Caio Liu Lopes

LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Dr. José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014

Caio Liu Lopes

LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lopes, Caio Liu
L 851L Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil / Caio Liu Lopes. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014.
209 f.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Processual Civil, 2014.

1. Processo civil. 2. Cognição. 3. Verdade. 4. Julgamento. 5. Prova (Processo civil). 6. Juízes de direito. 7. Ônus da prova I.Puoli, José Carlos Baptista. II. Título.

CDU

RESUMO

Caio Liu Lopes. Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil. 2014. 209 folhas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

O presente estudo pretende identificar os limites à iniciativa probatória do juiz, partindo da análise de aspectos relacionados à estruturação do processo, cognição, persecução da verdade e provas, para, posteriormente, proceder à indicação dos limites específicos que devem ser observados pelo julgador quando da determinação de produção de provas sem o requerimento da parte. Com isso, pretende-se examinar a iniciativa probatória de ofício sob a perspectiva das restrições impostas pela sistemática processual à atuação do juiz, de modo a se realizar uma classificação dos limites em função de diferentes critérios, dentre os quais se enquadra a possibilidade ou não de serem relativizados, e as consequências advindas do seu desrespeito, por parte do julgador.

ABSTRACT

Caio Liu Lopes. Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil. 2014. 209 pages. Master Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

This study intends to identify the limits of the judge's probative initiative, based on the analysis of certain aspects of proceeding, cognition, pursuit of truth and evidence, in order to point the specific limitations that must be obeyed, whenever he decides to look for evidences that were not required by parties. Thus, the present paper aims at examining the judges's probative initiative from the perspective of the restrictions that emerge from the procedural system, so as to sort them, among other criteria, by their aptitude of being or not surpassed by the judge's decisions. Finally, this paper tries to analyze the consequences of the disrespect of such limits.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para que esta dissertação fosse possível. Inicialmente, aos meus pais, por tudo. Aos amigos e colegas que, ao longo da jornada, deram o suporte necessário para que a caminhada fosse menos árdua, mencionando, por todos, Natalia Molina, Lia Carolina Baptista Cintra, João Naves da Fonseca, Vilson Bertelli, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Fernando Cais, Juliana Piolla e Thaís Bechelli Camargo.

Fica o registro do agradecimento aos meus professores da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Professora Patricia Caldeira, Professor Rodrigo Gago Vale Freitas Barbosa, Professor Ruy Coppola Júnior e, em especial, à Professora Elizabeth De Gennari.

Como não poderia deixar de ser, fica também a gratidão àqueles que me acolheram na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, agradecendo o Professor Titular José Roberto dos Santos Bedaque, pelos valiosos ensinamentos, e ao meu orientador, Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli, pessoa sem a qual seria impossível traduzir em palavras as ideias que deram origem a este trabalho.

Aos meus pais,
por tudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

CAPÍTULO I – ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E COGNIÇÃO.....17

1. ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO.....17

1.1. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL.....17

1.1.1. A CRISE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....18

1.2. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....20

1.2.1. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO.....20

1.3. PROCESSO.....22

1.3.1. OBJETO DO PROCESSO.....24

2. COGNIÇÃO.....25

2.1. CONCEITO DE COGNIÇÃO.....26

2.2. OBJETO COGNOSCÍVEL NO PROCESSO.....28

2.3. SUJEITO COGNOSCENTE NO PROCESSO.....31

3. ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E COGNIÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA PERSECUÇÃO DA VERDADE.....33

CAPÍTULO II - A PERSECUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL ….....37

1. PROBLEMÁTICA.....38

1.1. OS DIFERENTES CONCEITOS SOBRE A VERDADE E SEU CRITÉRIO EM JUÍZO.....38

1.2. A CONDUTA DAS PARTES COMO ÓBICE À DESCOBERTA DA VERDADE.....42

1.3. DEMONSTRAÇÃO DA VERDADE EM JUÍZO: POSSIBILIDADE?.....43

2. A IMPORTÂNCIA DA PERSECUÇÃO DA VERDADE.....45

2.1. VERDADE E O ARGUMENTO DO PODER.....45
2.2. VERDADE E LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....47
2.3. VERDADE E APLICAÇÃO DO DIREITO.....50
2.4. VERDADE E PACIFICAÇÃO SOCIAL.....52
2.5. VERDADE COMO VALOR PROCESSUAL A SER BUSCADO.....53

3. VERDADE E JULGAMENTO.....59

3.1. VERDADE E JULGAMENTO – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....59
3.2. CRITÉRIO DA VERDADE E JULGAMENTO.....60
3.3. O CRITÉRIO DA VERDADE E SUA PERSECUÇÃO: PERSPECTIVA DO SISTEMA PROCESSUAL.....61
3.3.1. PERSECUÇÃO DA VERDADE NNO PROCESSO CIVIL: A IMPORTÂNCIA DA PROVA.....65

4. CONCLUSÃO PARCIAL – ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E PERSECUAÇÃO DA VERDADE NA PERSPECTIVA DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....66

CAPÍTULO III – A PROVA NO PROCESSO CIVIL.....69

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA.....70

1.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....70
1.2. CONCEITO E OBJETO DE PROVA.....74
1.3. FONTES E MEIOS DE PROVA.....77
1.4. ÔNUS DA PROVA.....79
1.5. PROVAS NECESSÁRIAS E MEIOS DE PROVA EXIGIDOS EM LEI.....84

2. INTEGRAÇÃO DA PROVA AO PROCESSO.....86

2.1. MOMENTOS DA PROVA.....86
2.2. ADMISSIBILIDADE.....88
2.2.1. LICITUDE.....91
2.2.2. ARTIGO 332 DO CPC.....93
2.2.3. ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL.....94
2.3. RELEVÂNCIA DA PROVA.....96
2.4. INTEGRAÇÃO DA PROVA AO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL: A PERSPECTIVA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS.....100

CAPÍTULO IV – PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....102

1. OS PODERES DO JUIZ.....103

1.1. NOÇÃO DE PODER-DEVER.....103
1.2. PODERES DO JUIZ E PODERES INSTRUTÓRIOS.....105
1.3. PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....107

2. ATIVISMO JUDICIAL E PODERES INSTRUTÓRIOS.....108

2.1. ATIVISMO JUDICIAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....109
2.2. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E PODERES INSTRUTÓRIOS.....111
2.2.1. A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO.....111
2.2.2. O PAPEL DA TÉCNICA PROCESSUAL.....113
2.3.2. PODERES INSTRUTÓRIOS E GARANTISMO: INCOMPATIBILIDADE?.....114
2.3.3. PODERES INSTRUTÓRIOS E GARANTISMO: A LIMITAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS COMO LEGITIMADORA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO.....117

3. A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....119

3.1. ASPECTOS LEGISLATIVOS.....120
3.2. CONJUNTURAS PROCESSUAIS E A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....121
3.3. CRITÉRIOS NORTEADORES DA INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....123
3.3.1. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS.....123
3.3.2. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS PRODUZIDAS.....124
3.3.3. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA.....125
3.3.4. URGÊNCIA NA PRODUÇÃO DA PROVA.....125
3.3.5. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA.....126
3.4. A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS COM OS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....127

CAPÍTULO V – LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL.....129

1. FUNDAMENTOS DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....129

2. A NOÇÃO DE LIMITE À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....133

3. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....135

3.1. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DA EVIDÊNCIA NORMATIVA.....136
3.2. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DO GRAU DE OBSERVÂNCIA.....137
3.3. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DO GRAU DE ESPECIFICIDADE.....138
3.4. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DA EXCLUSIVIDADE.....139

4. LIMITES EM ESPÉCIE À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....140

4.1. IGUALDADE DE PARTES.....141
4.2. IMPARCIALIDADE.....143
4.3. ADSTRIÇÃO AO OBJETO DE PROVA.....145
4.4. PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....146
4.5. ÔNUS DA PROVA.....149
4.6. REVELIA.....151
4.7. RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO PARA AS PARTES.....153
4.8. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....156

5. RELATIVIZAÇÃO E DESOBEDIÊNCIA AOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....159

CAPÍTULO VI – LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....165

1. PODERES DO JUIZ NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....166

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....166
1.2. OS PODERES DO JUIZ.....167
1.3. ANÁLISE CRÍTICA.....169

2. INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....173

2.1. ENCARGO FINANCEIRO DA PROVA DETERMINADA DE OFÍCIO.....174
2.2. ÔNUS DA PROVA, PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....175
2.2.1. ÔNUS DA PROVA E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO.....176

2.2.2. ÔNUS DA PROVA E PODERES INSTRUTÓRIOS.....177
2.3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E PODERES INSTRUTÓRIOS....179
2.4. PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO.....181
2.5. A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NA SISTEMÁTICA DO NOVO CPC.....183

3. LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....185

CONCLUSÃO.....189

BIBLIOGRAFIA.....194

INTRODUÇÃO

O estudo dos limites à iniciativa probatória de ofício diz respeito ao exame das restrições às quais o juiz deve se submeter, quando determina a produção de provas sem que exista prévio requerimento da parte. Todavia, para que referidos limites sejam identificados e tenham seus conteúdos jurídicos definidos, faz-se necessário o exame da temática à luz da instrumentalidade do processo, sendo imprescindível, para tanto, o enfrentamento de temas afeitos à estruturação do processo, cognição, persecução da verdade e prova.

Isso porque as restrições impostas aos poderes-deveres do julgador derivam, dentre outros, do caráter instrumental do qual o processo[1] é dotado, em função da consecução dos escopos da jurisdição[2], sendo certo que as situações que implicam utilização de poderes em desconformidade a tais ditames deve ser objeto de tratamento pelo ordenamento jurídico.

Partindo-se de tais premissas, a mera enumeração dos limites em espécie à iniciativa probatória de ofício não atende aos fins aos quais se presta este trabalho, porquanto a compreensão deste poder instrutório, dentro da sistemática processual, demanda o enfrentamento de temas afeitos à relação existente entre a iniciativa probatória de ofício, a cognição, a verdade e a prova. Vale dizer, mediante tal análise, pretende-se proceder à evidenciação de limites[3] que, apesar de aplicáveis ao julgador, não são devidamente examinados no contexto das restrições aplicáveis à iniciativa probatória de ofício.

---

1 Nesse sentido, Samuel Meira Brasil Junior, In "*Justiça, direito e processo. Extensão e limites do direito processual de resultados justos*", p. 39, afirma que "não se admite, na moderna ciência processual, insistir em conceitos processuais distanciados do direito material, como se o processo fosse um fim em si mesmo, e não um instrumento para a realização do direito substancial. Portanto, o sistema jurídico processual deve valorizar os resultados que o processo pode produzir, sempre que possível outorgando um maior grau de utilidade a quem tem o direito substancial por realizar".

2 O desempenho de diferentes tarefas agrega complexidade à atuação do julgador, de modo que sua atuação passa a ser pautada em diferentes valores que, apesar de se relacionarem com a consecução dos escopos da jurisdição, não dizem respeito somente ao julgamento do mérito. A esse respeito, conferir Jorge Octávio Lavocat Galvão, In "Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil", texto contido na obra de José Levi Mello do Amaral Júnior, "*Estado de Direito e Ativismo Judicial*", p. 138-145; José Carlos de Araújo Almeida Filho e Mariana Carneiro de Barros, In "Os poderes do juiz e seus limites – uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin", texto contido na obra de José Miguel Garcia Medina et. al. (Coords.), "*Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*", p. 145-146.

3 O tema que versa sobre a identificação dos limites aos poderes do julgador é objeto de preocupação de diferentes doutrinadores, podendo-se conferir, a esse respeito, o posicionamento de Alexandre Sturion de Paula, In "*Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*", p. 175 e seguintes.

Dessa forma, desde a indicação dos contornos da relação jurídica material até o exame das consequências do desrespeito às restrições impostas à iniciativa probatória do juiz, o presente estudo visa identificar os limites aplicáveis à atuação do julgador na determinação da prova de ofício, sem perder de vista o caráter instrumental do qual a iniciativa probatória do juiz é dotada, em relação à consecução dos escopos da jurisdição.

Para tanto, os temas abordados no presente estudo foram divididos em seis capítulos, quais sejam, Capítulo I – Estruturação do processo e cognição, Capítulo II – A persecução da verdade no processo civil, Capítulo III – A prova no processo civil, Capítulo IV – Poderes instrutórios e iniciativa probatória de ofício, Capítulo V – Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil e Capítulo VI – Limites à iniciativa probatória de ofício e o projeto do Novo Código de Processo Civil.

Dessa forma, pode-se realizar a divisão do trabalho em duas grandes partes. A primeira, composta pelos Capítulos I, II e III, cuida do estabelecimento de premissas e da identificação de limites à iniciativa probatória de ofício advindos da estruturação do processo, da cognição, do papel exercido pela verdade como valor processualmente atuante e da disciplina da prova. A segunda parte, por sua vez, composta pelos Capítulos IV, V e VI, trata de temas afeitos a distinções conceituais entre poderes do juiz e a iniciativa probatória de ofício, divergências doutrinárias acerca da utilização dos poderes instrutórios, identificação dos limites em espécie à iniciativa probatória de ofício e análise do tema sob a perspectiva dos projetos do Novo Código de Processo Civil.

Em termos específicos, no primeiro capítulo do estudo, serão estabelecidas premissas sobre os limites da discussão levada a juízo e a maneira pela qual o julgador poderá tomar conhecimento dos elementos constantes dos autos para a realização de juízos – de fato e de valor – que lhe servirão de base para o julgamento do mérito. Trata-se de examinar o modo pelo qual as partes deduzem suas pretensões jurídicas em juízo e de se identificar a maneira pela qual o julgador toma conhecimento dos fatos.

