incluindo ordenar a produção das provas necessárias ao descobrimento da verdade, ou seja, a iniciativa probatória oficial prevista no art. 130 do CPC.⁹⁶

O poder jurisdicional decisório consiste nos atos praticados para declarar e realizar o direito no caso concreto, o que vale dizer, é o poder judicial para proferir a decisão que soluciona a lide e fazê-la cumprir de maneira coercitiva, se assim for necessário.⁹⁷

Os poderes judiciais administrativos, de polícia processual, são atribuídos pela lei ao julgador para desenvolvimento do processo de maneira ordenada e tranquila, objetivando a prolação da decisão final.⁹⁸

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit, p. 140.

⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit, p. 139.

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. op. cit, p. 138.

6.3. PODERES DO JUIZ SEGUNDO CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA

Carlos Aurélio Mota de Souza afirma a importância dos poderes éticos do julgador, encontrando-se a ética presente em todos os atos do magistrado, ainda que implicitamente, configurando, na verdade, um dever judiciário.⁹⁹

Para o referido autor, o dever institucional do juiz, muito mais do que dizer o direito é agir com imparcialidade, tendo, ainda, o dever de legalidade, de incorruptibilidade e a obrigação moral de sentenciar ou declarar por que não proveu no mérito, bem como o de motivar todos os seus atos, única garantia contra o arbítrio.¹⁰⁰

Uma vez investido da jurisdição, o juiz exerce um poder, uma função e uma atividade. O poder representa a soberania estatal advinda da Constituição Federal e consiste no *poder de julgar*. A função desenvolve-se pelo processo e consiste no *dever de julgar* e, por fim, na atividade que exprime o exercício do poder consistente de *juízo*.¹⁰¹

Os poderes judiciais, de acordo com o fim a que visam, são: (i) poderes jurisdicionais; (ii) poderes processuais e (iii) poderes administrativos.¹⁰²

⁹⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 78.

¹⁰⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 78-79.

¹⁰¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 78.

¹⁰² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 79.

Os poderes jurisdicionais são aqueles exercidos no momento de dizer o direito em concreto e definitivo (sentenciamento), seja com resolução de mérito ou sem e, portanto, indelegáveis.¹⁰³

Os poderes jurisdicionais são atos vinculados, rigidamente modelados pela lei, devendo o julgador respeitá-los, sob pena de nulidade. São exemplos, no Código de Processo Civil, o dever de sentenciar (art. 128), vedado o *non liquet* (art. 126), o de motivar a sentença (art. 131 e 458), não proferir sentença ilíquida (art. 459, parágrafo único) ou *ultra petita* (art. 460).¹⁰⁴

Os poderes processuais são aqueles praticados para assegurar o correto andamento do processo – a direção judicial da causa tanto materialmente quanto formalmente. São as atividades que o juiz exerce para obter a sentença.¹⁰⁵

Os poderes judiciais processuais subdividem-se em: (i) poderes de impulso (consistem em despachos de meros expedientes); (ii) poderes de instrução (colheita de provas, determinação para produção de provas, de ofício ou mediante requerimento das partes, celebração de audiências, inspeção judicial) e, por fim; (iii) poderes de direção do processo.¹⁰⁶

Nos poderes processuais de instrução, são reforçados os poderes do juiz, pois, acima do requerimento das partes, pode determinar outros meios de instrução do feito, ordenando, de ofício, as diligências que entender necessárias e indeferindo as inúteis ou protelatórias.¹⁰⁷

¹⁰³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 78-79.

¹⁰⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 79.

¹⁰⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 79 e 85.

¹⁰⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 80.

¹⁰⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 86.

Ao contrário dos poderes judiciais jurisdicionais que são vinculados, os poderes judiciais processuais admitem certa discricionariedade, o que não significa arbítrio. A discricionariedade pode ser observada em diversos artigos do Código de Processo Civil, como na fixação de prazos (arts. 177, 181 e 182), na convocação de partes (arts. 342 e 599, inciso I), na determinação de provas (arts. 130 3 1.107), dentre outros.¹⁰⁸

Os poderes judiciais processuais não são delegáveis e sua discricionariedade decorre da ausência de completude da lei, facultando a interpretação pessoal, desde que obedecidos princípios, por isso não se confunde com arbítrio.¹⁰⁹

Por sua vez, os poderes judiciais administrativos são aqueles praticados na direção e fiscalização dos serviços judiciários, isto é, um poder burocrata, de mero administrador da coisa pública, exercido em todos os campos da administração.¹¹⁰

Determinados poderes judiciais administrativos podem ser delegados sem que se afete a entrega da prestação jurisdicional, como, por exemplo, a recepção e juntada de documentos nos autos e recolhimento de custas.¹¹¹

¹⁰⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 79.

¹⁰⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 70-80.

¹¹⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 79-80.

¹¹¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 80.

Carlos Aurélio Mota de Souza apresenta também outros poderes judiciais, como o poder cautelar geral, poder discricionário, poder criador, poder ético, dentre outros.¹¹²

No entanto, o poder judicial mais importante para o presente trabalho é o processual de instrução, com vistas ao esclarecimento dos fatos apresentados para a efetiva entrega da prestação jurisdicional. A atividade instrutória oficial, muito mais do que um poder, constitui um dever judicial, porque a inação do julgador não permite o descobrimento da verdade, indispensável ao bom sentenciamento.

¹¹² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., pp. 81, 87, 89 e 98.

6.4. PODERES DO JUIZ SEGUNDO NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS

Para Nelson Juliano Schaefer Martins, os poderes judiciais dividem-se em: (i) poderes processuais de direção e desenvolvimento do processo; (ii) poderes jurisdicionais e (iii) poderes coercitivos.¹¹³

Os poderes judiciais processuais de direção e desenvolvimento do processo destinam-se: (i) a assegurar a igualdade de tratamento das partes no processo; (ii) velar pela efetividade da jurisdição; (iii) conciliar as partes; (iv) dar efetividade à iniciativa da parte.¹¹⁴

A observância do princípio da igualdade é dever jurídico porque orienta as atividades do juiz no exercício dos poderes judiciais coercitivos, de direção e de desenvolvimento do processo, permitindo o acesso à ordem jurídica justa.¹¹⁵

Configura princípio constitucional geral, pois é a “densificação dos princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático e do Estado de Direito”¹¹⁶ e, além de norma de direito material, também possui dimensão processual. Assim, o juiz tem que adequar seus poderes aos fins previstos na Constituição Federal, sendo seu dever a observância da igualdade.

A efetividade da jurisdição é também um poder-dever atribuído ao juiz, porque os princípios de inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça são decorrentes da própria efetividade da jurisdição, para a qual também

¹¹³ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 180.

¹¹⁴ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 180.

¹¹⁵ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 154.

¹¹⁶ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 154.

se impõe o dever judicial de zelar pela rápida solução do litígio (art. 125, inciso II, do CPC).¹¹⁷

Isso em virtude de o princípio da efetividade da jurisdição ser um “princípio constitucional especial”¹¹⁸, com o qual estão relacionados inúmeros outros, sendo obrigatória a sua observância pelo julgador.

O Código de Processo Civil também imputa ao magistrado o poder-dever de conciliar as partes a qualquer tempo, constituindo um dos meios alternativos de solução do litígio.

Para Nelson Juliano Schaefer Martins, as disposições constantes nos arts. 125, inciso IV e 331, parágrafo primeiro do CPC, demonstram a importância da conciliação como forma de solucionar o conflito pacificamente, em absoluta concordância com o preâmbulo da CF de 1988, ao prever a solução pacífica das controvérsias.¹¹⁹

Por essa razão, é poder-dever do juiz promover a conciliação das partes, sempre que possível, e, ao agir dessa forma, estará respeitando os valores constantes na CF e no CPC.

A indeclinabilidade da jurisdição, prevista no art. 126 do CPC, também é um poder-dever do juiz e consiste na impossibilidade de sentenciar, decidir ou despachar, ainda que haja lacuna ou obscuridade na lei.

Segundo o referido autor, a indeclinabilidade da jurisdição é um dever imputado ao juiz tanto nas sentenças quanto nas decisões interlocutórias, já que nunca poderá deixar de decidir as pretensões apresentadas em juízo.¹²⁰

¹¹⁷ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 91.

¹¹⁸ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 91.

¹¹⁹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 181.

¹²⁰ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 133.

O último poder processual de direção e desenvolvimento do processo, de dar efetividade à iniciativa de parte, é limitado pelo princípio dispositivo, especialmente quanto à iniciativa de parte e de demanda, previstas nos arts. 2º, 128 e 262 do CPC.¹²¹

Isso porque são deveres do juiz a limitação objetiva da sentença ao pedido formulado pelas partes e a espera de provocação do interessado para instauração da demanda, não podendo fazê-lo de ofício.