No segundo capítulo, proceder-se-á a uma abordagem interdisciplinar a respeito da verdade no processo civil, por intermédio do estudo do conceito de verdade, sua instrumentalização e do papel por ela exercido, no processo civil[4]. Trata-se, assim, de proceder ao enquadramento da verdade no processo, evidenciando-se qual importância que

4 Sobre a importância que a verdade possui quando examinada no contexto da legitimação e utilidade do processo, Eduardo Cambi, In "*Direito constitucional à prova no processo civil*", p. 77, afirma que "a idéia da verdade deve ser pressuposta no processo, sob pena de ele ficar sem sentido. A justiça seria, então, a expressão da verdade buscada e reconhecida no processo".

sua persecução tem no que diz respeito à prestação jurisdicional adequada.

No terceiro capítulo, serão estabelecidas noções básicas sobre a prova, mediante abordagem direcionada para os temas que se relacionam diretamente com a iniciativa probatória de ofício. Para tanto, serão examinados o objeto, fontes, meios e momentos da prova, bem como a relação existente entre esta e a utilização dos poderes instrutórios do juiz.

No quarto capítulo, serão realizadas distinções conceituais entre os poderes do julgador genericamente considerados, os poderes instrutórios e a iniciativa probatória de ofício. Em referida oportunidade, tratar-se-á também do ativismo judicial e do embate doutrinário[5] que tem sido travado acerca do tema, estabelecendo-se em que medida a sistemática processual permite a utilização dos poderes instrutórios do juiz.

Ainda no quarto capítulo, examinar-se-á o tratamento conferido à iniciativa probatória de ofício pelo Código de Processo Civil, com vistas à identificação dos requisitos a serem observados pelo juiz quando de sua iniciativa probatória.

No quinto capítulo do estudo, realizar-se-á a classificação e indicação dos limites à iniciativa probatória de ofício. Para tanto, proceder-se-á à classificação de limites em função de diferentes fatores, dentre os quais se encontra o seu respectivo grau de observância, quando da determinação de produção de provas de ofício. Dentre os limites a serem explorados, confere-se destaque, sem prejuízo daqueles anteriormente identificados nos demais capítulos, à igualdade de partes, imparcialidade, adstrição ao objeto da prova, princípio dispositivo, ônus da prova, revelia, resultado útil do processo para as partes e razoável duração do processo.

Após o estudo de referidos limites, cumprirá, ainda, identificar as consequências advindas de seu eventual descumprimento, de modo a destacar a importância que sua respectiva observância possui no contexto da consecução dos escopos da jurisdição.

Por fim, no sexto capítulo do estudo, serão analisadas as modificações propostas em relação à utilização dos poderes instrutórios, nos textos dos projetos do Novo Código de Processo Civil[6], com vistas a identificar os limites eventualmente criados ou suprimidos

5 Sobre as críticas tecidas à adoção de uma postura ativista do julgador quanto à instrução processual, em termos gerais, conferir Joan Picó I Junoy, In "*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*", texto contido na obra de Juan Montero Aroca (Coord.), "*Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y qyunce ensayos* ", p. 112 e seguintes

6 No que diz respeito à elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, importante destacar que a relevância de sua abordagem consiste nas novas ideias trazidas pelos autores do anteprojeto, ainda que, em momentos posteriores, tais inovações tenham sido retiradas ou refreadas no decorrer dos trâmites legislativos. Isso porque, em verdade, ainda que algumas das modificações idealizadas pelos juristas que

pelos textos aprovados no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.

Sob esse enfoque, faz-se importante a abordagem crítica acerca dos dispositivos que constituem o regramento da matéria no anteprojeto e nas versões posteriores que, porventura, ainda estejam em trâmite nas casas do Congresso Nacional. Com isso, pretende-se proceder à delimitação do alcance de tais modificações em cotejo com a disciplina constante do Código de Processo Civil vigente, de forma a aproveitar, no exame do projeto do Novo Código de Processo Civil, o arcabouço teórico anteriormente utilizado para o estudo dos limites à iniciativa probatória de ofício.

Dessa forma, ao longo do estudo, serão estudados quais os limites à determinação de produção de provas pelo juiz, sem o requerimento da parte, de modo a serem evidenciados os limites aos quais deverá o julgador obedecer quando da iniciativa probatória de ofício.

---

deram origem ao anteprojeto possam ter sido perdidas em razão das reformas no projeto do Novo Código de Processo Civil, suas ideias são perfeitamente aceitáveis no âmbito da presente pesquisa, restando indicar, assim, em que medida sua adoção poderia repercutir positivamente na disciplina da iniciativa probatória de ofício e respectivos limites. Por todos que abordaram a perspectiva do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, conferir Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, In "*O projeto do CPC: críticas e propostas*", *passim*.

CAPÍTULO I – ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E COGNIÇÃO

Iniciando-se o estudo pela abordagem do tema que versa sobre estruturação do processo e cognição, objetiva-se indicar como se dá a formação do processo e como é realizada a atividade cognitiva do julgador. Com isso, pretende-se evidenciar, ao final do Capítulo, qual a importância do contraditório na fixação do objeto de conhecimento do julgador e a importância que tal abordagem possui no que diz respeito à persecução da verdade no processo civil.

Para tanto, faz-se necessário examinar em que consiste a relação jurídica material e em que medida as crises derivadas das relações interpessoais podem dar ensejo ao surgimento do processo, para, em sequência, serem tecidas considerações sobre a relação jurídica processual e os sujeitos que a integram.

A partir de tal base teórica, entende-se ser possível o estabelecimento dos contornos do objeto do processo, de modo a se abrir campo para o enfrentamento do tema relativo à atividade cognitiva do julgador. Isso porque a construção lógica da linha de raciocínio adotada para a indicação dos limites à iniciativa probatória de ofício tem como ponto de partida o exame da cognição do magistrado e sua relação com a persecução da verdade no processo civil, sendo ambos os temas objeto de tratamento nos dois primeiros capítulos do estudo, respectivamente.

Busca-se, assim, destacar determinadas características do processo – como a atuação das partes em contraditório, por exemplo – e da relação jurídica a ele subjacente, de modo que tal tratamento seja elaborado em conjunto com o estudo da cognição no processo civil, a fim de evidenciar a influência que os limites objetivos da demanda exercem sobre a conduta do julgador, uma vez que tal relação repercute diretamente no estabelecimento de critérios para a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício[1].

1. ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO

1.1. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL

O convívio em sociedade implica relacionamento entre diferentes sujeitos os quais

1 A iniciativa probatória de ofício será abordada no Capítulo IV e os limites à iniciativa probatória de ofício no Capítulo V.

devem atuar dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico a fim de suprirem suas necessidades ou atingirem seus anseios particulares. Cuida-se, assim, do regime jurídico civil sob a perspectiva da autonomia privada[2].

Nesse contexto, as relações interpessoais geram consequências relevantes no plano jurídico, defluindo da conduta dos indivíduos a criação, modificação ou transferência de direitos e obrigações, que nascem para ser, em regra, respeitados e cumpridos, independentemente do exercício da atividade jurisdicional[3].

O liame jurídico que liga um indivíduo ao outro, obrigando cada qual a respeitar os direitos alheios e a cumprir as obrigações que foram contraídas, nada mais é do que uma relação jurídica de direito material[4], a qual, em regra, depende apenas da vontade dos sujeitos para produzir seus normais efeitos.

Trata-se, então, da relação jurídica de direito material que deriva dos atos da vida comum e produz consequências jurídicas relevantes, sendo certo que tais efeitos independem de decisões judiciais para serem verificados[5], de modo que, em um sistema ideal, todos deveres e obrigações passíveis de cumprimento voluntário deveriam ser observados e adimplidos independente da atuação jurisdicional.

1.1.1. A CRISE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Ocorre, porém, que o panorama anteriormente traçado espelha somente o plano ideal das relações jurídicas materiais, sendo certo que o cumprimento voluntário das obrigações e o respeito aos direitos alheios nem sempre são alcançados sem que seja

---

2 Sobre a autonomia privada, seus aspectos históricos, fundamentos e aplicação processual, em apertada síntese, conferir Diogo Luna Moureira, In "*O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: Instrumento de afirmação da pessoalidade no direito privado*", texto contido na obra de César Fiuza, Maria Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coords.), "*Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*", p. 55 e seguintes.

3 Nesse sentido, João Francisco Naves da Fonseca, In "*Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*", p. 19, afirma que "a vida dos direitos é regida por fatos. Daí o provérbio *ex facto oritur jus*, que literalmente significa 'o direito nasce dos fatos'. As próprias *normas jurídicas* não são outra coisa senão a previsão valorativa e abstrata de fatos tipificados com maior ou menor precisão, seguida da determinação de um efeito que deve incidir sempre que aquela *fattispecie* se realizar concretamente, dando origem a *direitos subjetivos*. Aliás, não é só o nascimento destes que depende de fatos, mas todo o seu desenvolvimento até a sua extinção" (grifos do autor).

4 Referindo-se ao direito processual material, fazendo menção ao papel da relação jurídica material, conferir Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições de direito processual civil*", Vol. I, p. 45 e seguintes.

5 Nesse sentido, vale a ressalva feita por José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo"*, p. 51, no sentido de que "não se pode confundir, todavia, a tutela de direitos no plano substancial com a forma de atuação prática dos remédios judiciais. O ordenamento jurídico material prevê a tutela de direitos, que serão atuados consensualmente ou pelos meios jurisdicionais. Tutela jurídica verifica-se com a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas".

necessário recorrer ao legítimo uso da força – nas hipóteses autorizadas em lei – ou à atuação estatal, por intermédio da jurisdição, para que o sujeito veja efetivado o direito do qual entende ser titular[6].

Nesses casos, então, cuida-se de situações nas quais a conduta dos indivíduos obsta a produção dos normais efeitos que deveriam decorrer do relacionamento interpessoal, podendo tal circunstância ser denominada como uma crise jurídica[7]. Tais crises, via de regra, podem ser classificadas em função das diferentes atividades necessárias para resolvê-las e do provimento jurisdicional destinado à sua sanatória, podendo ser divididas em a) crises de certeza, b) crises de situações jurídicas e c) crises de adimplemento[8].

No entanto, tendo em vista que tal diferenciação não demanda maiores aprofundamentos para o desenvolvimento do tema principal, sob o enfoque específico conferido ao presente capítulo, pode-se afirmar que as crises nas relações jurídicas materiais são capazes de influenciar a estruturação do processo, repercutindo, ainda, na escolha dos elementos que serão apresentados para apreciação do julgador, relacionando-se, em certa medida, com a formação de seu convencimento.

Outrossim, faz-se importante conferir o devido destaque, no âmbito da relação jurídica material, ao direito substancial[9] que a integra, na medida em que, a depender de sua natureza e respectiva disciplina no ordenamento jurídico, o tratamento a ele conferido, durante o processo, poderá se dar de forma diferenciada, inclusive no que diz respeito à iniciativa probatória e à utilização dos poderes instrutórios.

---

6 Com relação a esta última hipótese, na qual a atuação do Estado se faz necessária, não podendo a situação ser resolvida sem a participação do órgão estatal, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições...*", Vol. I, p. 322, afirma que "outras relações jurídicas existem, de onde também surgem conflitos capazes de angustiar pessoas ou grupos de pessoas e que portanto também geram a necessidade do exercício da jurisdição – sem que, no tocante a elas, a ordem jurídica admita a satisfação voluntária de pretensões. A jurisdição, nesses casos, não é atividade secundária, mas *primária*" (grifo do autor).

7 Sobre as crises jurídicas e o processo civil, Cândido Rangel Dinamarco, *Ibidem*, p. 153, assevera que "conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas, a locução *crise jurídica* é muito expressiva e representa a matéria-prima do lavor dos operadores do processo. *Crise é dificuldade,* é perigo, risco. *Crises jurídicas* são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizados pela imposição do direito material" (grifos do autor).

8 *Ibidem*, p. 156.

9 Por sinal, vale reproduzir a seguinte ressalva feita por José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e Processo...*", p. 16, no sentido de que "processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a formular a regra sobre a situação da vida trazida para exame e julgamento. Mas a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível ao processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado".

1.2. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A busca pela resolução das crises jurídicas gera para o indivíduo a necessidade de se valer do aparato estatal para a resolução do conflito, uma vez que, em regra, é vedada a autotutela. Trata-se de provocar o exercício, por parte do Estado, da função jurisdicional com vistas a tentar obter tutela favorável às suas pretensões jurídicas[10].

Ao assim agir, o indivíduo inicia uma relação com o Estado e, eventualmente, com a parte adversa, por intermédio do processo. Antes desse momento, vale dizer, não há que se falar em utilização de poderes do julgador ou em prerrogativas do jurisdicionado, porquanto dependa o aparato estatal de provocação para dirimir os conflitos interpessoais[11].

É no bojo de tal relação jurídica processual que o julgador tomará conhecimento dos fatos que deram origem à relação material[12], bem como da crise que deu ensejo à busca pela tutela jurisdicional, sendo certo que, via de regra, a atuação das partes permite a tomada de consciência do julgador acerca do objeto do processo, possibilitando-lhe a formação de seu convencimento, com base no exame dos fatos alegados e das provas produzidas em juízo pelos litigantes.

Trata-se, portanto, de reconhecer a existência de uma conexão entre as relações jurídicas material e processual, ressaltando-se o caráter instrumental desta última, quando analisada sob o prisma da efetivação do direito substancial envolvido[13]. Dessa forma, pode-se afirmar que as peculiaridades inerentes à relação jurídica material influenciam o modo-de-ser do processo, a atuação das partes e a utilização dos poderes do julgador, mormente quanto às medidas a serem adotadas com relação à persecução da verdade em juízo.

1.2.1. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO

Para efeitos daquilo que é mais importante ao desenvolvimento do estudo dos limites à iniciativa probatória de ofício, a relação jurídica processual deve ser abordada sob

---

10 Nesse contexto, incumbe ao Estado, através do exercício da jurisdição, imperativamente, determinar qual a solução aplicável ao caso, em substituição à vontade das partes. A esse respeito, conferir Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral do Processo*", p. 156.

11 A atuação do princípio da inércia da jurisdição é, em hipóteses excepcionais, mitigada pelo sistema processual, a exemplo do que consta do artigo 989 do Código de Processo Civil.

12 A respeito da diferenciação entre as relações jurídicas material e processual, com enfoque específico nos elementos que as distinguem, tais como a) seus sujeitos, b) seus objetos e c) seus pressupostos, conferir Cintra, Grinover e Dinamarco, *Op cit.*, p. 298-299 e 304.

13 O caráter instrumental da relação jurídica processual é evidenciado pela possibilidade de adimplemento voluntário das obrigações contraídas pelos sujeitos da relação jurídica material sem a necessidade de atuação do Estado no exercício da jurisdição. Daí a possibilidade de se afirmar ser o processo um instrumento a serviço da função jurisdicional, conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade do processo*", p. 93.

a perspectiva da relação entre os sujeitos que a integram e o exercício do contraditório, na qualidade de garantia constitucionalmente prevista.

Quanto aos sujeitos da relação jurídica processual, via de regra, podem ser eles classificados em sujeitos parciais (partes) e sujeito imparcial (julgador)[14]. No bojo das situações jurídicas por eles ocupadas no transcorrer do processo, é possível identificar a existência de uma constante no que tange à manifestação das partes e atuação do julgador, qual seja o respeito ao contraditório[15].

Em razão disso, a temática pode ser abordada sob enfoques diversos[16], variando estes em função daquilo que se pretende explorar, no estudo do processo civil. A este momento, no que diz respeito ao contraditório, interessa sua abordagem na condição de garantia dos jurisdicionados e a análise de sua importância para o fornecimento de elementos de cognição para o julgador.

Acerca do primeiro aspecto, pode-se afirmar que a importância do contraditório, na condição de garantia dos sujeitos parciais da relação jurídica processual[17] possui duas vertentes distintas, que representam seus aspectos formal e substancial[18]. Em sentido formal, pode-se afirmar que o contraditório representa a ciência bilateral de atos, sendo o garante da possibilidade de tomada de conhecimento dos atos praticados pelas partes no processo. Sob o aspecto substancial, por sua vez, representa ele a possibilidade de manifestação dos sujeitos parciais em juízo, no sentido de formarem o convencimento do julgador de maneira favorável às pretensões jurídicas deduzidas[19].

---

14 Classificando como parte aquele que "pede a prestação da tutela jurisdicional" e aquele "em face de quem é ela demandada", Celso Neves, In "*Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual*", p. 211, afirma ainda que também é parte aquele "a quem essa tutela é pedida".

15 É nesse sentido, inclusive, que Cândido Rangel Dinamarco, In "*Fundamentos do processo civil moderno*", Tomo I, p. 277, afirma que "a relação jurídica processual é a *projeção jurídica da exigência política do contraditório*" (grifos do autor).

16 A relação entre contraditório e atuação das partes também é estudada sob o enfoque do julgamento. A esse respeito, Eduardo Cambi, In "*Direito Constitucional à prova...*", p. 125-126, afirma que "como o processo civil envolve duas partes e está baseado no princípio do contraditório, duas forças psicológicas, contrastantes entre si, tendem a persuadir o juiz (…)" arrematando o raciocínio ao afirmar que "a atuação do magistrado está, institucionalmente, limitada pelas alegações e pelas provas constantes dos autos, não sendo livre para dar razão a quem deseje, mas devendo dá-la à parte que melhor consiga, com os meios técnicos apropriados, convencê-lo".

17 A esse respeito, Gil de Ferreira Mesquita, In "*Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*", p. 156-157, afirma que "o contraditório presta-se justamente, de início, para a manutenção do processo como fenômeno dialético, necessário para que ambos os litigantes tenham no decorrer da atividade processual as mesmas condições para defesa de seus interesses, já que sujeitos parciais da relação jurídica processual".

18 Sobre os aspectos formal e substancial do princípio do contraditório, Fredie Didier Jr., In "*Curso de direito processual civil*", Vol. 1, p. 57.

19 Vale ressaltar, há situações nas quais o contraditório é excepcionalmente dispensado, a exemplo do que ocorre na hipótese do artigo 285-A, do Código de Processo Civil. Justificando esta exceção, Samuel

Para além de tais considerações, também se faz importante, para o desenvolvimento deste capítulo inaugural, identificar a maneira pela qual o contraditório contribui para a cognição do julgador. Nesse sentido, afirma-se que a sistemática processual, ao prever abstratamente a assunção de posições ativas e passivas dos sujeitos parciais da relação jurídica processual, cria uma dinâmica processual fundada em um sistema de alegações e contraposições[20].

Trata-se, assim, de se instituir previamente, regras que, por meio da efetivação do contraditório em juízo, permitirão aos sujeitos da relação jurídica processual a dedução, perante o órgão jurisdicional, de alegações favoráveis às suas pretensões jurídicas e contrárias àquelas apresentadas pela parte adversa.

A consequência benéfica de tal idealização é o fornecimento de um vasto número de informações ao julgador o que, em tese, contribuirá para o melhor desempenho[21] de sua atividade cognitiva[22]. Para além disso, sob a perspectiva da iniciativa probatória de ofício, uma vez munido dos elementos de cognição necessários à identificação dos pontos controvertidos e utilizando-se dos instrumentos processuais colocados à sua disposição, poderá o juiz, caso assim entenda necessário, determinar a produção das provas que entender indispensáveis à formação de seu convencimento.

1.3. PROCESSO

Apesar de, ao longo dos tópicos precedentes, ter sido possível evidenciar a conexão existente entre as relações jurídicas material e processual, a indicação dos caracteres definidores de ambas não é suficiente para a construção das bases teóricas essenciais ao

---

Meira Brasil Jr., In "*Justiça, direito e processo. Extensão e Limites do direito processual de resultados justos*", p. 49-50, afirma que "se o juiz julga improcedente o pedido sem ouvir o réu, simplesmente refuta os argumentos do autor com base em razões que dispensam a formação do contraditório. Em outras palavras, o juiz entende desnecessário conhecer os argumentos do réu, pois os argumentos do autos não são suficientes para justificar o acolhimento do pedido".

20 Nesse sentido, Luigi Lombardo, In "*La prova giudiziale – contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*", p. 179, discorre sobre as características do contraditório na visão contemporânea do processo civil, afirmando que, dentre outras coisas, tal garantia faz com que as partes possam participar efetivamente da fixação do *thema decidendum*.

21 A elevada quantidade de elementos de informação que chegam ao julgador, no entanto, não implica necessariamente melhor compreensão deste com relação aos fatos alegados em juízo. Nesse sentido, Cássio Modenesi Barbosa, In "*A vontade na decisão judicial – crítica à ideologia do formalismo jurídico*", p. 56 e seguintes, destaca o modo pelo qual as informações chegam ao conhecimento do julgador como sendo um dos problemas que dificulta a apreensão de informações importantes ao exame do mérito.

22 A relação entre a quantidade de informações fornecidas ao julgador e a otimização da atividade cognitiva não pode ser examinada de maneira estanque, sendo necessário levar em consideração, para tal análise, a influência que o interesse da parte exerce sobre sua conduta em juízo.

desenvolvimento do presente estudo, fazendo-se necessário, outrossim, examinar em que medida estas interagem com o processo[23].

Sob o prisma daquilo que importa ao enfrentamento do tema principal, entende-se correto afirmar que a relação jurídica material influencia o processo, na medida em que o julgamento de mérito e a efetivação dos comandos ali contidos se prestam, dentre outras coisas, a por termo à crise que ensejou a busca pela tutela jurisdicional[24]. A relação processual, por sua vez, não se confunde com o processo, mas é um de seus componentes essenciais, uma vez que suas características fundamentais implicam existência de situações jurídicas as quais pautarão a conduta, em juízo, dos sujeitos que a integram[25].

Aprofundando-se o exame da temática, é correto afirmar que o processo é uma entidade complexa, não se confundindo com as relações jurídicas anteriormente descritas, sendo, contudo, integrado pela relação jurídica processual e pelo procedimento[26] que, por sua vez, consiste na sequência coordenada de atos a serem praticados em juízo[27].

Tal definição coloca em evidência os aspectos essenciais do processo – a existência de um procedimento e de uma relação jurídica como seus componentes essenciais –, cumprindo indicar, por fim, os escopos aos quais ele deve obediência. Nesse sentido, pode-se dizer que o processo objetiva, ao mesmo tempo, propiciar a) a afirmação do poder estatal, b) a pacificação social e c) a aplicação da norma de direito material ao caso concreto, finalidades estas que representam, respectivamente, os escopos político, social e jurídico da jurisdição[28].

Assim sendo, diante daquilo que foi exposto até o momento, no que tange ao processo civil, é possível definir o processo como sendo o instrumento estatal idealizado

---

23 Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*", p. 20, se posiciona no sentido de que o processo pode ser entendido "como uma relação jurídica processual (que difere, como dito, da relação de direito material) composta de situações jurídicas positivas (poderes e faculdades) e negativas (deveres e ônus) das partes envolvidas, que se desenvolvem de forma sequencial e contraposta (o procedimento animado pelo princípio do contraditório) e cujo resultado será imposto às partes".

24 Nesse sentido, conferir Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições de direito...*", Vol. I, p. 120. Conferir também itens 1.1. e 1.1.1., *supra*.

25 Sobre a relação jurídica processual, conferir itens 1.2. e 1.2.1., *supra*.

26 Cândido Rangel Dinamarco, In "*Fundamentos do processo...*", Tomo I, p. 277, afirma que "a análise *jurídica* do processo mostra ser ele uma entidade complexa, onde comparecem dois componentes: o procedimento e a relação processual" (grifo do autor).

27 Diferenciando processo e procedimento, conferir Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral...*", p. 295.

28 Sobre os escopos da jurisdição, na perspectiva da relação existente entre direito substancial e processo, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e processo...*", p. 71-74. Ainda sobre o tema, relacionando-o especificamente com a instrumentalidade do processo, conferir Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 177-184.

para o exercício da jurisdição[29], realizado sob determinada sequência de atos praticados, em contraditório, pelos sujeitos da relação jurídica processual que o integra[30].

Passa-se, agora, a definir seu objeto, a fim de verificar em que medida ele se relaciona com os limites à iniciativa probatória de ofício.

1.3.1. OBJETO DO PROCESSO

Inicialmente, cumpre salientar que não se trata, aqui, de definir o objeto do direito processual civil[31], mas de definir o objeto do processo, a fim de que, uma vez identificado, seja possível indicar em que medida este influenciará a conduta das partes e do julgador, no que tange à iniciativa probatória.

Em linhas gerais, é comum haver a associação entre o objeto da demanda e o conceito de lide, de modo que esta seria o elemento central sobre o qual as partes e o julgador se debruçariam durante o processo, obtendo-se, como resultado, a prestação de tutela jurisdicional em favor de um ou outro litigante. No entanto, examinando-se a atual configuração do processo em função da variedade de direitos envolvidos, tutelas prestadas e situações jurídicas existentes, é possível concluir que não há uma necessária vinculação do objeto do processo com o conceito de lide[32]. Isso porque, em determinadas situações, não há uma pretensão injustamente resistida pela outra parte, mas uma obrigatoriedade de se recorrer à atividade jurisdicional que se destina à regulamentação de uma determinada situação da vida que possui repercussões jurídicas relevantes.

Dessa forma, parece mais adequado analisar-se o objeto do processo sob o prisma da pretensão jurídica[33-34] deduzida por uma parte em face da outra, porquanto tanto o

---

29 É o que se pode inferir da leitura de Enrico Tulio Liebman, In "*Manual de direito processual civil*", p. 55.

30 Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Fundamentos do processo...*", Tomo I, p. 277-278, afirma que se considera "processo todo *procedimento animado pela relação jurídica processual*" (grifos do autor).

31 A esse respeito, conferir a linha evolutiva do processo civil brasileiro, traçada por Guilherme Botelho, In "*Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*", p. 17-34. Em termos de teoria geral do processo, conferir Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral...*", p. 111-141.

32 Referindo-se ao conceito de lide, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições...*", Vol. I, p. 305, afirma que "tal conceito, conquanto preciso e inegavelmente útil, não merece receber todo o destaque que em passado relativamente recente lhe dava a doutrina brasileira, porque nem sempre o processo e o exercício da jurisdição dependem da existência de uma lide (...)".

33 Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Ibidem*, *Loc. Cit.*, se posiciona no sentido de que "todo processo tem seu *objeto*, que é a *pretensão* trazida pelo demandante ao juiz, em busca de satisfação. Essa pretensão, caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo e acompanhada do pedido de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais e, particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim".

34 Vale ressaltar que nem mesmo tal definição de objeto do processo fica imune a críticas, porquanto nem

julgador quanto aquele que integra o polo passivo deverão pautar seus atos, via de regra, naquilo que foi pedido pelo indivíduo que deu início ao processo[35]. Nesse sentido, a parte adversária deverá atuar de forma a defender seus interesses contra a pretensão deduzida pelo autor, ao passo que o julgador deverá se ater aos limites inerentes ao objeto do processo quando da condução do processo e respectivo exame do mérito[36].

A esse ponto, importante destacar, desde logo, que a relação existente entre o pedido deduzido pelo autor e a decisão a ser emitida pelo magistrado consubstancia, em certa medida, uma das primeiras limitações à iniciativa probatória de ofício, na medida em que, ao fazer uso de seu poder-dever, o julgador deverá tem em mente os fatos cuja comprovação seja indispensável para a formação de sua convicção, no que diz respeito à maneira pela qual será julgado o mérito[37].

Assim, é possível afirmar que, uma vez estabelecidos os limites da discussão[38], o julgador deverá pautar sua conduta com vistas à resolução da crise jurídica instaurada no plano material, sendo certo que sua atuação na condução do processo, na utilização de seus poderes, na determinação de provas a serem produzidas e no julgamento mérito deverá se dar de maneira a respeitar as balizas impostas pelo interessado, ao formular seu pedido e assim caracterizar o objeto processual.