No tocante aos poderes judiciais jurisdicionais, dividem-se em: (i) instrutórios; (ii) decisórios nas sentenças e decisões monocráticas de relatores nos tribunais; (iii) decisórios, exercidos por meio de tutelas preventivas ou de urgência decorrentes de tutela cautelar ou satisfativa; (iv) decisórios, por meio de decisões interlocutórias.¹²²

O poder judicial instrutório corresponde ao poder de determinar, de ofício, ou a requerimento das partes, as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou protelatórias, velando pela rápida solução do litígio.¹²³

Esse é um poder-dever, pois a tendência de buscar a verdade dos fatos, face à publicização do processo, necessita da intensificação das atividades instrutórias do juiz, sem a qual não é possível esclarecer as questões referentes à demanda.¹²⁴

Outros poderes decisórios, apresentados por Nelson Juliano Schaefer Martins como pertencentes aos poderes jurisdicionais, referem-se

¹²¹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 186.

¹²² MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 180.

¹²³ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 191.

¹²⁴ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., pp. 192 e 193.

fundamentalmente ao poder-dever que os juízes têm de decidir o litígio apresentado, tanto por intermédio de provimentos finais terminativos (sentenças sem resolução de mérito), quanto nos definitivos (sentenças com resolução de mérito) e nas decisões interlocutórias (que resolvem questões incidentes do processo).¹²⁵

O poder jurisdicional decisório é também verificado nas decisões proferidas pelos relatores de recursos, que possuem vários poderes monocráticos, como proferir decisões relativas a questões incidentais referentes a pedidos de concessão de efeito ativo ou suspensivo em agravos de instrumentos e pedidos de concessão de efeito suspensivo à apelação que não o tenha.¹²⁶

Segundo o referido autor, o julgamento pelos relatores nos tribunais “reforça os poderes jurisdicionais decisórios dos relatores e lhes permite que possam examinar o mérito dos recursos dando-lhes ou negando-lhes provimento monocraticamente”.¹²⁷

Por fim, os poderes judiciais coercitivos consistem em: (i) poderes de polícia, para prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça e prestigiar a lealdade processual; e (ii) poderes executivos, destinados à efetivação da execução.¹²⁸

O poder coercitivo de polícia objetiva prevenir qualquer ato contrário à dignidade da justiça de modo que reine no processo a lealdade processual, conforme dispõe o inciso III, do art. 125, do CPC.¹²⁹

¹²⁵ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 195.

¹²⁶ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., pp. 196-197.

¹²⁷ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 198.

¹²⁸ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 180.

¹²⁹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 200.

Apresenta como atos tendentes à concretização da lealdade processual: a proibição de expressões injuriosas, tanto no processo escrito quanto em defesas ou audiências orais; o poder de polícia judicial, para manutenção da ordem e do decoro, com prevenção de atos inconvenientes; a advertência ao devedor do processo de execução, quando da prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, dentre outros.¹³⁰

O poder executivo refere-se aos atos judiciais tendentes à efetivação do disposto no título, seja ele judicial ou extrajudicial.

¹³⁰ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. op. cit., p. 200.

6.5. PODERES DO JUIZ SEGUNDO VICENTE MIRANDA

Consoante Vicente Miranda, para qualificar juridicamente os poderes do juiz, deve-se verificar a finalidade processual visada pelo exercício deste mesmo poder. Assim, formula um quadro em que se encaixam todos os poderes judiciais, independentemente de sua natureza, espécie ou finalidade.¹³¹

Tabela de Definição de Poderes

Poder Ordinatório	Poder de Direção	Poder Instrutório	Poder Decisório	Poder Executório
Se o fim último do exercício do poder for um despacho ou a movimentação do processo.	Se o fim último for a direção do processo.	Se o fim último for a instrução.	Se o fim último for a decisão.	Se o fim último for o cumprimento forçado de qualquer decisão.

Os poderes judiciais são escalonados de duas maneiras: classificação essencial e classificação secundária.

Na classificação essencial estão os poderes componentes do quadro acima: (i) poder ordinatório; (ii) poder de direção; (iii) poder instrutório; (iv) poder decisório; e (v) poder executório.

¹³¹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 119.

A classificação secundária é feita com base nos próprios poderes essenciais e considera não a finalidade última do poder, mas outras questões, como: (i) a providência jurisdicional entregue (poder de cognição, poder de execução e poder cautelar); (ii) a possibilidade de ser exercido de ofício ou mediante requerimento das partes; (iii) a preclusividade ou não; (iv) a discricionariedade ou vinculação; (v) a generalidade ou especialidade; e (vi) a limitação ou ausência dela.¹³²

No tocante aos poderes judiciais de classificação essencial, Vicente Miranda define-os da seguinte forma:

- Poder Ordinatório: manifesta-se por meio de despachos e tem como intuito puro e simples movimentar o processo. Por intermédio deste poder, o juiz dá andamento à tramitação processual, não havendo conteúdo decisório algum. O juiz nada decide, apenas movimenta.¹³³

- Poder de Direção: manifesta-se por meio de despachos e decisões e tem como finalidade última dirigir o processo, comandando e fiscalizando os sujeitos da relação processual e os atos por eles praticados. Este poder de direção é extraído do *caput* do art. 125 do CPC, ao dispor que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do código.¹³⁴

O poder de direção divide-se em: (i) poder de controle e (ii) poder de fiscalização. O primeiro tem por finalidade verificar a regularidade da relação processual e providenciar o seu desenvolvimento regular e válido. O poder de fiscalização visa manter a ordem, o decoro e a dignidade da relação processual,

¹³² MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 127 et seq.

¹³³ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 119 e 122.

¹³⁴ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 120-121.

evitando ou reprimindo a ma-fé no processo, mantendo a disciplina, a educação e o respeito entre as partes.¹³⁵

- Poder Instrutório: manifesta-se por meio de despachos e decisões e o fim último é a instrução da causa. Tal poder judicial é exercido para a admissão ou indeferimento das provas indicadas pelas partes, para a produção das provas, para a valoração dos meios de prova produzidos e, também, para determinar de ofício aquelas que o julgador entender necessárias ao feito.¹³⁶

- Poder Decisório: manifesta-se por meio de decisões ou sentenças, e o juiz ao exercê-lo decide com a finalidade última de resolver uma questão processual ou de mérito. Este poder deve ser entendido em seu amplo sentido, abrangendo não só as decisões de primeiro grau como também aquelas proferidas pelos tribunais em sede recursal ou em sua competência originária.¹³⁷

O poder decisório limita-se às linhas determinadas pela lide, sendo necessário que a decisão corresponda exatamente às questões trazidas pelos litigantes.¹³⁸

- Poder Executório: manifesta-se por meio de despachos e decisões e visa ao cumprimento coercitivo da decisão, utilizando-se da coação para que seja cumprida a decisão prolatada. Assim, a coação é posterior à própria decisão.¹³⁹

Vicente Miranda esclarece que o poder executório não se confunde com o poder exercido no processo de execução. Embora o poder executório

¹³⁵ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 120-121 e 325.

¹³⁶ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 119, 122-123.

¹³⁷ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 119 e 123.

¹³⁸ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 327.

¹³⁹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., pp. 119 e 124.

tenha seu *habitat* natural no processo de execução, nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e nos processos de jurisdição voluntária.¹⁴⁰

No tocante à classificação secundária dos poderes judiciais, segundo o autor, há vários critérios diferentes. O primeiro deles refere-se à providência jurisdicional entregue que compreende: (i) poderes de cognição; (ii) poderes de execução; e (iii) poderes cautelares.¹⁴¹

O poder de cognição é aquele que permite ao juiz conhecer e julgar a lide, solucionando o litígio mediante a prolação de uma decisão. Subdivide-se em: (i) poder meramente declaratório; (ii) poder condenatório; e (iii) poder constitutivo.¹⁴²

O poder judicial declaratório é o poder de cognição que declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a falsidade de um documento.

O poder condenatório tem a finalidade de aplicar uma regra sancionadora ao caso concreto, em virtude de violação de uma norma jurídica. Assim, com o poder condenatório, o juiz condena o réu a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Por fim, o poder constitutivo cria, modifica ou extingue uma relação ou situação jurídica, nascendo do exercício deste poder uma nova relação jurídica.¹⁴³

¹⁴⁰ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 125.

¹⁴¹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 127.

¹⁴² MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 128.

¹⁴³ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 128.

O poder de execução são aqueles poderes praticados para obrigar, coativamente, o devedor a satisfazer a prestação imposta na sentença ou no título executivo extrajudicial.¹⁴⁴

O poder cautelar é o poder judicial de ordenar a prática de atos tendentes a assegurar a providência jurisdicional de cognição ou de execução, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.¹⁴⁵

De acordo com as classificações formuladas por Vicente Miranda, destacam-se duas em especial: o poder oficial e o poder provocado. O primeiro é o poder que o julgador tem de agir no processo sem que haja qualquer provocação das partes, ao passo que o poder provocado determina a atuação judicial depois de requerido pelos litigantes e, ainda, dentro dos limites determinados por eles.