2. COGNIÇÃO

Todo o raciocínio anteriormente elaborado acerca da estruturação do processo

---

sempre haverá necessidade de uma parte deduzir uma pretensão em face de outra. A esse respeito, cita-se como exemplo, as hipóteses em que o processo pode ser iniciado de ofício pelo juiz que tomar conhecimento acerca da ocorrência de determinadas situações nas quais a lei autoriza que o processo seja iniciado independentemente de provocação das partes. Exemplo de tal situação é o artigo 989 do Código de Processo Civil que, a par da divergência doutrinária que cerca a contenciosidade do inventário, confere ao julgador a possibilidade de iniciá-lo de ofício. Sobre o assunto, conferir Antonio Carlos Marcato, In "*Procedimentos especiais*", p. 200.

35 Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito processual civil*", Vol. 2, p. 10-11, se manifesta no sentido de que o processo seria composto de dois objetos: o material e o formal. O material seria a já mencionada pretensão e o formal diria respeito aos atos do procedimento e à ação.

36 Sobre a importância da citação e da contestação no contexto da fixação do objeto da relação processual, conferir José Frederico Marques, In "*Instituições de direito processual civil*", Vol. III, p. 177-178. Tais considerações devem ser analisadas, todavia, com a devida cautela, na medida em que é possível que, dependendo do enfoque adotado para a abordagem do tema, as nomenclaturas "objeto do processo" e "objeto da relação jurídica processual" podem ter conteúdos diferentes. A esse respeito, conferir Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral...*", p. 306.

37 Tal limitação será abordada especificamente no Capítulo V do presente estudo.

38 É possível afirmar que os limites da discussão se revelam diante do conteúdo da petição inicial e, em sendo o caso, da contraposição das pretensões ali veiculadas, por ocasião do oferecimento da contestação. Vale dizer, haverá situações nas quais, em razão do conteúdo da petição inicial, a análise do julgador acerca do objeto do processo poderá ensejar julgamento de plano (artigo 285-A do Código de Processo Civil, por exemplo).

sinaliza para a necessidade de ser estudada a forma pela qual o julgador toma conhecimento dos fatos alegados, bem como dos elementos destinados a comprovar a ocorrência daqueles. Para tanto, faz-se indispensável estabelecer um conceito sobre o que é a cognição no processo civil e de se demonstrar em que medida esta se relaciona com a iniciativa probatória de ofício e a persecução da verdade.

A bem da verdade, a cognição não se relaciona somente com o objeto de estudo, influenciando outros temas, tais como a formação das decisões judiciais, a coisa julgada e a disciplina recursal. Em razão disso, não será conferida maior atenção a assuntos que, dentro da temática referente à cognição, não apresentam maiores repercussões para a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício. Dessa forma, não serão abordadas, de maneira aprofundada, as questões afeitas à extensão e profundidade da cognição, nem serão examinados, especificamente, alguns de seus objetos como os pressupostos processuais e as condições da ação.

Todavia, na perspectiva daquilo que se pretende tratar de maneira específica, a cognição desempenha papel de importância, porquanto a atividade probatória de ofício, pode se fazer necessária em razão da insuficiência, nos autos, de informações essenciais sobre o objeto cognoscível, sendo adequado realizar a abordagem, ainda que perfunctória, do conceito de cognição e alguns de seus desdobramentos no processo civil.

2.1. CONCEITO DE COGNIÇÃO

O conhecimento dos fatos em geral encontra barreiras das mais diversas naturezas, podendo ser estas intelectuais, linguísticas, temporais ou físicas, dentre outras[39]. Em juízo, não é diferente. Além das dificuldades ordinariamente encontradas quando se está buscando o conhecimento de fatos, no exercício da atividade jurisdicional, o modo de acordo com o qual o processo é estruturado representa mais um elemento complicador, na medida em que, por ser idealizado em função dos fins aos quais se presta, a obtenção da verdade[40] não é necessariamente objeto de preocupação dos sujeitos da relação jurídica processual.

A cognição, no âmbito judicial, se relaciona, portanto, muito mais com o caráter

39 Tal asserção remete a um dos problemas fundamentais da filosofia, qual seja, a possibilidade do conhecimento. Todavia, esse tema não é objeto de tratamento específico no presente estudo, sendo possível encontrar indicativos da problemática que o envolve em Jacob Bazarian, In "*O problema da verdade – teoria do conhecimento*", p. 73 e seguintes.

40 A temática referente à verdade no processo civil será especificamente abordada no capítulo seguinte.

instrumental do processo do que com a tomada de conhecimento acerca de determinados fatos ou situações da vida. Em outros dizeres, a cognição pode ser entendida como a atividade mediante a qual o julgador tomará ciência de fatos e provas a ele apresentados, com vistas à formação de seu convencimento para, consequentemente, proferir comando que coloque fim à crise da qual se originou a necessidade de atuação jurisdicional[41].

Nesse sentido, entende-se correto afirmar que a cognição é uma atividade do sujeito cognoscente e, ao mesmo tempo, uma técnica processual abstratamente prevista, variando tal classificação de acordo com o enfoque que é concedido à abordagem do tema. Nesse sentido, no plano abstrato, a cognição assume aspectos de técnica processual pelo tratamento legislativo que lhe é conferido, podendo ser entendida como instrumento previsto pelo legislador e fornecido ao julgador para que este tome conhecimento dos fatos e provas relacionados com ao objeto do processo.

Por outro lado, em juízo, quando o julgador efetivamente toma conhecimento de informações veiculadas ao processo por intermédio de alegações e provas, a cognição deixa de ser mera técnica abstratamente prevista pelo legislador e assume contornos de atividade relacionada diretamente com os escopos da jurisdição e a prestação de tutela jurisdicional adequada[42].

Vale dizer, no entanto, que se tratam de duas facetas do mesmo fenômeno, sendo certo que as disposições que definem abstratamente como se dará a cognição influem diretamente na atividade do julgador, trazendo consequências importantes para a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício. É possível identificar, por exemplo, limitações procedimentais à atividade cognitiva do julgador as restringem a iniciativa probatória dos sujeitos da relação processual[43].

Nesse sentido, pode-se afirmar que a sumariedade da cognição, por exemplo, tem o condão de limitar a atuação das partes, quando da veiculação de suas teses e apresentação de provas, bem como a do julgador, quando do exame dos elementos carreados aos autos e

---

41 Nesse sentido, José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 3, assevera que "a *cognitio* atua sobretudo no processo de conhecimento (também chamado *processo de cognição*) por imprescindível ao *jus dicere* e inseparável do mandamento jurisdicional contido no *judicium*. Ela é o fenômeno básico e medular do processo de conhecimento, tanto que o curso procedimental deste se desdobra em fases e atos ditados pelas necessidades da função cognitiva que o juiz deve exercer, para julgamento final do pedido" (grifo do autor).

42 Tal raciocínio se funda, basicamente, na ressalva contida em Kazuo Watanabe, In "*Cognição no processo civil*", p. 17-18.

43 É o que se verifica, por exemplo, na disciplina do mandado de segurança, pela lei nº. 12.016/2009, no que tange à natureza do direito envolvido e a impossibilidade de dilação probatória. A esse respeito, conferir Cassio Scarpinella Bueno, In "*A nova lei do mandado de segurança*", p. 24, nota 6-A.

da tomada de iniciativa probatória de ofício.

2.2. OBJETO COGNOSCÍVEL NO PROCESSO

A adoção de uma definição acerca do que é a cognição gera, no entanto, a necessidade de se explorar seu respectivo objeto, à luz de elementos da teoria geral do processo e da prova. Destarte, é possível afirmar que, em razão da estruturação do processo anteriormente descrita, o julgador se deparará com a necessidade de tomar conhecimento das alegações[44] sobre os fatos e o direito trazidas na petição inicial e na contestação, bem como no que tange às provas que porventura acompanhem tais peças. Dessa forma, em um primeiro momento, entende-se acertado afirmar que a cognição poderá se debruçar tanto sobre os fatos, como sobre o direito envolvido no processo, formando estes dois elementos a base do conhecimento do julgador[45].

Partindo-se de tal constatação, é possível afirmar, também, que o julgador, no desempenho de sua atividade cognitiva, deverá, desde logo, examinar as questões afeitas aos pressupostos processuais e às condições da ação, a fim de que, posteriormente, possa proceder ao enfrentamento do mérito[46]. Assim, estabelece-se o trinômio de questões que compõem o conhecimento do julgador: pressupostos processuais, condições da ação e mérito[47-48], não devendo, contudo, ser tal classificação observada de maneira estanque ou

---

44 O exame de tais alegações é o ponto de partida para o desenvolvimento do raciocínio acerca do objeto do conhecimento do julgador, na medida em que as partes, antes de provar, têm o ônus de alegar, a fim de que possam obter tutela jurisdicional favorável. Em outros dizeres, as alegações acerca dos fatos e do direito afeitos à demanda é ponto comum dos processos, a partir do qual se inicia o delineamento do objeto cognoscível. Sobre o 'ônus da alegação', conferir Paulo Rogério Zaneti, In "*Flexibilização das regras sobre ônus da prova*", p. 81.

45 Nesse sentido, José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 2, infere que "a imperatividade do julgado se subordina, sempre, ao ato de inteligência que o precede e lhe dá substância, visto que provém das indagações realizadas pelo órgão jurisdicional para investigar e resolver a respeito das *questões jurídicas e de fato* focalizadas no processo" (grifo nosso).

46 Analisando o mérito e a cognição sob a perspectiva da prestação jurisdicional e do resultado útil do processo, pode-se afirmar que este último aspecto deve ser objeto de preocupação da atividade cognitiva do julgador desde o início do processo. Nesse sentido, conferir Ricardo Tinoco de Góes, In "*Efetividade do processo e cognição adequada*", p. 37-38.

47 A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições...*", Vol. I, p. 179, afirma que "a doutrina brasileira largamente dominante tem por certa a existência de um *trinômio de questões* na composição do objeto do conhecimento do juiz, competindo-lhe decidir sobre o processo (pressupostos processuais e requisitos de regularidade processual), sobre a ação (suas condições) e sobre o mérito (os fatos, o valor da prova, o direito material) (…)".

48 O tema, no entanto, é objeto de discussão doutrinária, podendo ser mencionados, em sentido contrário, posicionamentos de José Ignacio Botelho de Mesquita, In "*Da ação civil*", p. 85-99 e Fredie Didier Jr., In "*Curso de direito...*", Vol. I, p. 352-354. Destaca-se, também, a existência de posicionamento no sentido de existirem diferentes questões, além do trinômio mencionado, que também devem ser examinadas, a exemplo da prescrição e da decadência. A esse respeito, conferir Rogério Láuria Tucci, In "*Do julgamento conforme o estado do processo*", p. 102-103.

apartada dos objetivos a que se presta a atividade cognitiva[49].

Todavia, sob a perspectiva daquilo que diz respeito ao tema principal do presente estudo, pode-se afirmar que, dos objetos de cognição acima indicados, o mérito é aquele que possui relação mais estreita com a persecução da verdade. Isso porque, em processo civil, ele representa o pedido[50] deduzido em juízo, sendo certo que o comando contido no julgamento de mérito influencia diretamente a qualidade da tutela jurisdicional a ser prestada.

Uma vez estabelecida tal premissa, verifica-se que, sob o enfoque da relação existente entre a persecução da verdade e o juízo de cognição, os fatos alegados pelas partes e as provas veiculadas nos autos constituem o objeto do conhecimento do julgador[51], de modo que, sem eles, sua atividade infringiria os parâmetros lógicos, racionais e constitucionais afeitos à sistemática processual.

Todavia, a simples afirmação de que os fatos e provas compõem o objeto do conhecimento do juiz não é suficiente para os fins a que se presta o presente estudo. É preciso, outrossim, que indique quais fatos e provas podem ser objeto de conhecimento pelo julgador.

Assim sendo, iniciando-se a abordagem pelos fatos que compõem o objeto de conhecimento, é possível afirmar que estes devem guardar pertinência com o objeto litigioso ou, de alguma forma, com ele se relacionar, de modo a contribuírem para a formação do convencimento do julgador, mediante o esclarecimento de pontos essenciais ou questões controvertidas[52].

---

49 Nesse sentido, conferir Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições de direito processual civil*", Vol. II, p. 635-636.

50 A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco, In "*O conceito de mérito em processo civil*", texto contido na obra do mesmo autor, "*Fundamentos do processo civil moderno*", Tomo I, p. 323, afirma que "é a *pretensão* que consubstancia o mérito, de modo que *prover sobre este* significa estabelecer um preceito concreto destinado a dar àquela um desfecho favorável ou desfavorável (procedência ou improcedência). O ato jurisdicional cumpre o escopo social do processo ao remover as angústias representadas pelas pretensões insatisfeitas" (grifos do autor).

51 A rigor, a distinção entre os elementos que integram o objeto de conhecimento do julgador perde sentido, na medida em que se pode afirmar que o juiz deverá conhecer de todas as questões importantes para o julgamento. Nesse sentido, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco, *Ibidem*, p. 325, ao afirmar que "pode-se desde logo inferir uma realidade e uma distinção: enquanto o objeto do processo é colocado estritamente pela demanda e relevância alguma tem a maneira como se comporte o demandado depois, constitui objeto do *conhecimento* do juiz toda a massa de questões que no processo surgirem, venham de onde vierem. O réu suscita questões ao responder, o autor na réplica ou depois, ambos a todo momento no contraditório do processo, dúvidas são levantadas de ofício pelo juiz *etc.* – e de todas essas questões o juiz conhece e sobre elas se pronuncia no momento procedimental adequado" (grifos do autor).

52 A esse respeito, Kazuo Watanabe, In "*Cognição no processo civil*", p. 81-82, afirma que "em cada um dos dados do trinômio, há sempre dois objetos distintos de conhecimento, que são o direito e os fatos. Às vezes, os fatos são considerados *in statu assertionis* (…). Outras vezes, os fatos são submetidos à efetiva

Necessário ressaltar, no entanto, que a controvérsia fática não é o único parâmetro a ser utilizado para a delimitação do objeto cognoscível. Isso porque, além dos limites decorrentes da contraposição de argumentos das partes, a realização do juízo de cognição também pode ser limitada pela técnica processual ou por regras de natureza procedimental, as quais impedem a realização de um juízo mais extenso ou aprofundado. Trata-se, assim, das hipóteses nas quais o juízo de cognição é limitado, em sua extensão, ou não exauriente, em sua profundidade[53].

De outro lado, quanto à caracterização das provas que devem compor o objeto do conhecimento do julgador, é importante ressaltar que a atividade probatória não deve se restringir unicamente aos requerimentos de produção de provas deduzidos em juízo pelas partes. Isso porque, em razão da complexidade que pode defluir da natureza da crise jurídica ou da ineficiência das partes quanto à comprovação do que foi por elas alegado, há situações nas quais a demonstração de determinados fatos ou alegações é imprescindível para o enfrentamento do mérito processual[54] ou, ainda, é exigida expressamente pelo ordenamento jurídico[55].

Por fim, tendo em vista que a prova será objeto de tratamento específico no Capítulo III do presente estudo, é suficiente, por ora, afirmar que as provas que compõem o objeto de conhecimento devem (a) se relacionar direta ou indiretamente com o objeto do processo, (b) obedecer aos requisitos estabelecidos pelo legislador para que sejam em juízo admitidas, (c) ser teoricamente relevantes para o juízo de cognição do julgador – do qual defluirá a formação de seu convencimento – ou, então, (d) ser exigidas expressamente pelo ordenamento jurídico.

---

cognição. (…) O direito e os fatos podem aparecer na causa como pontos conhecidos e incontroversos, ou a respeito deles surgirem dúvidas e controvérsias, quando então receberão o nome de questões".

53 Adota-se, aqui, a posição do professor Kazuo Watanabe, In *"Cognição..."*, p. 118 e seguintes, de acordo com a qual a cognição pode ter sua análise realizada nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição varia em função da extensão do objeto a ser examinado (o trinômio de questões) podendo ser plena ou limitada; no plano vertical, ela varia em função da profundidade mediante a qual será avaliado o objeto do conhecimento, podendo ser exauriente ou sumária. Em sentido diferente quanto à classificação da cognição conferir Giuseppe Chiovenda, In "*Instituciones de derecho procesal civil*", Vol. I, p. 204 e José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 2-3.

54 Via de regra, tais hipóteses se relacionam com aqueles fatos que, uma vez alegados, assumem natureza constitutiva, extintiva, modificativa ou impeditiva do direito do autor, conforme artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil.

55 É o que se verifica, por exemplo, na hipótese do artigo 366 do Código de Processo Civil, que trata das situações nas quais a lei exige instrumento público como sendo da substância do ato. Nesses casos, vale dizer, conforme dicção legal, "*nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta*".

2.3. SUJEITO COGNOSCENTE NO PROCESSO

Como já mencionado anteriormente, os processos de apreensão e processamento de informações e realização de juízos de fato e de valor são de difícil realização, devido à existência de barreiras das mais diversas naturezas, tais como as linguísticas, físicas, intelectuais e temporais[56]. O sujeito cognoscente, por sua vez, não fica imune a tais dificuldades, sendo necessária, para a superação de tais óbices, a utilização dos instrumentos processuais colocados à sua disposição para tanto, no desempenho da atividade cognitiva.

Todavia, sob a perspectiva do exame a ser feito sobre o sujeito cognoscente, as dificuldades existentes quanto à cognição, mormente com relação aos juízos de fato e de valor a serem por ele realizados, são acentuadas pelo subjetivismo inerente à condição humana do julgador. Por assim dizer, além das barreiras anteriormente mencionadas, há também de se mencionar como fator relevante a concepção pessoal de cada julgador, no que diz respeito a suas preferências políticas, filosóficas, religiosas ou, até mesmo, sua formação acadêmica, elementos os quais, ainda que indiretamente, influenciam a apreensão e interpretação das informações a ele passadas[57].

Assim sendo, se por um lado a tomada de conhecimento acerca dos fatos e provas apresentados em juízo se reveste de certa objetividade[58], de outra ponta, o processo pelo qual o julgador apreenderá tais informações, as processará e realizará juízos acerca do objeto do conhecimento é caracterizado pelo subjetivismo que, em certa medida, repercute na iniciativa probatória de ofício e na verificação da obediência aos limites que lhe são aplicáveis.

Isso porque, em juízo, determinadas situações podem demandar maior ou menor quantidade de elementos de cognição para o julgamento do mérito, variando tal *quantum* em razão das concepções de cada julgador, bem como em função das peculiaridades do

---

56 Ver item 2.1., *supra*.

57 Nesse sentido, conferir o posicionamento de Kazuo Watanabe, In "*Cognição...*", p. 68-69. A exemplo do afirmado no corpo do texto, Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito processual civil*", p. 216, se manifesta no sentido de que "os múltiplos problemas que a vida põe diariamente em frente de cada um de nós, reúnem-se também no momento em que o magistrado, sem se despojar da sua condição de homem, examina os fatos, determina o direito aplicável, e extrai a conclusão".

58 Tal objetividade se relaciona diretamente com o trabalho de investigação dos fatos. A esse respeito, Enrico Tullio Liebman, In "*Estudos sobre o processo civil brasileiro – com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover"*, p. 43 afirma que "na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve conhecer, isto é, estudar o caso submetido ao seu exame, investigar os fatos, escolher e aplicar as normas legais adequadas, fazendo, em suma, um trabalho intelectual que não difere, sob certos pontos de vista, do que um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado".

direito substancial envolvido e do provimento que a parte pretende obter mediante a atuação do órgão estatal. Somando-se isso àquilo que foi objeto de tratamento no item anterior, em determinadas situações, na ausência de vedação do ordenamento jurídico, poderá o julgador atuar de modo a obter maiores informações acerca dos fatos alegados e das provas produzidas, a fim de realizar um juízo de cognição baseado no maior número possível de elementos que possam auxiliar no dimensionamento da crise jurídica que deu ensejo à busca pela tutela jurisdicional e, por consequência, na formação de seu convencimento[59].

No entanto, a existência de tal possibilidade – que em momento oportuno restará demonstrada ser mais um dever do que uma faculdade do julgador – não implica ausência de limitações no que diz respeito à cognição judicial. Dessa forma, examinando-se a atividade do sujeito cognoscente, importante serem ressaltadas as restrições aplicáveis às situações nas quais o julgador a) se depara com fatos dos quais tenha ele participado ou tomado parte ou, ainda, b) que lhe chegaram ao conhecimento por meios outros que não a atuação processual das partes.

Na primeira situação, a limitação se dá em função da impossibilidade de o julgador exercer sua função em processos nos quais seja ele parte[60], interessado[61] ou, ainda, nas situações em que tenha atuado como testemunha ou prestado depoimento[62]. Há de se realizar o devido tempero quanto a esta hipótese, na medida em que deverá ser verificada, no caso concreto, qual a relação existente entre o fato e a conduta do julgador ao concorrer para sua ocorrência, verificando-se em que medida a atuação do magistrado poderia gerar consequências nocivas ao bom andamento do processo.

Na segunda situação, a limitação advém da problemática relacionada à possibilidade ou não de o julgador se utilizar do seu conhecimento privado acerca dos fatos alegados em juízo[63-64].

---

59 Resta evidenciado, aqui, o ponto de contato entre três temas afeitos ao presente estudo, quais sejam, a cognição, a persecução da verdade e a prova. A esse respeito, delineando a relação existente entre prova, verdade e atuação do julgador, conferir Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária no cível e comercial*", Vol. I, p. 12 e seguintes

60 Artigo 134, inciso I do Código de Processo Civil.

61 Artigo 135, inciso V do Código de Processo Civil.

62 Artigo 134, inciso II do Código de Processo Civil.

63 O assunto possui relevância para a delimitação do objeto da cognição – e para a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício – porquanto se deve aferir em que medida a formação do convencimento do julgador com base em fatos não alegados pelas partes em juízo pode implicar infringência à sistemática processual e constitucional.

64 Bruno Cavallone, In "*Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*", texto contido na *Rivista di diritto processuale 4*, 2009, p. 861 e seguintes, trata da ciência privada de fatos pelo juiz, versando

Em se adotando posicionamento contrário à utilização, pelo juiz, de seu conhecimento privado[65-66], pode-se afirmar que as informações obtidas pelo julgador, fora do processo, não poderão compor os elementos submetidos à cognição judicial.

Todavia, caso se adote posicionamento favorável à utilização de tais informações, entende-se imprescindível a observância da imparcialidade – que se aplica à prática de todo e qualquer ato, conduta ou decisão judicial – e do contraditório, em seus aspectos formal e substancial[67], de modo que aquela informação inicialmente não veiculada ao processo pelas partes seja legitimada pela ciência oportuna e debate potencial a seu respeito, sendo concedida aos sujeitos parciais a oportunidade de influenciar o convencimento do julgador acerca daquele fato[68].

3. ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E COGNIÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA PERSECUÇÃO DA VERDADE

A abordagem realizada acerca da estruturação do processo e da cognição serve de substrato para que se possa enfrentar o tema da persecução da verdade no processo civil. Isso porque é possível se extrair daquilo que foi descrito até o momento, que o contraditório e a cognição ocupam papel central na formação do objeto litigioso e no

sobre os requisitos para a utilização de tais informações, bem como acerca de eventuais mecanismos destinados a evitar o julgamento *secundum conscientiam*.

65 Em sentido contrário à utilização do conhecimento privado do julgador, conferir o posicionamento de Adroaldo Furtado Fabrício, In "Fatos notórios e máximas de experiência", texto contido na obra coordenada por Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, "*Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*", p. 440-441.

66 Sobre o assunto, Sidnei Agostinho Beneti, In "*Da conduta do juiz*", p. 17, defende que o juiz "não pode trazer para os autos o conhecimento pessoal, dizendo: 'decidi o contrário à prova porque sei que aconteceu o contrário'; não é assim. Mas, uma vez iniciado o processo pelas partes, compete ao juiz fazê-lo prosseguir, mantendo a iniciativa a respeito do que for necessário para a rápida solução do litígio, como consta dos arts. 125, II, e 262 do Código de Processo Civil. E, por meio dessa iniciativa, pode fazer até mesmo com que dados de conhecimento particular venham para os autos, sem demonstrar a existência desse conhecimento pessoal e sem permitir que ele quebre a eqüidistância exigível no processo – pena de incidir em suspeição".

67 Os aspectos formal e substancial do contraditório foram abordados no item 1.2.1., *supra*.

68 Em sentido favorável à utilização do conhecimento privado do juiz, Friedrich Stein, In "*El conocimiento privado del juez*", p. 95-96, afirma que "la libertad del juez en la utilización del próprio saber tiene, según lo expuesto, un amplísimo campo de aplicación, tan amplio que há llenado de temor y preocupación a quienes, en base a antiguas situaciones jurídicas, han mantenido la desconfianza en la aptitud y buen sentido de nuestros jueces. El sistema entero de la teoría legal de la prueba no fue sino la expresión de esa desconfianza, que quería evitar que el hombre hiciera su aparición en el juez. La liberación de esta carga impone al juez, ciertamente, deveres mucho más serios que el simple calcular resultados de prueba según la tarifa estabelecida. El juez no deberá sustraerse al más concienzudo autoexamen sobre la medida de su propio conocimiento y, dada la relatividad del saber humano, tendrá que ponerlo en entredicho cuando se trate de cuestiones importantes. Pero, en última instancia, sólo decide la ponderación que corresponde a su deber".

desempenho das atividades do julgador.

A existência prévia da estrutura processual nos moldes anteriormente descritos se revela benéfica ao exercício da jurisdição, tanto sob a perspectiva do jurisdicionado, como sob o enfoque da atuação do julgador. A existência da forma coordenada de atos prevista abstratamente, a vinculação da decisão aos limites estabelecidos pelo objeto processual e a adstrição da atividade cognitiva do julgador aos elementos constantes do processo e oportunamente submetidos ao contraditório geram, para quem busca a tutela jurisdicional, ainda de que maneira inconsciente, uma ideia de que a verdade será um dos valores nos quais se pautará a conduta do juiz[69].

Por outro lado, no que diz respeito à atividade do julgador, o exercício do contraditório e a atividade cognitiva também contribuem para que ele tenha acesso a um maior número de informações, a fim de que sua decisão se adeque o máximo possível à situação fática que, uma vez instaurada a crise jurídica, deu ensejo ao processo.

Em razão dessa duplicidade de perspectivas sob as quais se pode abordar o tema, é importante que se confira a devida importância ao papel exercido pelo princípio da cooperação[70] na sistemática processual vigente. Como decorrência de sua acentuada atuação no processo civil[71], é possível afirmar, por exemplo, que a argumentação deduzida em juízo pelas partes não pode ser desprovida de padrões éticos compatíveis com a boa-fé e lealdade processuais, sob pena de se colocar a retórica[72] no centro do sistema processual,

69 A importância do argumento se revela pelo seu contrário. Senão vejamos. Caso a prestação jurisdicional não fosse revestida de critérios mínimos (e sanções aplicáveis àqueles que transgridam as respectivas regras de comportamento) destinados a pautar a atuação dos órgãos públicos, o processo seria entregue ao arbítrio do julgador, que estabeleceria seus próprios critérios de atuação e de julgamento. Nessa hipótese, caso a busca da verdade não fosse tida como pressuposto para realização do julgamento, qual utilidade o processo teria para aquela pessoa detentora do direito material? Tratar-se-ia do processo como um jogo de azar, no qual o direito seria conferido a quem fosse agraciado pela sorte de obter um provimento jurisdicional pautado em critérios subjetivos e impassíveis de controle. O reverso, talvez, se revele ainda mais esclarecedor, na medida em que, diante da inexistência da verdade como pressuposto e ditame processual, qualquer pessoa poderia ingressar em juízo pleiteando concessão de tutela em desfavor de outrem, com quem não tivesse qualquer relação jurídica, na expectativa de ser beneficiada pelo julgamento que, dada a ausência de balizas, poderia convalidar suas descabidas pretensões.