A título exemplificativo, cita-se como poder oficial o de determinar as provas necessárias à instrução da causa (art. 130, do CPC), bem como de extinguir o processo, de ofício, se houver ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular ou se não estiverem presentes uma das condições da ação (art. 267, incisos IV e VI, respectivamente).¹⁴⁶

Um exemplo clássico de poder provocado é o de julgar a lide somente depois de instaurada pelas partes, não podendo o juiz de ofício iniciá-la (art. 2º, do CPC).

Outra classificação dos poderes judiciais refere-se à preclusividade ou não preclusividade do poder. Preclusivos são aqueles que, uma vez exercidos

¹⁴⁴ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 128.

¹⁴⁵ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 129.

¹⁴⁶ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 129.

por um juiz ou por um julgador colegiado, não podem mais ser feitos pelos mesmos, como os poderes decisórios proferidos nas sentenças.¹⁴⁷

Poderes não preclusivos são aqueles que podem ser exercidos mais de uma vez pelo mesmo órgão julgador, exatamente em virtude de não haver preclusividade. Não estão sujeitos à preclusividade os atos ordinatórios para impulsionar o processo.¹⁴⁸

Os poderes judiciais podem também ser vinculados ou discricionários. Nos primeiros, não há liberdade de valoração pelo juiz, devendo agir da forma como indicado na norma. O poder discricionário, por sua vez, permite valorar a conveniência e oportunidade de exercer o ato, de acordo com as circunstâncias apresentadas pelo fato concreto.¹⁴⁹

Dizer que o juiz tem discricionariedade em determinados atos, não significa agir com arbitrariedade, já que tem liberdade de ação dentro dos limites determinados na lei. Exemplo de poder discricionário é a fixação de prazos pelo juiz quando não expressamente determinados na legislação (arts. 177 e 185, ambos do CPC).¹⁵⁰

¹⁴⁷ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 130.

¹⁴⁸ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 130.

¹⁴⁹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 131.

¹⁵⁰ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 132.

6.6. PODERES DO JUIZ SEGUNDO CASSIO SCARPINELLA BUENO

Cassio Scapinella Bueno¹⁵¹ inicia sua abordagem no tocante ao tema remetendo-nos aos deveres dos magistrados estampados no Estatuto da Magistratura, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, especificamente em seu art. 35, que assim dispõe: a) Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; b) não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; c) determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; d) tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; e) residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; f) comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; g) exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes e, h) manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Por outro lado, aliado aos deveres do juiz acima elencados, destaca-se quais os poderes do magistrado dentro do universo processual. Para tanto, nos

¹⁵¹ BUENO, Cassio Scapinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 237.

insere dentro da legislação processual civil destacando o art. 162, o qual taxativamente assim dispõe:

- Art. 162. “Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)”.

Todavia, faz críticas o autor com relação à taxatividade trazida pelo art. 162. De fato, o magistrado pratica uma infinidade de atos relevantes para o processo e, por isso mesmo, atos processuais que dificilmente são encartados pelo dispositivo em destaque.

Destaca, a título exemplificativo, os atos *executórios* praticados pelo juiz quando determina a penhora de parcela do patrimônio do executado, os atos

de *documentação* quando determina a assinatura de termos e das próprias decisões, os atos relativos à *colheita de prova* quando determina a oitiva das partes, das testemunhas ou, até mesmo, quando realiza qualquer ato de inspeção judicial, os atos de *correção* quando se põe a verificar a correção da atividade dos auxiliares da justiça a ele subordinados, e assim por diante.¹⁵²

Nesse sentido, se opõe a indicação de que todos os atos do juiz correspondem a uma das espécies dos parágrafos do suscitado art. 162. Hoje, com as recentes inovações trazidas pelas reformas na legislação processual, afirma o autor que o juiz deixou de ser um mero aplicador da lei pronta e acabada pelo legislador, passando a ser, figura vital na “cadeia de produção normativa”.¹⁵³

Defende, por fim, que o juiz além de aplicar o direito deverá ter poderes para *instrumentalizar* concretamente sua decisão, o que, nos direciona a abordagem acerca das tutelas jurisdicionais.

¹⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 464.

¹⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 110.

6.7. PODERES DO JUIZ SEGUNDO CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Em meio à agitada e variada atuação do juiz no processo, distinguem-se duas categorias de atos processuais: a) provimentos; b) atos reais (ou materiais).¹⁵⁴

Os atos de provimentos são os pronunciamentos do juiz no processo, expressões verbais ou escritas de seu pensamento. Eles contêm a decisão sobre alguma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas. Segundo sua influência sobre a causa, os provimentos serão *finais* ou *interlocutórios* . Os finais consistem em decidir a causa, impedindo que o juiz volte a se pronunciar sobre ela, salvo em casos excepcionais (hipóteses do art. 463, do CPC). Os interlocutórios são aqueles pronunciados ao longo do processo, sem lhe pôr fim e sem decidir a causa. Os provimentos finais podem, ainda, subdividir-se em duas classes, conforme contenham ou não julgamento de mérito; e os interlocutórios, segundo apreciem questão incidente do processo ou se limitem a trazer determinações para o andamento desse.

Os atos materiais não têm, como os precedentes, qualquer caráter de resolução ou determinação.¹⁵⁵ São das seguintes espécies: a) instrutórios (realizar inspeções em pessoas ou coisas, ouvir alegações dos procuradores das

¹⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24ª ed. rev. e atual, op. cit., p. 358.

¹⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24ª ed. rev. e atual, op. cit., p. 359.

partes, etc); b) de documentação (rubricar folhas dos autos, referentes a ato em que haja intervindo, assinar a folha final).

Para finalizar, conclui o autor que os atos do juiz também podem ser classificados conforme a função desempenhada através de cada um deles, em: a) instrutórios; b) ordinatórios; e c) finais (lembrados os poderes de natureza jurisdicional de que é investido o juiz no processo).

6.8. PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Defende o autor que os poderes dos juízes sejam flexibilizados na direção e na condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual.¹⁵⁶

Nessa linha, estabelece um raciocínio examinando a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias.

Entende o autor que é preciso abandonar a idéia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz, desse modo, poderes para flexibilizar os rigores da lei.

Na medida em que concebe o juiz como um dos sujeitos da relação processual entende ser imprescindível que participe ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia, em seu aspecto substancial, não sendo admissível a figura do juiz espectador.¹⁵⁷

Prossegue afirmando que o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos

¹⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. op. cit. p. 107.

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. op. cit. p. 110.

princípios que compõem o devido processo constitucional, em outras palavras, compete ao juiz a direção material e não simplesmente formal do processo.

Pode-se, nesse contexto, traçar um paralelo com a tese pela defesa dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que defende com bastante precisão os poderes do juiz nessa seara.

Para o autor, afasta-se de plano, a idéia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova. Na verdade, defende a idéia de que cabe ao juiz a “liberdade de investigação crítica”, a qual a doutrina costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.¹⁵⁸

Na verdade, para o ilustre autor, não se trata de poder discricionário, uma vez que não cabe ao julgador a escolha de uma prova entre inúmeras outras, mas, sim, verificados os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. Naturalmente, quanto maior a imprecisão da norma, maior será a “liberdade de investigação crítica” do magistrado.

Logo, conclui-se que, para o autor, o conceito da expressão “poderes do juiz” vai muito além daqueles estampados no art. 162 do CPC.

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 148-149.

6.9. PODERES DO JUIZ SEGUNDO FREDIE DIDIER JR.

Em relação aos poderes do magistrado parte o autor dos pressupostos processuais subjetivos, atribuindo ao juiz a investidura de jurisdição. A investidura na função jurisdicional é pressuposto de existência da relação jurídica processual e dos atos jurídicos processuais do juiz (decisões, despachos, colheitas de provas etc.).¹⁵⁹

Adota o autor, a classificação de Leonardo Greco¹⁶⁰: “a) receptícios: a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade. Ex.: notificações, interpelações e protesto; b) probatórios: a atividade judicial limita à produção da prova. Ex.: justificação. Há controvérsia sobre a produção antecipada de prova, se voluntária ou contenciosa. Para Leonardo Greco, dependerá do processo principal a que sirva; c) declaratórios: o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos de extinção de usufruto (art. 1.112, VI, do CPC), da posse em nome do nascituro (arts. 877-878 do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 1.130-1.133 do CPC); d) constitutivos: são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc. Ex.: interdição (art. 1.177-1.186, CPC), emancipação (art. 1.112, I, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 1.112, II, CPC); arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 1.112, III, CPC); locação de coisa comum (art. 1.112, IV, CPC); separação consensual (art. 1.120-1.124,

¹⁵⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v.1, 9ª ed, rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, pp. 210-212.