70 Delineando os contornos do princípio da cooperação no processo civil brasileiro, conferir José Carlos Barbosa Moreira, In "*A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: terceira série"*, p. 51 e seguintes.

71 Cândido Rangel Dinamarco, In "*Fundamentos do processo...*", Tomo I, p. 285, relaciona a cooperação dos sujeitos parciais com a melhora na prestação jurisdicional, afirmando que "essa cooperação dos interessados (participação, cooperação comprometida com o interesse de cada um) é fator relevantíssimo para o aprimoramento da própria jurisdição como função pública e, consequentemente, para a obtenção do *acesso à ordem jurídica justa*" (grifos do autor).

72 A elevação do princípio da cooperação a extremos, todavia, também não se revela salutar, de modo que não se trata de exigir que os sujeitos parciais forneçam todas e quaisquer informações teoricamente desfavoráveis às suas pretensões, porquanto a imparcialidade é requisito condicionante da atividade do

minimizando-se a importância conferida à persecução da verdade. Vale dizer, com isso o processo deixaria de ser um instrumento destinado a conferir tutela a quem seja dela merecedor, para se tornar um meio de obtenção de tutela por parte daquele que se revelasse melhor preparado para convencer o julgador, independente de ser ele o titular do direito levado a juízo.

Para além disso, transportando a incidência de tal princípio para o campo da atividade do sujeito cognoscente, é possível afirmar que o julgador se vê instado a participar ativamente do processo naquilo que diz respeito à definição e esclarecimento de pontos controvertidos, bem como no que tange a alertar os litigantes acerca das consequências nocivas de seus atos para o bom andamento processual[73].

Todavia, a incidência do princípio da cooperação no processo civil não tem o condão de obrigar os sujeitos parciais da relação jurídica processual a se manifestarem, em juízo, em contrariedade a seus interesses particulares. Em termos mais específicos, é possível afirmar que a estrutura processual privilegia, no que diz respeito à conduta das partes, a defesa dos interesses dela – e não a incidência irrestrita e extremada do princípio da cooperação – os quais influem no comportamento processual do litigante, propiciando que este oculte determinados fatos do conhecimento do julgador ou, ainda, narre-os de maneira a favorecer seus interesses, mesmo que em desconformidade com aquilo que seria ordinariamente tido como verdadeiro[74].

Diante de tal contexto, o julgador se depara com uma situação na qual deve estimular as partes ao cumprimento de seus deveres processuais[75] e, mesmo assim, se vê impedido de levar em consideração tudo aquilo que é trazido ao processo e afirmado por elas, porquanto sabedor dos interesses particulares que as motivam.

órgão julgador, mas não do jurisdicionado.

73 Fredie Didier Jr., In "*Curso de direito...*", Vol. I, p. 93 e seguintes, se manifesta no sentido de afirmar que a incidência do princípio da cooperação gera deveres para as partes e para o juiz, sendo certo que, em relação a este, fala-se nos deveres de lealdade, esclarecimento, consulta e prevenção.

74 Impende ressalvar que a narrativa dos fatos, em juízo, nem sempre se dá em conformidade com aquilo que pode ser considerado como verdadeiro, uma vez que a atuação das partes, por intermédio de seus advogados, pode visar somente a obtenção de decisões favoráveis, decorrentes do poder de persuasão exercido pela narrativa sobre o julgador. Nesse sentido, conferir Michele Taruffo, In "*La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*", p. 70-71.

75 Tanto assim é que a própria sistemática processual prevê medidas destinadas a combater a conduta nociva das partes no decorrer do processo, quer seja por meio da previsão abstrata de deveres e obrigações – tais como o de expor os fatos em juízo conforme a verdade (artigo 14, inciso I do Código de Processo Civil) ou de proceder com lealdade e boa-fé (artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil) – quer seja por meio da criação de instrumentos coercitivos – tais como a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em caso de manifesto abuso do direito de defesa (artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil) ou imposição de multa por litigância de má-fé (artigo 18 e parágrafos do Código de Processo Civil) – a serem utilizados pelo julgador, quando cabíveis.

Mencionada dificuldade, outrossim, repercute no que diz respeito à realização do juízo de cognição, porquanto os fatos e provas carreados aos autos pelas partes, via de regra, são apresentados no intuito de favorecer quem os deduziu ou produziu[76], sendo certo que o compromisso com a persecução da verdade, nesse ponto, passa a ser uma tarefa muito mais relacionada com a atividade do julgador do que com a conduta dos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

Tal constatação permite afirmar que a dinâmica existente entre a observância do contraditório, a realização da atividade cognitiva do julgador e a defesa, pelas partes, de diferentes interesses particulares gera dificuldades quanto à persecução da verdade, em juízo, podendo os reflexos desta conjuntura serem projetados para o plano da iniciativa probatória de ofício, o que passa a ser objeto de análise no Capítulo II do presente estudo.

76 É o que se verifica, por exemplo, pela própria dicção do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO II – A PERSECUÇÃO DA VERDADE NOPROCESSO CIVIL

Partindo-se das noções estabelecidas no Capítulo I, serão analisados assuntos relacionados à persecução da verdade no processo civil, sendo necessário, para tanto, identificar a problemática que envolve o estudo da verdade, indicar os motivos pelos quais sua persecução possui relevância no contexto da relação jurídica processual e o papel que ela desempenha na otimização da prestação jurisdicional.

Assim sendo, procurar-se-á tratar das diferentes implicações que a verdade traz para o processo, indicando-se os motivos pelos quais ela deve ser considerada um valor processual, delineando-se, também, os contornos de sua relação com a aplicação do direito ao caso concreto, a pacificação social e a estabilização das decisões judiciais, de modo que, na parte final do capítulo, possam ser extraídas conclusões acerca da maneira pela qual a persecução da verdade, a cognição e a estruturação do processo limitam a iniciativa probatória de ofício.

Para tanto, em um primeiro momento, será abordado o problema que advém da existência de diferentes conceitos sobre a verdade e as dificuldades que se impõem à sua demonstração em juízo. Posteriormente, será dado destaque específico à relação entre a persecução da verdade e alguns aspectos dos escopos da jurisdição. Nesse sentido, em relação ao escopo político, tratar-se-á da busca pela descoberta da verdade como elemento legitimador da decisão judicial. Quanto ao escopo jurídico, tratar-se-á de sua relação com a atuação do direito ao caso concreto, ao passo que, no que diz respeito ao escopo social, tratar-se-á da persecução da verdade como elemento essencial à pacificação das crises jurídicas.

Na sequência, depois de serem tecidas considerações sobre os motivos pelos quais a verdade deve ser considerada um valor atuante no processo, serão enfrentados temas que contribuem para a constatação acerca da existência de uma relação estreita entre a verdade, os critérios utilizados para a realização do julgamento estatal e a técnica processual.

Com isso, ao final do capítulo, pretende-se ver suficientemente indicados os motivos pelos quais se entende ser a persecução da verdade, em juízo, uma atividade relacionada ao exercício do contraditório e à cognição judicial, sendo possível analisar o fenômeno sob a perspectiva da disciplina processualmente conferida ao direito à prova e à

iniciativa probatória das partes e do juiz.

1. PROBLEMÁTICA

1.1. OS DIFERENTES CONCEITOS SOBRE A VERDADE E SEU CRITÉRIO EM JUÍZO

A problemática que envolve o tema da descoberta da verdade em juízo traz em sua gênese a dificuldade consistente na identificação de um conceito minimamente aceitável como critério universal para se aferir se determinado ato, fato, coisa ou afirmação são ou não verdadeiros[1]. Nesse sentido, as raízes filosóficas que o tema possui contribuem para a indefinição do conteúdo jurídico do vocábulo 'verdade', consistindo, assim, em um complicador para o estudo da disciplina conferida à sua persecução[2].

Por assim dizer, tal dificuldade se deve ao fato de que a verdade a ser buscada em juízo pode ser examinada sob diferentes perspectivas, na medida em que sua verificação pode comportar a utilização de diferentes critérios que variam, não raramente, em função das concepções e convicções dos sujeitos envolvidos em sua descoberta. Nesse contexto, a definição de verdade pode vir a ser confundida com a noção de consenso, com a demonstração científica, com a verificação da ocorrência de consequências lógicas decorrentes da prática de determinados atos ou, ainda, com a demonstração da presença de elementos que identifiquem conceitos comumente adotados e aceitos pela sociedade[3].

No que diz respeito à atuação do julgador durante o processo, a impossibilidade de utilização de um critério universal representa um problema de difícil solução, na medida em que a atividade do sujeito cognoscente demanda a realização de juízos de fato e de valor – sempre na perspectiva da interpretação das normas que integram o ordenamento jurídico –, os quais servirão de base para a formação da decisão final sobre o mérito e que nem sempre coincidirão com as avaliações pessoais realizadas pelos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

Nesse sentido, a subjetividade decorrente da multiplicidade de conceitos acerca do que viria a ser a verdade e a existência de diferentes critérios para sua aferição dificultam

---

1 No âmbito filosófico, o problema da verdade é abordado de maneira específica em Hans-Georg Gadamer, In "*Verdade e método II: complementos e índice*", p. 57 e seguintes

2 Sobre as dificuldades existentes quanto ao estabelecimento de um conceito definindo o conteúdo do vocábulo 'verdade' e as diferenças existentes entre o seu entendimento tradicional e o pós-moderno, conferir Michele Taruffo, In "*La semplice verità...*", p. 74.

3 Acerca dos diferentes critérios por meio dos quais pode ser verificada a verdade, conferir Jacob Bazarian, In "*O problema da verdade...*", p. 142-151.

ainda mais a tarefa consistente em estabelecer limites à sua persecução. Isso porque, em termos práticos, se, para um julgador, determinada situação processual pode ensejar a necessidade de utilização da iniciativa probatória de ofício, para outro, que se depare com a mesma situação, tal esforço pode ser tido por inadequado[4], haja vista a possibilidade de ter este formado seu convencimento no sentido de que o conjunto probatório apresentado espelha, de maneira suficiente, a realidade fática da qual adveio a crise jurídica que deu ensejo à demanda.

Vale dizer, a possibilidade de se verificar tal discrepância na atuação dos julgadores não deriva do exercício de poderes discricionários[5], mas da possibilidade de existirem divergências interpretativas sobre a verificação dos fatos ou da norma aplicável ao caso[6] e, também, em decorrência do fato de suas respectivas atividades cognitivas se encontrarem direta ou indiretamente relacionadas à capacidade intelectual de cada sujeito cognoscente em examinar os elementos de cognição que lhes são apresentados ou, ainda, à sua respectiva formação moral, política ou religiosa, elementos os quais podem influenciar[7] os juízos de fato e de valor a serem realizados sobre as alegações e provas levadas ao processo pelas partes.

Tais considerações se projetam também para a relação existente entre a verdade e o critério de julgamento, quando se trata de identificar os parâmetros que regem a atividade judicial quanto à formação de um estado de convicção[8] sobre os fatos e alegações aptos a influenciar a decisão de mérito.

A esse respeito, parte-se de um pressuposto de que, ao decidir, o julgador avaliou

---

4 A esse respeito, verifica-se a existência de posições no sentido de que, mesmo em casos em que não esteja o julgador satisfeito com o conjunto probatório existente para fins de julgamento, deverá ele se ater às limitações do sistema processual, baseando sua decisão numa espécie de "verdade condicionada". É o que se confere em Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", p. 354.

5 Para uma análise da discricionariedade sob o prisma de sua concepção clássica e moderna, relacionando-se tais conceitos com a atuação do julgador, conferir Gisele Santos Fernandes Góes, In "*Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*", texto contido na obra de José Miguel Garcia Medina et. al. (Coords.), "*Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*", p. 87-93. Sobre a discricionariedade, conferir, ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello, In "*Discricionariedade e controle jurisdicional*", *passim*.

6 A respeito da relação entre discricionariedade e interpretação da norma, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios do juiz*", p. 157, se posiciona no sentido de que "em última análise, deve-se distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação descrita no processo. Na verdade, há apenas uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas, cabe o juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto".

7 Sobre tal influência, conferir item 2.3., Capítulo I.

8 O assunto será abordado posteriormente, mas, desde logo, vale a referência a Moacyr Amaral Santos, que trata do assunto sob o enfoque dos "estados de espírito em relação ao conhecimento", em *Prova judiciária no cível e comercial*, Vol. I, p. 12-15.

todos os elementos constantes do processo e chegou a uma conclusão a qual entende ser minimamente acertada, ainda que esta se dê no sentido de afirmar que o conjunto probatório é insuficiente, situação na qual a decisão deverá se dar com base na distribuição do ônus da prova[9].

Todavia, assim como toda a temática que envolve a verdade e seu critério de aferição, na ausência de previsão legal expressa determinando o que pode e o que não pode ser tido como verdadeiro no processo, a realização dos juízos de fato e de valor pelo julgador sempre será passível de críticas, em razão da subjetividade que é inerente ao desempenho dessas atividades com relação à avaliação dos fatos alegados e provas produzidas em juízo[10].

Percebe-se, assim, que seria recomendável estabelecer um critério objetivo e universal de acordo com o qual se pudesse identificar algo como sendo verdadeiro[11], a fim de que, então, fossem eliminadas as discrepâncias entre os julgamentos de diferentes juízes, de modo que fosse possível conferir um alto grau de previsibilidade ao jurisdicionado com relação ao provimento que este, inicialmente, pretendia obter mediante o exercício do seu direito constitucional de ação.

Ocorre, porém, que o estabelecimento de critérios demasiadamente objetivos a esse respeito é tarefa que incumbe, preferencialmente, à norma legalmente prevista, cuja edição não é de competência do Poder Judiciário. Assim sendo, a dificuldade em se estabelecer um critério objetivo instrumentalmente prático no contexto do processo civil diz respeito, justamente, à definição de seu conteúdo jurídico, na medida em que as leis são elaboradas por indivíduos que, apesar de eleitos pelo voto popular, também tem sua atividade influenciada por diferentes fatores[12] psicológicos, morais, econômicos, intelectuais e

9 O ônus da prova será abordado no Capítulo III. Sobre sua utilização como regra de julgamento, conferir Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, In "*O ônus da prova no direito processual civil*", p. 135-139.

10 Tanto assim é que uma decisão judicial calcada em um alto grau de convencimento do julgador singular pode, por força de julgamento em sede recursal, vir a ser reformada por colegiado que conclua de maneira diversa daquela a que se filiou o juízo *a quo*. Em tal situação, todavia, não se trata de avaliar quem decidiu acertadamente e quem cometeu erros em sua cognição: sob a perspectiva do respectivo órgão singular, sua decisão pode muito bem continuar sendo a correta, entendendo ele ter o colegiado se equivocado, não podendo, contudo, nada fazer a esse respeito. Sob uma perspectiva filosófica, poder-se-ia afirmar que o critério subjetivo da verdade pode variar em função de diversos fatores, dentre os quais se destacam as particularidades do sujeito cognoscente naquilo que diz respeito à sua capacidade intelectual, conhecimento acumulado e convicções pessoais, não se podendo afirmar, com certeza, qual decisão teria melhor avaliado os fenômenos levados a juízo.

11 Trata-se do problema da verdade sob os aspectos objetivo e subjetivo. Tal divisão leva em consideração a definição acerca do que é a verdade e de como ela pode ser obtida através da análise do objeto do conhecimento. Nesse sentido, a divergência doutrinária sobre o assunto fica evidenciada em Jacob Bazarian, In "*O problema da verdade...*", p. 133.

12 Fica-se, dessa maneira, diante de um ciclo vicioso, no qual o estabelecimento de um critério para a

culturais, ficando os legisladores condicionados aos limites de seu conhecimento, experiência e convicções pessoais[13].

Diante de tais considerações, é de rigor concluir que não é possível adotar critérios específicos para a aferição da verdade, a exemplo dos que a relacionam à opinião da maioria ou à noção de consenso, possibilidade ou de mera probabilidade[14].

Vale dizer, mesmo em situações em que se adote o critério científico para a demonstração de determinados fatos, não se pode afirmar com certeza que a conclusão extraída espelha resultado irrefutável, na medida em que aquilo que é tido como verdadeiro pelos atuais padrões científicos pode, no futuro, ser tido como falso ou inexato, por força do desenvolvimento de novas tecnologias.

Em razão de tais dificuldades é que, no âmbito filosófico, os critérios adotados para a aferição da realidade e sua respectiva interpretação sempre foram passíveis de questionamento, em função da relatividade que permeia o conceito central sobre o qual se debruça o observador, qual seja, a definição do que é ou não verdadeiro[15].

Todavia, transportando-se tais considerações para o âmbito da ciência jurídica, apesar de toda a celeuma que envolve a noção filosófica de verdade, é possível afirmar que se faz necessário delinear o papel que esta exerce em juízo, por meio da abordagem da maneira pela qual se dá a sua instrumentalização, para que se possa, com isso, indicar de maneira minimamente suficiente quais os parâmetros da atuação judicial, principalmente

aferição da verdade em juízo se encontra condicionado aos parâmetros estabelecidos pela lei que, por sua vez, deve ser aplicada mediante critérios objetivamente estabelecidos os quais, em razão dos atributos pessoais de seus aplicadores, são influenciados por elementos subjetivos indissociáveis do exercício da atividade judicial. Dessa forma, não se pode estabelecer um critério objetivo acerca do que é verdadeiro ou não, residindo aí um dos principais motivos pelos quais os critérios filosóficos sobre a definição do conteúdo jurídico da verdade não podem ser utilizados como paradigma para a formação do convencimento judicial, sem que sejam devidamente contrabalançados por limitações previstas expressamente no ordenamento jurídico.

13 A abordagem filosófica do problema contribui para a conferência dos devidos contornos à problemática objeto de abordagem neste primeiro momento. Nesse sentido, pode-se afirmar que a indefinição conceitual do vocábulo 'verdade' e os diferentes critérios para sua aferição não são os únicos óbices a serem superados. A esse respeito, conferir Cássio Modenesi Barbosa, In "*A vontade na decisão judicial...*", p. 103 e seguintes.

14 Não se trata de afirmar que a verdade, considerada em si mesma, não existe, mas de indicar os motivos pelos quais a condição humana, a estruturação argumentativa do processo, as dificuldades inerentes à cognição e o subjetivismo atrelado à atividade do julgador impedem sua obtenção em juízo. Nesse ponto, conferir o quadro de Jacob Bazarian, In *"O problema da verdade"*, p. 139-140, onde é realizado o cotejo entre as ciências causais e as disciplinas axiológicas – dentre as quais se destaca o Direito –.

15 Nesse sentido, é a lição de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida, In "*Curso de filosofia do direito*", p. 354, ao afirmar que "a questão da relatividade da verdade jurídica a transforma em um problema. Assim, cada sentença será vista como verdade para uma parte e equívoco para outra. Uma possível forma de minimizar esse problema pode ocorrer pelo aprofundamento do estudo do Direito como arte da prudência que permitirá ao aplicador do Direito perceber não só a interpretação mais adequada de cada caso, como também a decisão mais justa".

naquilo que diz respeito à iniciativa probatória de ofício e ao proferimento de uma decisão de mérito.

1.2. A CONDUTA DAS PARTES COMO ÓBICE À DESCOBERTA DA VERDADE

No contexto do processo, outro elemento que, por vezes, se revela na forma de um óbice à persecução da verdade é a conduta das partes em juízo e a influência que seus interesses pessoais podem exercer sobre a formação da convicção do juiz[16].

Os sujeitos parciais da relação jurídica processual, apesar de terem seus deveres processuais claramente estabelecidos em lei, pautam sua atuação em juízo no sentido de obterem uma decisão judicial favorável. Tal conjuntura influi diretamente no que diz respeito à persecução da verdade, na medida em que a maneira pela qual as partes veiculam informações em juízo afeta a cognição e a conduta do juiz com relação aos rumos que deve tomar o processo[17].

Nesse sentido, em que pese a importância que o princípio da cooperação possui no contexto do processo civil moderno, é de se reconhecer que as aspirações particulares, sob a perspectiva dos litigantes, ocupam papel de preponderância quando de sua atuação em juízo, principalmente naquilo que diz respeito à alegação de fatos e sua demonstração[18].

Demais disso, não somente as peculiaridades referentes à produção de prova se relacionam com as dificuldades impostas à descoberta da verdade em razão da atuação dos sujeitos parciais do processo. Somam-se a isso as limitações cognitivas do órgão julgador e a prática de atos, pelas partes, em contrariedade aos ditames da boa-fé e lealdade

---

16 Quanto à relação existente entre a alegação de fatos, o conhecimento do julgador e a persecução da verdade, deve-se conferir o devido destaque a algumas noções afeitas à filosofia do direito. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Cássio Modenesi Barbosa, In "*A vontade na decisão judicial...*", p. 59, que critica a supervalorização do processo sob o prisma da dificuldade de conhecimento dos fatos, a qual deriva do juízo de cognição "que se faz diante da demanda que se lhe é apresentada. Isto, de per si, é causa de distanciamento dos fatos, uma vez que eles já são filtrados pela interpretação que seus constituintes interpretaram daquilo que vivenciaram. Desta forma, há uma primeira metalinguagem que é realizada pela própria parte quando metaboliza a experiência pela qual passou. Racionalizada esta experiência ela é levada ao advogado que, por sua vez, realiza o mesmo processo, porém fazendo a metalinguagem da metalinguagem, ou uma metalinguagem de segundo grau. Quando finalmente o magistrado toma conhecimento da demanda, a interpretação que realizará já será uma metalinguagem de terceiro grau. Este escalonamento já é bem representativo do grau de distanciamento dos fatos em que se encontra o magistrado quando da decisão. Vale dizer, as cores que enxerga já se encontram por demais esmaecidas".

17 A esse respeito, conferir o Capítulo I, item 3.

18 Em decorrência disso, em diversas situações, a parte que poderia colaborar ativamente para a demonstração de determinado fato pode, por exemplo, se abster de fazê-lo, nos casos em que tal atitude possa vir a lhe causar algum prejuízo.

processual[19].

Vale dizer, nesses casos, em que pese a existência de mecanismos para que determinadas condutas sejam coibidas em juízo, não se pode olvidar a complexidade que é inerente à tarefa de identificar tais comportamentos, porquanto se revela demasiadamente difícil, salvo em casos extremos, a demonstração da má-fé ou do abuso de direito de defesa[20].

Constata-se, assim, que as aspirações particulares[21] influenciam o próprio processo cognitivo do julgador, gerando dificuldades à persecução da verdade em juízo, cabendo verificar, em momento posterior, até que ponto as partes podem agir, em juízo, para demonstrar suas pretensões, sem que isso represente infringência à persecução da verdade e à sistemática processual.

1.3. DEMONSTRAÇÃO DA VERDADE EM JUÍZO: POSSIBILIDADE?

Por fim, como componente da problemática que envolve a descoberta da verdade em juízo, destaca-se a complexidade da tarefa de demonstrar os fatos mencionados nas alegações deduzidas pelas partes perante o julgador, em função das limitações inerentes à sistemática processual[22]. Isso porque, apesar de a verdade não ser um dos escopos do

---

19 Nesse ponto, a lealdade e a boa-fé, no processo civil, se relacionam com o dever de veracidade, a exemplo do contido em Helena Najjar Abdo, In "*O abuso do processo*", p. 134. Importante ressaltar, todavia, que a adoção de uma concepção restritiva acerca da noção de "dever de veracidade" – como imperativo do processo – geraria incongruências na sistemática processual, mormente naquilo que diz respeito à distribuição do ônus da prova, impossibilitando o julgador de decidir em determinadas situações. Nesse sentido, Franco Cipriani, In "L'avvocato e la verità", texto contido na obra de Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide De Moraes, "*Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*", p. 821-822, afirma que "se le parti fossero tenute a dire la verità, il giudice sarebbe costretto a credere alle parti anche quando affermano fatti favorevoli a sé, com la conseguenza che, salvo a non voler far vincere la causa ad entrambe le parti, il processo ne sarebbe snaturato, in quanto il giudice, non potendo più contare sul principio dell'onere della prova, sarebbe nella sostanziale impossibilità di giudicare".

20 É necessário identificar, no entanto, critérios minimamente objetivos para que se possa aferir a existência de abuso do direito de defesa. Nesse sentido, Helena Najjar Abdo, *Op. Cit.*, p. 197, afirma que "o abuso apenas ocorre quando não se verifica uma relação instrumental apropriada entre um remédio processual e os fins ou efeitos dele extraídos. É essa a chave para a compreensão da distinção entre emprego *legítimo* (em que se circunscreve a ampla defesa) e o emprego *abusivo* dos instrumentos processuais de defesa".

21 A relação entre a persecução da verdade e a conduta das partes que visam à demonstração da veracidade de suas alegações perante o julgador é sintetizada pela asserção de Hans-Georg Gadamer, In "*Verdade e método II...*", p. 58, ao afirmar que "ninguém é mais intolerante do que aquele que quer comprovar que aquilo que ele diz deve ser a verdade". Partindo-se desse pressuposto, não se pode olvidar que a conduta dos sujeitos parciais da relação jurídica processual deve ser analisada com o devido tempero naquilo que diz respeito à persecução da verdade em juízo.

22 Vale dizer, a constatação de fatos, em si mesma considerada, não é ato de difícil realização. A dificuldade surge quando se transporta tal constatação para o âmbito do processo, na medida em que o julgador, em regra, não participou do momento em que ocorreu o fato alegado em juízo. Dessa forma, qualquer dos indivíduos envolvidos na demanda tem a capacidade de constatar, de maneira empírica, por exemplo, se,

processo, sua persecução e demonstração em juízo são de importância para a adequada solução do litígio[23]. Assim sendo, não se pode olvidar que a existência de limitações decorrentes da própria sistemática processual, naquilo que diz respeito à comprovação das alegações sobre fatos deduzidas em juízo, pode representar obstáculo à atuação do julgador.

De início, pode-se mencionar a dificuldade das partes em demonstrar ao juiz – que não estava presente no momento da prática dos atos que deram ensejo à situação de crise na relação jurídica material – a veracidade de suas alegações de maneira suficientemente objetiva. Vale dizer, novamente, que aquilo que pode ser considerado demonstrado para um determinado julgador, pode ser tido por insuficiente para outro mais meticuloso, necessitando este de maiores informações para formar seu convencimento.

Em adição a tal óbice, destacam-se, ainda, a inaptidão de determinados meios de prova à comprovação de certos fatos e a necessidade de produção antecipada de provas de natureza urgente. No que tange à primeira situação, é possível afirmar que, apesar da ampla variedade de meios de provas colocados à disposição das partes, há situações nas quais estes se revelam insuficientes, sendo necessário recorrer à utilização de meios atípicos ou demasiadamente custosos e demorados[24], os quais, todavia, podem ser a única maneira de levar uma determinada informação ao conhecimento do julgador, para que forme seu convencimento acerca de um fato.

Nessas situações, fica evidente a dificuldade que é tentar demonstrar ao sujeito cognoscente a veracidade dos fatos alegados, desestimulando-se, então, a utilização de tais meios de prova, privilegiando-se outros mais céleres e menos custosos que, no caso concreto, podem não se revestir da mesma força persuasiva, contribuindo de maneira menos eficiente para a formação do convencimento judicial.