¹⁶⁰ GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 27-29.

CPC); alvarás para a venda de bens de incapazes (arts. 39 e 1.748 do CC); especialização da hipoteca legal (art. 1.205-1.210, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 198, 204 e 213 da LRP); aprovação do estatuto das fundações (arts. 1.201-1.202 do CPC); divórcio consensual e a conversão não contestada da separação em divórcio; homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 57 da Lei 9.099/95); o arrolamento (arts. 1.031-1.038 do CPC); homologação do penhor legal (arts. 874-876, CPC); opção de nacionalidade (art. 4º da Lei nº 818, de 18.09.1949) e naturalização (arts. 110 a 120 da Lei nº 6.815/80); e) executórios: o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica o mundo exterior. Ex.: alienação de coisas (arts. 1.112, I, IV e V, 1.113-1.119, CPC); administração de coisa comum (art. 1.112, IV, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 1.142-1.158, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 1.159-1.169, CPC); coisas vagas (arts. 1.170-1.176, CPC); f) tutelares: são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instaurar os procedimentos *ex officio*.”

6.10. PODERES DO JUIZ SEGUNDO MOACYR AMARAL SANTOS

Para o autor¹⁶¹ os atos do juiz são decisórios ou são executórios. Nesse sentido, as atividades do juiz, no desenvolvimento da relação jurídica processual de conhecimento, manifestam-se por meio de atos decisórios (despachos, decisões interlocutórias e sentenças), adotando, desse modo, a classificação constante no Código de Processo Civil (art. 162): (i) atos de pronunciamento – sentenças (art. 162, § 1º), decisões interlocutórias (art. 162, § 2º), despachos (art. 162, § 3º) e atos meramente ordinatórios (art. 162, § 4º).

Por outro lado, ressalta o autor que o art. 162 do CPC não esgota todos os atos que podem ser praticados pelo juiz. Na verdade, ao longo de todo o CPC serão encontrados outros atos-poderes inerentes ao magistrado, como por exemplo: ato de presidir audiências (art. 446, I); ouvir testemunhas (art. 410), bem como o ato de ordenar a realização *ex officio* de determinada prova (art. 130), etc.

Sustenta que a admissão de determinada prova, por exemplo, é ato exclusivamente do juiz¹⁶², o qual, atendendo a critérios de oportunidade, necessidade ou conveniência, deferirá ou não sua realização.

Desse modo, pode o juiz durante a condução do processo, praticar inúmeros atos com vistas à solução do litígio. Observe-se que após o saneamento do processo, será designada audiência de instrução e julgamento (concentração da causa), ato esse que será presidido pela figura do julgador e onde serão

¹⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3: 21. ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 3-4.

¹⁶² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2: 23. ed. rev. e atual. op. cit. pp. 284-285.

praticadas inúmeras provas de natureza oral, complementadas por outras, se o caso, proferindo o juiz, ao final, a decisão da causa.

Nesse sentido, classifica o autor que o ato de decidir o processo é um ato *final*, uma vez que põe termo à relação processual, esgotando a função do juiz.¹⁶³ Desse ato podem decorrer dois efeitos, quais sejam: (i) uns põem termo à relação processual, sem resolução do mérito. Apenas dizem respeito ao processo, não à relação de direito substancial posta em juízo, encerrando o processo sem decidir quanto ao pedido. Exemplos: decisões que acolhem as exceções de coisa julgada ou litispendência; que indeferem a inicial por manifestamente inepta; que reconhecem a ilegitimidade de parte ou a falta de pressuposto processual; que extinguem o processo sem a resolução do mérito. Tais são as chamadas sentenças terminativas (art. 267 – CPC) e, (ii) outros são as sentenças no sentido estrito, uma vez que resolvem o mérito, julgando-o procedente ou improcedente. Põem termo à relação processual, mas também à ação. Julgam o mérito decidindo a relação de direito substancial posta em juízo e, pois, em acolher ou repelir o pedido contido na inicial. Tais são as sentenças chamadas definitivas (art. 269 – CPC).

¹⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3: 21. ed. op. cit. p. 6.

6.11. PODERES DO JUIZ SEGUNDO ARRUDA ALVIM

Para o autor o juiz deve ser considerado, num sentido lato da expressão, como um funcionário público.¹⁶⁴ Todavia, suas funções são tantas que o distanciam muito do funcionário público comum e do regime jurídico a que este se submete.

O juiz, em consequência de sua posição, situa-se, na relação processual, acima dos interesses das partes. Assim, comanda o processo baseado na lei, devendo agir com imparcialidade. Nesse sentido, na condução do processo exerce diversos poderes.

Dividem-se os poderes do juiz em poderes jurisdicionais (*lato sensu*, sentenças, decisões interlocutórias – art. 162, §§ 1º e 2º e despachos de não mero expediente (assimiláveis às decisões) e de mero expediente – art. 163, § 3º e art. 504; poderes de polícia – arts. 445 I a III e art. 446; mais especificamente no processo de execução – art. 600.

Os primeiros, desde a formação da relação jurídica processual até a sentença, são atos com o qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não a causa. Os poderes de polícia compreendem os poderes exercidos pelo juiz, não como autoridade julgante, mas simplesmente como autoridade, dado que ao juiz, costumeiramente, são levados problemas oriundos do exercício dos trabalhos forenses (CPC – arts. 445 e 446).

¹⁶⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, v.2: processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. op. cit. pp. 19-20.

6.12. PODERES DO JUIZ SEGUNDO JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

As legislações modernas acentuam o papel do juiz na direção do processo. Continua como regra, a vedação no que diz respeito a pôr em movimento, por iniciativa sua, a máquina judiciária, mas, uma vez instaurado, desenvolve-se o feito por impulso oficial.

Na legislação brasileira, podem ser destacadas importantes manifestações do poder do órgão judicial de dirigir formalmente o processo, em atuação *ex officio*: a possibilidade de determinar a reunião de ações propostas em separado, quando entre elas haja conexão ou continência (art. 105); a de declarar a própria incompetência, quando absoluta, remetendo os autos ao órgão competente (art. 113); a de extinguir o processo sem exame do mérito, ordenando o arquivamento dos autos, se o mesmo ficar paralisado por mais de um ano, por negligência das partes e estas, pessoalmente intimadas, não lhe derem movimento (267, II) etc.

Em matéria de instrução, prevalece a tendência de confiar 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.¹⁶⁵

Para o referido autor, o uso das faculdades instrutórias, inseridas no contexto dos poderes do juiz, em nada tem de incompatível com a preservação de sua imparcialidade. A determinação da realização de uma prova pode, na

¹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

verdade, ajudar o julgador a descobrir qual das partes tem razão. Nesse passo, defende que o juiz deve ter do processo minucioso conhecimento, capaz de habilitá-lo a fundamentar com segurança qualquer decisão que lhe caiba proferir. Ademais, em assim sendo, estará em condições de imprimir ao feito “marcha constante e expedita”¹⁶⁶, conduzindo-o com mãos firmes por entre eventuais escolhas, impedindo ou neutralizando prontamente manobras procrastinatórias requeridas pelas partes, podendo, desse modo, manter pleno domínio da situação, em ordem a evitar desvios de rotas desnecessários.

Por outro lado, defende o autor que não há o que se temer com o avanço dos poderes do juiz na condução e instrução do processo, o que, não significa, absolutamente, o “amesquinamento”¹⁶⁷ do papel das partes. Posiciona-se favoravelmente a colaboração entre um e outras.

Para Barbosa Moreira, é com o atuar mais intenso do julgador que teremos a acentuação de sua responsabilidade, na medida em que poderá responder por eventual omissão praticada no processo e, desse modo, as chances serão maiores para o exato alcance da formação de sua convicção.

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.* op. cit., p. 56.

¹⁶⁷ Expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.* op. cit., p. 50).

6.13. OS PODERES DO JUIZ E AS CLÁUSULAS GERAIS

Ao abordar os poderes do juiz na atualidade, deve-se pelo menos mencionar uma inovação constante no novo Código Civil. Trata-se das cláusulas gerais ou abertas previstas em diversos artigos.

O Código Civil em vigor, a modelo da Constituição Federal de 1988, apresenta uma variedade legislativa característica da segunda metade do século XXI, trazendo em seu texto cláusulas gerais, cuja preocupação não é definir pontualmente os fatos e suas consequências, mas apresentar modelos jurídicos abertos, deixando o julgador, quando da aplicação da norma ao caso concreto, o preenchimento dos termos propositalmente vagos.

As cláusulas gerais prestigiam a função judicial no processo ao alargarem os poderes do julgador, impondo-lhe a complementação ou desenvolvimento da norma jurídica e sua adequação à situação social do momento a ser aplicada, possível em virtude da existência de conceitos vagos e abstratos.

Os seguintes artigos do Código Civil contêm cláusulas gerais. Vejamos:

- Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

- Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

- Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

“Parágrafo Único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

- Art. 1228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

(...)

“Parágrafo Quarto. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

“Parágrafo Quinto. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

O benefício das cláusulas gerais em um ordenamento jurídico é dificultar ou até mesmo impedir o “envelhecimento” da lei, assim como a necessidade de elaborações legislativas a cada problema surgido. Isso em decorrência da flexibilização da norma, propiciada pela sua imprecisão intencional. *“Quanto mais civilizada for uma sociedade, maior será a liberdade do juiz, isto é, menos formal sua legislação”*.¹⁶⁸

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 13.

Ante a proliferação de cláusulas gerais no novo Código Civil, resta clara a adoção por ele da tendência vigente no Direito Processual Civil moderno de conceder maior participação judicial na solução da lide, tornando evidente a importância da função para a distribuição da justiça.

Trata-se, é certo, de uma modalidade de *criação* um tanto diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, *criativas*.¹⁶⁹

O juiz deve-se voltar para a sociedade com vistas à aplicação do direito. Logo, para essa aplicação e, antes disso, fundamental é a captação do fato para posterior aplicação do direito e eventual intervenção no universo probatório.

Conforme posição defendida por Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁰ há “necessidade de inversão da ordem das premissas deste silogismo”, ou seja, a captação do fato é premissa maior e essencial para a identificação da lei a ser aplicada. O tradicional “silogismo jurídico” em que a premissa maior é a lei e a premissa menor é o fato e a conclusão é a subsunção da lei ao fato, deve ser invertido.

Se assim não o fosse, ao menos pelo que nos parece, haveria certa imparcialidade do juiz em prol da solução correta do conflito.

¹⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 109.

¹⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 110.

6.14. CLÁUSULAS GERAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil apresenta também algumas cláusulas gerais que, em razão de sua abstração intencional, precisam ser complementadas pelo julgador, exatamente como ocorre com o Código Civil vigente.

O art. 125, inciso I, do CPC, é um exemplo, pois traz um conceito aberto ao não definir os atos que o juiz deve praticar para assegurar a igualdade de tratamento às partes. Assim, as ações oficiais no sentido de concretizar a isonomia processual acarretam muitas divergências, que servem como verdadeiro estímulo para a não utilização dos poderes judiciais necessários à efetivação do mandamento constitucional (art. 5, *caput*).

A interpretação do dispositivo constitucional acima referido deve ser feita à luz do processo civil contemporâneo, sendo a solução da lide de interesse do Estado e não apenas dos litigantes. Por esse motivo, a participação judicial tem que ser efetiva e não meramente homologatória.

Assim, o juiz, no exercício da jurisdição e como representante do próprio Estado, deverá realizar atos necessários à materialização da isonomia processual, bem como à investigação da verdade dos fatos ocorridos, sendo uma forma para alcançá-las a iniciativa probatória oficial (art. 130, do CPC).

CAPÍTULO 7

PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL

7.1. NATUREZA JURÍDICA DO PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL

A iniciativa instrutória, prevista como regra geral no art. 130 do Código de Processo Civil, é um dever do juiz e não uma faculdade, porque “os poderes que incumbem ao juiz são intrinsecamente deveres, sem os quais não poderia exercer plenamente o comando jurisdicional que o Estado lhe outorgou”.¹⁷¹

Embora o artigo acima citado contenha conceito vago, na medida em que não determina qual a situação em que a atividade probatória de ofício será realizada, não significa haver poder discricionário.

Poder discricionário, conforme já exposto, pressupõe a conveniência e oportunidade como juízos de valor, havendo um leque de opções deixado pela lei à atuação judicial, sendo todas elas válidas. Obviamente isso não ocorre na produção probatória oficial, porque, mesmo com conceitos vagos e indeterminados, há apenas uma única solução possível: o equilíbrio dos litigantes e a busca da verdade.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, há confusão doutrinária entre discricionariedade e interpretação vaga. A discricionariedade baseia-se na conveniência e oportunidade, enquanto a interpretação vaga significa a liberdade na interpretação da norma. Assim, pode-se dizer que o juiz tem poder discricionário de determinar a realização de provas apenas se considerar a existência de conceitos vagos e imprecisos, porque, se considerar discricionariedade como juízo baseado em conveniência e oportunidade, então, o juiz não atua dessa forma.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., p. 233, v. 1.

Muito embora o julgador possa agir com certa liberdade, considerando as circunstâncias do caso concreto, não é discricionário o poder que tem de determinar a realização de provas sem requerimento das partes.

Ao afastar a discricionariedade da iniciativa judicial probatória, o referido poder revela-se um dever judicial com certa dose de liberdade na interpretação da norma, o que não caracteriza conveniência e oportunidade. Ademais, a decisão que determina a realização de provas é devidamente fundamentada, extraindo-se as razões que motivaram a sua determinação.

Admitir a iniciativa probatória oficial como mera faculdade judicial ou até mesmo como poder e não como um poder-dever, como efetivamente o é, ensejaria a prolação de sentenças distorcidas, não baseadas na verdade dos fatos, uma vez que nem sempre as provas trazidas pelas partes são suficientes para demonstrar a verdade ocorrida, seja pela própria falta de interesse delas, seja pela ausência de isonomia processual.

Ao julgar a lide quando há insuficiência probatória, seja pela ausência de provas pela partes ou inação judicial, fatalmente a sentença pronunciará o *non liquet*, caracterizando, assim, a denegação da justiça.

Isso porque, se o juiz não utiliza os poderes instrutórios e simplesmente aplica as regras de ônus da prova (art. 333, do CPC), dará pela improcedência do pedido do autor, em razão da insuficiência probatória, deixando de julgar em função desta mesma ausência ou deficiência, afrontando, assim, o dever judicial de dizer o Direito.

7.2. PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E A BUSCA DA VERDADE

Uma vez investido da função jurisdicional, o magistrado tem o dever de “dizer o direito”, mas apenas dirá bem, realizando a “justiça”, quando a decisão prolatada guardar correlação lógica com os fatos ocorridos.

Todavia, a verdade fática distingue-se, essencialmente, da verdade processual e, em diversas situações, essa distinção traz um abismo entre elas, porque a primeira é absoluta, ao passo que a segunda é relativa.

Não há meia verdade sobre a sucessão dos fatos originadores do conflito, pois a forma como ocorreram é única. Por outro lado, a verdade processual é relativa, originária do conjunto probatório trazido pelas partes, bem como da própria investigação judicial.¹⁷²

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, essa variação existe por algumas razões. Primeiramente, em virtude de o fato principal com que trabalha o órgão judicial sempre ser trazido pelas próprias partes¹⁷³, que têm pontos de vista divergentes sobre o mesmo, considerando analisarem-no por perspectivas diferentes.

Cada um dos litigantes defende um aspecto da “verdade”, porque a enxerga de maneira restrita e particularizada, o que torna a verdade processual relativa.

Outros motivos que ensejam a facção entre a verdade fática e a processual são: (i) o caráter conflituoso do processo; (ii) a dificuldade de o juiz obter a prova dos fatos efetivamente ocorridos e as circunstâncias em que foram

¹⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 145 et seq.

¹⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. op. cit., p. 146.

praticados ante suas limitações materiais; (iii) as restrições legais para admissão de certas provas; e (iv) a superioridade da prova documental sobre as demais.¹⁷⁴

A verdade fática é absoluta, pois corresponde exatamente ao ocorrido. Todavia, não se pode negar o seu caráter ideal, tendo em vista a dificuldade em atingi-lo no processo. Ademais, o julgador nunca saberá com a devida certeza se, de fato, conseguiu alcançá-la, donde se pode concluir pela incerteza da verdade absoluta.

Não restam dúvidas de que se aproximar o quanto possível da verdade fática é fundamental para a justiça da decisão, mas essa aproximação decorre da verdade provável e não propriamente da verdade.

Nesse sentido, é o entendimento de Hermes Zaneti Júnior, ao afirmar a impossibilidade de se atingir à verdade absoluta no processo, sendo possível, no máximo, atingir um juízo de probabilidade ou verdade provável.¹⁷⁵

Segundo Cândido Dinamarco, “como certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da *probabilidade suficiente*”¹⁷⁶. (grifo do autor).

A probabilidade suficiente de Cândido Dinamarco ou juízo de probabilidade ou verdade provável de Hermes Zaneti Júnior significam a busca pela correlação lógica dos fatos narrados pelos litigantes, sendo a avaliação das provas de grande importância, pois o conjunto probatório possibilita a descoberta da certeza da verdade necessária à prolação da decisão mais acertada.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. op. cit., p. 145.

¹⁷⁵ ZANETI Jr., Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, nº. 116, jul./ago 2004, p. 347.

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., v. 1, p. 143.

Em virtude de haver um distanciamento da verdade fática e da verdade processual e considerando que o julgador deve aproximar-se sempre da primeira para a obtenção da verdade provável, torna-se imprescindível o acompanhamento atento da produção probatória.

Mas a ausência de provas, porque o litigante não pode provar ou não conseguiu fazê-lo a contento, dificulta o trabalho judicial, já que a deficiência pode decorrer da falta de isonomia processual, impedindo os litigantes de terem “paridade de armas” para comprovar suas alegações, refletindo diretamente no resultado probatório e, conseqüentemente, no julgamento.

Para possibilitar a prolação de sentenças fundamentadas na verdade provável, preocupação constante do juiz comprometido com a justiça da decisão, faz-se essencial a utilização do poder oficial na produção probatória, cujo intuito não é auxiliar uma ou outra parte, mas apenas buscar a verdade e, assim, formar o convencimento seguro.

Ademais, a atividade instrutória do magistrado exercida com o intuito de investigar os fatos ocorridos é importante, porque, ainda que autor e réu estiverem comprometidos em dizer a verdade, é natural haver pelo menos duas versões dela, posto existirem percepções diversas sobre a mesma questão.

Cabe ao julgador a busca da verdade provável, sendo que a “investigação probatória pode redobrar na medida em que procure chegar mais perto da realidade fática, com reflexo imediato na atividade exercida pelo órgão judicial”.¹⁷⁷

A respeito da importância da investigação dos fatos pelo juiz, José Carlos Barbosa Moreira sustenta:

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., v. 1, p. 145.

“[...] julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial e, nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si só a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório”.¹⁷⁸

O ativismo judicial na fase probatória, conforme chamado por Cândido Rangel Dinamarco,¹⁷⁹ visa a conceder tratamento processual isonômico previsto do Código de Processo Civil, uma vez que os litigantes poderão provar as alegações feitas e com o esclarecimento dos fatos, a sentença será justa, fundamentada na verdade.

Para José Carlos Barbosa Moreira¹⁸⁰ a verdade é uma só e interessa e deve ser perseguida em qualquer esfera do processo:

“[...] Dizer que o processo penal persegue a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada "verdade formal", é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar - na área civil e na penal - à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade (v. g., a credibilidade do sigilo profissional:

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.* op. cit., p. 47.

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* op. cit., p. 134.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas.* Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5138.htm>. Acesso em: 30-05-2010.

vide o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406, n.º II, do Código de Processo Civil.) [...]”.

Por outro lado, José Carlos Barbosa Moreira¹⁸¹, questiona-se acerca dos rumos do processo penal e do processo civil na atualidade (se estes estão na mão ou não contramão), observa que, a despeito do processo civil ter como conteúdo, via de regra, uma relação jurídica disponível (Direito Privado) e o processo penal uma relação jurídica indisponível (Direito Público), o primeiro está a publicizar-se cada vez mais (ampliação do poderes instrutórios do juiz), enquanto o segundo está, em certa medida, a privatizar-se (redução dos poderes instrutórios do juiz), tornando-se, assim, irrelevante a distinção entre verdade real e verdade formal.

Disso tudo, ressalte-se que, apesar dos diversos posicionamentos, a atividade jurisdicional, devido ao seu escopo jurídico, político e social, não pode ser reduzida à única finalidade de perquirir, a todo custo, uma verdade real ou relativa, como se uma verdade (relativa) fosse menos verdadeira que a outra (absoluta). O que se busca, seja qual for o processo, é que, desde que sejam respeitadas as garantias constitucionais processuais (ampla defesa, contraditório, etc), se proceda ao “melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, que é pressuposto para uma boa decisão”.¹⁸²

Para Barbosa Moreira, se considerarmos que a verdade não pode ser alcançada em relação a qualquer fato, sendo inatingível pela própria condição humana, não existindo alcance da verdade no processo, haverá, para ele, o

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e processo penal: mão e contramão? Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 23.

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e processo penal: mão e contramão? Temas de direito processual (sétima série)*. op. cit., p. 18.

enfraquecimento da instrução probatória e, conseqüentemente, a desvalorização da prova.¹⁸³

Daí, a extrema importância do juiz, ao analisar o caso concreto, não está limitado às provas trazidas pelas partes, embora fique restrito aos fatos mencionados por elas no processo (art. 128, do CPC).

A utilização ainda tímida da atividade probatória oficial, em flagrante culto à tradição do juiz passivo, contraria o dever social assumido pelo magistrado na investidura, porque a sua ausência origina julgamentos sem a prévia e completa compreensão dos fatos, absolutamente necessária à prolação do *decisum*.¹⁸⁴

A aproximação à verdade fática é objetivo de todo o julgador comprometido, porque a verdade processual trazida pelos litigantes pode distanciar-se muito da forma como os fatos sucederam. E na busca pela verdade fática, o julgador obtém a verdade provável, o que é possível em virtude do conjunto probatório produzido no processo, tanto pelos litigantes, de forma espontânea, como por determinação judicial.

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e processo penal: mão e contramão? Temas de direito processual (sétima série)*. op. cit., p. 206.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 363.

7.3. PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E INICIATIVA DAS PARTES

A ampliação e a utilização efetiva dos poderes instrutórios do juiz acarretam discussões em virtude da tradição vigente por décadas, de que o desenvolvimento do processo era incumbência exclusiva das partes, reservando-se ao julgador o papel de observador distante e indiferente do litígio.

Parte da doutrina pátria ainda reticente quanto à participação judicial na instrução sustenta, em síntese, ser o exercício da referida atividade incompatível com a inércia da tutela jurisdicional prevista nos arts. 2º e 262, ambos do CPC.

Discordo, particularmente, dessa afirmação, porque a produção probatória oficial está de acordo com o ordenamento jurídico em vigor e, por esse motivo, tirar sua utilização pelo juiz não fere a iniciativa das partes, considerando o processo somente se iniciar por provocação dos interessados, e apenas após a sua instauração desenvolver-se por impulso oficial.

Os arts. 2º e 262 do CPC impõem ao juiz o dever de permanecer inicialmente inerte, mas não obstam os atos judiciais impulsionadores do processo, dentre eles a iniciativa probatória de ofício.

Veda-se o exercício espontâneo da jurisdição, mas uma vez requerida sua instauração pelas partes, é dever do juiz praticar os atos necessários ao desenvolvimento do processo.

Nesse sentido, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, ao sustentar que o processo civil começa pela iniciativa das partes, mas se

desenvolve por impulso oficial, referindo-se os arts. 125 e 130 do CPC à direção do processo pelo agente do Poder Judiciário, no caso, o juiz, e não as partes.¹⁸⁵

Não se afirma que o magistrado, de ofício, deva praticar ato pertinente aos próprios interessados (iniciar o processo), pois isso afrontaria a inércia da jurisdição. Todavia, uma vez que os interessados requerem a prestação jurisdicional provocando a atuação do Estado-Juiz deverá o magistrado assumir a direção do processo, de modo a fazer dele um verdadeiro instrumento de realização dos fins visados pela própria ordem jurídica, com vistas à humanização do processo e a pacificação social (efetividade do processo).¹⁸⁶

A participação ativa do julgador não dispensa a atividade probatória dos litigantes, uma vez que a crescente tendência de publicização do processo não significa o exercício espontâneo da jurisdição ou a substituição da iniciativa probatória das partes pelo juiz.¹⁸⁷ Visa, apenas, à concessão de tratamentos paritários aos litigantes, à formação de convicção judicial acerca do caso e, bem assim, à rápida e eficaz solução do litígio.

Nesse sentido, é o entendimento de Carlos Aurélio Mota de Souza:

“Sempre que oportuno e necessário, deve o juiz agir independentemente de provocação das partes, conduzindo ativamente o processo, para sua economia e celeridade, escoimando-o de irregularidades prejudiciais, prevenindo negligências procrastinadoras e reprimindo atuações ilegítimas”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. op. cit., p. 132.

¹⁸⁶ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. op. cit. pp. 2-3.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 352.

¹⁸⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. op. cit., p. 87.

Os poderes instrutórios oficiais utilizados para apuração da verdade dos fatos e compreensão do ocorrido não são excludentes e nem concorrentes da atividade probatória das partes, pois o ônus probante é incumbência delas. Tampouco são complementares, na medida em que o julgador não colabora com os litigantes, mas busca autonomamente a verdade processual para a solução da demanda, verdade esta obtida pelo entendimento global da situação objeto do conflito, e não parcial, como ocorre com os litigantes.

A respeito da atividade instrutória judicial e da iniciativa das partes no processo, José Carlos Barbosa Moreira afirma que *“deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais ‘ousada’ que se mostre, tornará indispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes”*.¹⁸⁹

Assim, não se trata de diminuição do papel das partes nem de competição entre estas e o julgador para ver quem tem participação mais ativa no feito. Nesse sentido:

“[...] cercear-se a iniciativa das partes para deixar tudo, ou quase tudo, por conta do juiz. O lema não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele: apenas pode ser o da colaboração entre um e outras.”¹⁹⁰

¹⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano X, n. 37, jan./mar. 1985, p. 148, *apud* Luciana Amicucci Campanelli. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. op. cit., p. 92.

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. op. cit. p. 50.

O poder instrutório oficial não afeta a liberdade dos litigantes de provar suas alegações, porque, se o direito versado for disponível, independentemente da atuação judicial na fase probatória e dos resultados que dela surgirão, os litigantes podem, a qualquer tempo e de acordo com suas vontades, utilizar os meios previstos na legislação para resolver a contenda apresentada, como renunciar, transigir ou dispor.¹⁹¹

Por outro lado, em caso de direitos indisponíveis, com muito mais razão deve o Estado, por intermédio do juiz, intervir de forma a assegurar o desempenho da função jurisdicional adequada, alcançando a paz social com a aplicação das normas de maneira correta, o que seria obstado com a ausência de isonomia entre os litigantes. Por essa razão, a liberdade deles não pode funcionar como um empecilho à atividade probatória do magistrado.

Apenas o posicionamento mais ativo do julgador atende às expectativas e necessidades dos jurisdicionados e, por isso, deve ser utilizado.

¹⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., p. 138.

7.4. PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL E ÔNUS PROBATÓRIO

A determinação judicial de ofício para produção de provas (art. 130 do CPC) não fere a regra geral de distribuição do ônus probatório prevista no art. 333 do referido código, incumbindo ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (inciso II).

O magistrado, ao detectar a ausência ou insuficiência de provas sobre determinado fato, deverá aplicar o resultado desfavorável contra aquele que tinha o ônus probante e dele não se desincumbiu (art. 333 do CPC), o que ocorrerá somente quando da prolação da sentença e não no decorrer do processo.

Para João Batista Lopes, por ocasião da produção da prova,

“[...] o juiz não se preocupa com a questão do respectivo ônus, isto é, não diz a quem incumbe a demonstração das alegações, tema que só será objeto de indagação por ocasião do julgamento”.¹⁹²

No entanto, o julgador consciente de seus deveres e de sua função social não se contenta em aplicar, ao caso concreto, a regra do art. 333 do CPC, quando por ausência probatória não tiver seguramente formado sua convicção.

Se as partes não produzirem nos autos as provas suficientes para o julgamento, deverá o magistrado, de ofício, determinar a realização daquelas que

¹⁹² LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

considerar necessárias, porque, em caso contrário, a busca da verdade cederia lugar ao mero tecnicismo, um verdadeiro contra-senso.

Nesse sentido é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira que afirma constituir um drama para o juiz escrupuloso, empenhado em decidir de forma correta, a mera utilização forçada da regra inserta no aludido art. 333.¹⁹³

Assim, se um litigante não se desincumbir do ônus que lhe recai, não será automaticamente prejudicado por isso, porque, ao decidir o litígio, o julgador analisará todos os elementos trazidos, podendo um fato ser provado por providências da parte contrária, já que as provas são do processo e não das partes individualmente.

É aconselhável que autor e réu façam prova e contraprova de todas as questões controversas, não importando sobre quem recaia o ônus probante, de modo a evitar futuro julgamento desfavorável. O mesmo ocorre quando o juiz determinar a realização de alguma diligência, pois o importante é o resultado dela e não apenas quem deveria realizá-la e não o fez.

Corroborando a afirmação de ser o art. 333 do CPC regra de julgamento, afirma João Batista Lopes:

“É orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente.

Diante disso, somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra prevista da inversão do ônus da prova”.¹⁹⁴

¹⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, ano XLVI, n. 250, ago. 1998, p. 8, *apud* Luciana Amicucci Campanelli. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. op. cit., p. 93.

¹⁹⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. op. cit., p. 51.

Dessa forma, admitindo que o ônus probatório constitui regra de julgamento e, portanto, reveste importância apenas no momento da sentença, uma vez não havendo nos autos provas suficientes dos fatos alegados e, por essa razão, determinando o julgador a realização de outras provas (art. 130 do CPC), não haverá qualquer conflito entre o poder instrutório oficial e o ônus probatório disposto no art. 333, porque são utilizáveis em momentos processuais diversos e para razões diferentes.

Cândido Rangel Dinamarco, ao prelecionar a respeito da produção e do ônus probatório, deixa claros os momentos de aplicação de cada um dos artigos acima mencionados. Senão vejamos:

“Quando as dificuldades residirem no campo dos fatos e a realidade histórica dos acontecimentos relevantes para o julgamento permanecer obscura mesmo depois de exauridas todas as possibilidades probatórias, o juiz decidirá segundo a regra de julgamento inerente à disciplina do ônus da prova (art. 333), dando por inexistente o fato não comprovado (*allegatio et non probatio quase non allegatio*)”.¹⁹⁵

Ademais, a iniciativa probatória oficial prevista no art. 130 do CPC não é, de forma alguma, limitada pelo ônus da prova previsto no art. 333, pois se reitera a incidência dos mesmos em momentos processuais diversos.

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. op. cit., p. 230.

7.5. LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO OFICIAL

Embora o julgador tenha liberdade na apreciação das provas, por outro lado, seu poder decisório pauta-se em alguns parâmetros legais, motivo pelo qual não deve prosperar a argumentação de que é temerosa a concessão de poderes instrutórios oficiais por supostamente ensejar arbitrariedades.

Para Cândido Rangel Dinamarco, *“se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade”*.¹⁹⁶

A atividade judicial em questão encontra limites no próprio ordenamento jurídico em vigor, porque, ao lado da persuasão racional do juiz, está a obrigatoriedade de fundamentação das decisões (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, arts. 131, 458, inciso II e 165, todos do CPC).¹⁹⁷

A motivação da decisão permite constatar os motivos pelos quais foi proferida, bem como a linha de raciocínio utilizada e os motivos formadores do convencimento do magistrado.

Para Vicente Miranda, os motivos que embasam o convencimento do juiz são a radiografia do trabalho de valoração das provas.¹⁹⁸

A respeito da vinculação no sistema jurídico brasileiro entre a livre apreciação da prova pelo juiz e a necessidade de fundamentar as decisões, Vicente Greco Filho afirma que:

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 244.

¹⁹⁷ Sobre a fundamentação das decisões como limitação aos poderes instrutórios do juiz: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. op. cit., pp. 154-157.

¹⁹⁸ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 221.

“O sistema adotado pelo Código é intermediário porque admite a livre apreciação da prova, mas vincula essa apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados pela parte e, ademais, exige a indicação na sentença dos motivos racionais que formaram o convencimento do juiz. Daí o nome de sistema da persuasão racional. Esta fórmula de apreciação probatória apresenta a dupla vantagem de permitir que o juiz extraia as sutilezas dos meios probantes apresentados, com liberdade de interpretação, e, ao mesmo tempo, o obriga, justificando o seu convencimento, a apresentar uma solução lógica para o problema probatório, evitando, assim, o arbítrio ou uma solução potestativa”.¹⁹⁹

Depreende-se da própria fundamentação a imparcialidade do julgador ou a ausência dela, configurando uma limitação aos poderes instrutórios oficiais e, ao mesmo tempo, uma garantia aos litigantes e aos próprios jurisdicionados.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a obrigatoriedade da motivação das decisões consiste em dois aspectos principais:

“A garantia compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individuação das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes conseqüências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade”.²⁰⁰

¹⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª ed., v.1, São Paulo. Saraiva, 2000, p. 228.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. op. cit., p. 88.

É importante observar o espírito contido na determinação constitucional e infraconstitucional processual quanto à fundamentação das decisões, já que não basta exigir do julgador a exposição aprofundada dos motivos ensejadores do *decisum*, em atendimento meramente formal ao dispositivo legal.

O magistrado, ao decidir o litígio, está sujeito às determinações legais, pois não lhe cabe a função legislativa, sendo defeso estabelecer posicionamento personalíssimo, decorrente de meras opções políticas, religiosas, preferências ou preconceitos.²⁰¹

Uma vez agindo fora dos ditames legais, seja inovando o direito por conta própria, *contra legem*, ou fora dos parâmetros permitidos, sua decisão carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade, demonstrando que os poderes instrutórios esbarram em limites pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente.²⁰²

No mesmo sentido posiciona-se Cassio Scarpinella Bueno, para ele o controle ao poder discricionário do juiz se faz presente no próprio instrumental do Código de Processo Civil (arts. 134 e 135 – impedimento e suspeição do juiz), diretrizes, por sua vez, que se relacionam com as vedações constantes do parágrafo único do art. 95 da CF/88. Em seu entendimento “o magistrado é imparcial porque ele não tem (e não pode ter) nenhum interesse direto, pessoal, na demanda que julga”.²⁰³

²⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 362.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 244.

²⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., pp. 150-151.

Compreende o magistrado como um *terceiro* integrante do “modelo constitucional do processo civil”²⁰⁴, o que, não pressupõe neutralidade no ato de interpretar, bem como na condução e determinação das provas. Na verdade, toda a construção acerca dos limites ao poder instrutório é feita com relação ao princípio do juiz natural.

Na mesma esteira manifesta-se Sidnei Amendoeira Jr.²⁰⁵, uma vez que considera inegável o paralelo existente entre o processo e o regime constitucional onde se desenvolve. Para ele, não basta garantir às partes apenas o acesso ao Judiciário, mas é fundamental dar-lhes condições suficientes para que possam sustentar suas razões e produzir as provas necessárias, igualmente e perante juiz natural.

Outra hipótese refere-se à observância obrigatória dos termos em que a ação foi proposta (pedido e causa de pedir), sendo proibido ao juiz conhecer questões não suscitadas pelos litigantes, a respeito das quais as partes têm a iniciativa (arts. 128 e 460, do CPC).

Tanto a motivação das decisões quanto a garantia do contraditório tornam a atuação judicial de certa maneira restrita, não havendo, portanto, qualquer prejuízo aos jurisdicionados e ao exercício efetivo dos poderes probatórios oficiais.

A referida atuação judicial também encontra limitações em artigos do Código de Processo Civil que colocam à disposição das partes mecanismos para afastar do processo julgadores que, eventualmente, não tenham condições de

²⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 4. ed. rev. e atual. op. cit., p. 151.

²⁰⁵ AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. op. cit., pp. 62-63.

decidir sem favoritismos, assim como hipóteses objetivas em que, mesmo sem provocação dos litigantes, o julgador tem o dever de abster-se de decidir a causa, pois em tese não tem condições de fazê-lo imparcialmente (arts. 134 a 138, do CPC).

Ocorrendo ausência da imparcialidade do julgador, caracteriza-se o abuso no exercício da atividade jurisdicional, dispondo a parte prejudicada de meios legais para defesa de seus interesses, como a ação competente para obtenção da reparação de eventuais danos sofridos.

A busca da verdade serve de fundamento à utilização dos poderes probatórios judiciais e, ao mesmo tempo, configura um limite a ela, porque somente as provas indispensáveis à averiguação dos acontecimentos poderão ser determinadas, vedando-se medidas tendentes a prejudicar um litigante ou outro, bem como as procrastinadoras do feito ou, ainda, aquelas que não contribuem diretamente à descoberta da verdade.

A atividade probatória oficial, apesar de prevista no Código de Processo Civil, ainda é pouco utilizada pelo Direito brasileiro, ora em razão das inúmeras críticas feitas ao julgador que a exercita, sobre o qual recai muitas vezes a pecha de imparcial, ora porque a sua efetivação demanda tempo para o aprofundado estudo do caso, elemento raro disposto ao julgador.

A concepção tradicional do Direito Processual Civil precisa de reformulações, de modo a reconhecer a importância da atuação ativa do magistrado na produção probatória para realização e entrega da prestação jurisdicional, tanto para concretizar a isonomia entre os litigantes como para propiciar a busca da verdade dos fatos ocorridos, sendo o assunto de interesse de todos os jurisdicionados utilizadores em potencial do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

CONCLUSÃO

As considerações finais são resultado das deduções obtidas após as pesquisas realizadas, cujo intuito é demonstrar a importância dos poderes instrutórios do juiz, em especial, o estampado no art. 130 do CPC, para a concretização do princípio isonômico e descobrimento da verdade dos fatos.

Nesse sentido, passo a sintetizar o quanto exposto apresentando a conclusão da seguinte forma:

1. A determinação oficial das provas tipifica o aumento do poder judicial, imprescindível à incidência do princípio isonômico entre as partes, pois a desigualdade pode deflagrar a insuficiência probatória ante o desnível econômico, cultural, social ou técnico, fazendo com que os litigantes não tenham “paridade de armas” para comprovar as alegações feitas, gerando, assim, decisões distorcidas.

2. A produção probatória oficial viabiliza também a busca da verdade dos acontecimentos, feita com base na correlação lógica dos fatos narrados pelas partes.

3. A fim de assegurar a isonomia processual e descobrir a verdade dos fatos trazida pelos litigantes, o juiz tem que utilizar os poderes instrutórios oficiais concedidos pelo ordenamento jurídico. Na verdade, esta não é uma faculdade ou meramente um poder judicial, mas um dever, porque os referidos atos não são praticados por mera permissão legal, mas por imposição.

4. O cumprimento judicial do dever imposto pela legislação acarreta inúmeras críticas, decorrentes da presença marcante do processo civil dispositivo clássico, em que cabe às partes buscar as provas necessárias à comprovação

das suas alegações e trazê-las ao processo, enquanto, ao juiz, cumpre apenas recebê-las e analisá-las, julgando a lide de acordo com sua convicção.

5. Em decorrência da mencionada publicização do processo, o princípio dispositivo também sofre adaptações. Embora as partes decidam sobre a conveniência de instaurar a demanda (art. 2º do CPC), determinam os limites da lide (art. 128 do CPC) e dispõem livremente dos direitos objetos da controvérsia, não detêm mais a produção probatória com exclusividade.

6. Isso em razão de o juiz possuir poder investigativo para busca da verdade, não ficando a mercê do conjunto probatório trazido pelas partes, que nem sempre se mostra suficiente para esclarecer os fatos e formar o convencimento para decidir.

7. Assim, o poder probatório de ofício mitigou o princípio dispositivo, que deve estar comprometido com a entrega da prestação jurisdicional justa e não, necessariamente, com a inércia judicial.

8. A doutrina aceita com tranquilidade a produção oficial de provas quando há em litígio direitos indisponíveis. No entanto, ao tratar-se de direitos disponíveis, o posicionamento é oposto, considerando a natureza dos aludidos direitos.

9. Entende-se que, nas ações em que litigam direitos disponíveis, o juiz deverá agir ativamente, porque a iniciativa de provas com o intuito de buscar a verdade está em consonância com o ordenamento jurídico, o qual dispõe que ninguém se exime de colaborar para o descobrimento da verdade (art. 339 do CPC).

10. Há inúmeras classificações dos poderes judiciais, cada uma considerando um aspecto e finalidade deles. No entanto, afirma-se que as

classificações são menos importantes do que a compreensão da função de comando exercida pelo juiz no processo, cujos atos devem sempre se pautar em condutas éticas e morais.

11. Dentre todos os poderes judiciais concedidos pela legislação, independentemente da classificação ou do critério utilizados, destaca-se o poder instrutório, que propicia o surgimento da verdade dos fatos ocorridos e, conseqüentemente, possibilita o julgamento seguro, resultado da investigação e não de meras suposições. A iniciativa probatória também viabiliza a incidência da isonomia entre os litigantes, atenuando, assim, as desigualdades existentes que possam comprometer a realização das provas.

12. Como o julgador pode e deve indeferir as diligências requeridas pelas partes quando forem inúteis ou meramente protelatórias, também pode e deve determinar as provas necessárias à instrução do feito, mesmo sem requerimento delas. Ao realizar qualquer desses atos, não estará inovando ou criando o direito, mas apenas cumprindo a imposição estabelecida pelo artigo 130 do Código de Processo Civil.

13. Conclui-se, portanto, não temerária a utilização dos poderes instrutórios oficiais previstos na legislação processual civil, porque há limites ao seu exercício, que garantem a independência, autonomia e imparcialidade do Poder Judiciário, sendo o princípio isonômico e a verdade expressões diretas da prestação jurisdicional justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, v.2: processo de conhecimento*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. _____. 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v.1, 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Progresso, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CHIOVENDA, Guisepe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.1: As relações processuais/A relação processual ordinária de cognição.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios gerais no processo civil: princípios fundamentais e princípios informativos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v.1, 9ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

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

_____. _____. 11. ed. - São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v.1, São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. - 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v.1, 15ª ed. São Paulo. Saraiva, 2000.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário da língua portuguesa Houaiss. Elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de dados da Língua Portuguesa S/C Ltda*. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v.1, 9ª ed. Campinas: Editora Millennium, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 1ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 2000.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico: português-inglês/inglês-português*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2006.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (primeira série). As bases do direito processual civil*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1988.

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

_____. _____. *Alguns problemas atuais da prova civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Processo civil e processo penal: mão e contramão? Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado. 4ª ed. rev., ampl. e atual. até 20 de maio de 2006.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil. 2ª ed.* São Paulo. Editora Saraiva, 2003.

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

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno.* São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 2.* 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos – São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 3.* 21. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos – São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil. v. 1, 4ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz. 4ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo de conhecimento*. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, nº 116, jul./ago. 20 04.