Somam-se a isso outros fatores, como a restrição à utilização do conhecimento privado do julgador acerca dos fatos que ele tenha tomado conhecimento fora do

---

no momento da ocorrência de um acidente de trânsito, estava ou não chovendo. No entanto, a demonstração de tal condição perante o julgador é dificultosa, no sentido de que seu convencimento acerca da existência ou não de tal situação dependerá do exame dos elementos a ele apresentados em juízo. Daí se ressaltar, a esse ponto do estudo, a dificuldade existente relacionada à atividade de demonstração da verdade em juízo. A esse respeito, conferir Kazuo Watanabe, In "*Cognição...*", p. 69-70.

23 Nesse sentido, conferir Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito processual...*", p. 209.

24 É o caso, por exemplo, da necessária tradução de documentos de línguas estrangeiras por tradutores juramentados ou, ainda, a realização de provas periciais que, de regra, demandam lapso temporal consideravelmente maior do que aquele necessário para a produção de provas por meios diversos.

processo[25], ou à utilização de provas emprestadas[26] e a existência de formalismos desnecessários por parte da técnica processual, o que prejudica a dinamização do processo.

Nesse contexto, portanto, ficam evidenciadas algumas das dificuldades que compõem a problemática que envolve a descoberta da verdade em juízo, sendo necessária a sua compatibilização com a sistemática processual a fim de que se identifiquem situações nas quais a superação de tais óbices pode vir a ser tida por consentânea com o ordenamento jurídico.

2. A IMPORTÂNCIA DA PERSECUÇÃO DA VERDADE

2.1. VERDADE E O ARGUMENTO DO PODER

A evidenciação da importância da descoberta da verdade em juízo exige a superação de um obstáculo que é representado pela utilização do argumento do poder para justificar a correção das decisões judiciais.

A esse respeito, a realização de análise simplista acerca da prestação jurisdicional leva à conclusão de que a execução dos comandos contidos na decisão judicial encontra fundamento de validade e aplicação no exercício da jurisdição, na condição de poder do Estado.

Como consequência da adoção dessa premissa, poder-se-ia afirmar que, sob a perspectiva do escopo político da jurisdição[27], todo e qualquer ato praticado pelo órgão jurisdicional durante o processo seria legítimo e válido, desde que emanado da autoridade competente investida de poder jurisdicional[28], ainda que praticado em afronta à sistemática processual.

Todavia, se se tomar tal argumento como sendo único e suficiente para conferir legitimidade às decisões judiciais, haverá também de se reconhecer que todos os valores, garantias e princípios que compõem o sistema processual ficam a ele subordinados,

---

25 Vide Capítulo I, item 2.3.

26 Podem ser verificadas algumas restrições à utilização da prova emprestada, como sua natureza, a obediência aos requisitos para sua produção e a participação das partes em contraditório no processo do qual ela será extraída. Em linhas gerais sobre o assunto, conferir Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", Vol. 2, p. 363.

27 A relação entre verdade e o escopo político da jurisdição será tratada no item subsequente.

28 Abordando o tema sob o enfoque da verdade e da prova, mas alertando para os perigos advindos da adoção da adoção de perspectiva demasiadamente restritiva, Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", Vol. I, p. 16, alerta que "se a verdade pudesse ser resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a Justiça seria o arbítrio e o Direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pelo Estado de distribuí-lo".

esvaziando-se, assim, o caráter democrático do processo[29].

Nessa senda, o argumento do poder simplifica demasiadamente a maioria dos debates jurídicos acerca da legitimação das decisões judiciais, dentre os quais, por sinal, reside aquele que diz respeito à importância da persecução da verdade no sistema processual civil.

Por assim dizer, tomando-se o poder estatal de dizer e aplicar o direito como sendo o único critério para aferição da legitimidade das decisões judiciais, seria possível chegar ao ponto de afirmar que uma decisão que tenha negligenciado o contraditório, a ampla defesa ou a imparcialidade estaria de acordo com o ordenamento jurídico[30]. Sabe-se, no entanto, que tal argumento é falso.

O poder de fazer valer a sua decisão pelo exercício da jurisdição é ínsito à noção de Estado, mas, ao longo do tempo[31], encontrou diversos fundamentos e formas de legitimação. Na feição atual que o Estado possui, a preservação de garantias conferidas aos jurisdicionados e a busca pela preservação de valores processualmente atuantes representam meios pelos quais se legitima a prestação jurisdicional[32], conferindo-se, assim, maior grau de aceitação e conformação das decisões judiciais perante a sociedade como um todo.

Dentre as garantias e valores constitucionalmente privilegiados (implícita ou explicitamente), em termos genéricos, podem ser destacados o contraditório, a ampla defesa, a celeridade processual, efetividade, o juiz natural, a boa-fé, a publicidade, a intimidade, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e a proibição de produção de provas ilícitas[33]. Todos esses mecanismos, de um modo ou de outro, se relacionam com a prestação jurisdicional e, por consequência, com os escopos do processo, na medida em que um modelo estatal de resolução de controvérsias desprovido dessas

29 Tal crítica é reproduzida por Cássio Modenesi Barbosa, In "*A vontade na decisão judicial...*", p. 114-115, sob a perspectiva filosófica, nas considerações realizadas no sentido de desconstruir a base teórica do positivismo jurídico na qual a lei é colocada ao centro do sistema de modo a fazer com que se deturpe a própria essência do Estado Democrático de Direito.

30 A esse respeito, conferir o posicionamento de Cássio Modenesi Barbosa, In "*A vontade na decisão judicial...*", p. 57.

31 Conferir a obra de José Rogério Cruz e Tucci, In "*Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*", *passim*.

32 Sobre a legitimação das decisões judiciais, conferir Kevin M. Clermont, In "*Standards of proof revisited*", texto contido em "*Vermont Law Review*", Vol. 33. 2009, p. 171 e seguintes, disponível em http://lawreview.vermontlaw.edu/files/2012/02/14-Clermont-Book-3-Vol.-33.pdf, acessado em 24 de abril de 2012, às 10:32 horas.

33 Corroborando a indicação das garantias a serem observadas em juízo e fazendo a ressalva de sua respectiva importância para a atuação do legislador, quando da elaboração da norma abstrata, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo e técnica processual*", p. 492-493.

garantias e valores haveria de buscar legitimação em critérios diversos – como no exercício arbitrário do poder estatal[34], por exemplo – o que certamente diminuiria o grau de aceitação das decisões judiciais por parte da sociedade.

Com esse pano de fundo, diversos outros elementos se destacam na seara da legitimação das decisões judiciais, tais como, o respeito ao caráter democrático do processo como contraposição ao arbítrio judicial, a imparcialidade do julgador, as regras de competência absoluta e, naquilo que diz respeito ao objeto do estudo, a persecução da verdade em juízo.

2.2. VERDADE E LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A análise da verdade sob a ótica da legitimação das decisões judiciais é tema de importância para o desenvolvimento do estudo[35], relacionando-se diretamente com a consecução do escopo político da jurisdição, que, dentre outros, diz respeito à afirmação do caráter cogente das normas e à obrigatoriedade do cumprimento dos comandos estatais proferidos com vistas a colocar fim à crise que deu ensejo à demanda[36].

No entanto, para que a decisão judicial não se legitime pura e simplesmente pelo argumento do poder estatal de fazer valer suas decisões[37], faz-se necessário que, ao longo

---

34 O argumento do poder estatal se relaciona diretamente com o positivismo jurídico, representando concepção que, nos dias atuais, não mais é aceita em sua completude, uma vez que a norma posta também pode ser arbitrária, socialmente inadequada ou injusta. Sobre o assunto, em esclarecedora contraposição com a doutrina jusnaturalista, Norberto Bobbio, In "*Teoria da norma jurídica*", p. 60 assim se posiciona: "A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos essa doutrina de *positivismo jurídico*, embora devamos convir que a maior parte daqueles que são positivistas na filosofia e teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo 'positivismo' se refere tanto a uns quanto a outros) nunca sustentaram uma tese tão extremada".

35 Sob uma perspectiva macroscópica, a verdade também atua no campo da relação Estado-particular, principalmente quando analisada sob o prisma da ética, moral e valores constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, poder-se-ia ia dizer que a verdade possui um valor social (além do processual que se pretende demonstrar no presente estudo), na medida em que serve de ponto de partida para que o indivíduo confie na atuação estatal e, ainda sob essa perspectiva, seja respeitado o caráter democrático do Estado. É o que se extrai da leitura de Michele Taruffo, In "*La semplice verità...*", p. 92-97.

36 Sobre os diversos aspectos do escopo político do processo, segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 199, pode-se identificar a existência de três deles, consubstanciados na forma a) da afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente, b) da concretização do culto ao valor liberdade e c) da assecuração da participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política.

37 A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 200 afirma que "sem dúvida, a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, *por meios legítimos*. A isso concorre o processo, não agora encarado o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas na soma de todos os casos trazidos a exame".

do processo, tenha sido conferida a possibilidade de participação dos jurisdicionados e, sob a perspectiva do tema abordado no presente capítulo, que a persecução da verdade tenha sido uma das diretrizes adotadas pelo juiz, durante a condução do feito.

Em síntese, isso significa dizer que padece de legitimidade o julgamento proferido em um processo no qual o órgão jurisdicional não pautou sua atuação na busca pela verdade acerca daquilo que foi alegado pelas partes, restando caracterizada, ante tal situação, infringência ao conteúdo jurídico do escopo político da jurisdição.

Vale dizer, uma vez vedada a autotutela[38-39], o Estado assume para si a responsabilidade de resolver os conflitos decorrentes das relações jurídicas materiais, por meio do exercício da jurisdição. Com isso, tem-se que a renúncia ao exercício da autotutela, pelo jurisdicionado, se baseia na premissa, ainda que implícita, de que a prestação de tutela jurisdicional pelo Estado ao particular se baseará em critérios mínimos de conduta, estabelecidos no ordenamento jurídico como legitimadores da atuação do ente estatal, derivados diretamente da influência que a própria sociedade possui na definição dos meios a serem utilizados e dos fins que seu sistema jurídico deve, por intermédio deles, perscrutar[40].

Nesse contexto, a persecução da verdade, apesar de não ser um escopo da jurisdição[41], ocupa lugar de destaque como um desses critérios mínimos para o

38 Sobre a autotutela, Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral...*", p. 27, afirmam que seus traços característicos são fundamentalmente dois: "a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra".

39 Cintra, Grinover e Dinamarco, *Ibidem*, p, 29, retratam a maneira pela qual a autotutela perdeu campo para o exercício da jurisdição estatal como meio de resolução de conflitos, afirmando que "essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas".

40 Nesse sentido, Michele Taruffo, In "*La semplice verità...*", p. 97-98, afirma que "nel contesto etico-politico che così viene a delinearsi ha senso porsi il problema se vi sia, ed eventualmente quale sia, il valore della verità nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. *Prima facie* verrebbe da dire que tale valore esiste ed è rilevante. Da un lato, l'amministrazione della giustizia costituisce un settore importantíssimo della vita sociale e dell'attività dello Stato, sicché in essa dovrebbero ritrovarsi i medesimi valori di verità che costituiscono – come si è appena visto – i criteri costitutivi del corretto funzionamento del sistema socio-politico. Sarebbe a dir poco paradossale immaginare un sistema democratico, ispirato al valore della verità, nel quale però l'amministrazione della giustizia non si ispiri a tale valore, o addirittura si fondi sistematicamente sull'errore, sulla menzogna e sulla distorsione della veritá. Dall'altro lato, il binomio 'verità e giustizia' ricorre spesso nel linguaggio comune e – si potrebbe dire – nell'inconscio collettivo, ove i due termini sono strettamente connessi. Ad esempio, si pensa che i testimoni debbano dire la verità, che i diritti esistano se e quando sono veri i fatti sui quali si fondano, che sia colpevoli solo quando è vero che si è commesso un reato, e così via".

41 Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 17, afirma que "não pode o julgador, é óbvio, transformar a verdade no fim do processo e só decidir quando se sentir absolutamente convicto de havê-la encontrado. Mesmo porque outro é o escopo a ser alcançado mediante a atividade jurisdicional. O juiz, seguindo o método de trabalho instituído pelo legislador, ao qual se

desenvolvimento regular do instrumento pelo qual se pretende oferecer tutela jurisdicional às pessoas. Isso porque, ainda que não haja norma específica nesse sentido, os jurisdicionados partem do pressuposto de que o sistema processual se baseia em diretrizes jurídicas que remetem a noções éticas mínimas, inclusive naquilo que diz respeito à persecução da verdade em juízo.

Em outros dizeres, antes de ingressar em juízo, os indivíduos idealizam o processo sob a perspectiva de que os atos do órgão estatal incumbido da resolução da situação de crise se pautarão, dentre outros critérios, na persecução da verdade acerca dos fatos e alegações deduzidos, ainda que sua obtenção seja, de fato, impossível.

Vale dizer, caso assim não fosse, acabar-se-ia por descaracterizar o sistema processual, anteriormente retratado no Capítulo I, baseado no contraditório e na cognição do julgador, à medida em que lhe seria conferido um caráter aleatório ou randômico, ao afirmar que a verificação da veracidade dos fatos necessários para a resolução do litígio não seria uma diretriz a ser seguida pelo órgão estatal.

Todavia, se de um lado o sistema processual privilegia a busca pela descoberta da verdade, de outro, os resultados decorrentes de tal atividade não vinculam o convencimento do julgador, sendo-lhe conferida a possibilidade de decidir em contrariedade às provas constantes dos autos, desde que de maneira fundamentada[42].

Essa contraposição representa, no contexto do sistema processual civil, de um lado, a confiança que é depositada no sujeito incumbido do exercício do poder jurisdicional, no sentido de que ele desempenhará seu mister da forma mais adequada possível e, de outra ponta, um mecanismo destinado a evitar a criação de uma ditadura das provas[43], na medida em que se confere ao órgão jurisdicional a prerrogativa do livre convencimento motivado, ainda que em contrariedade ao conjunto probatório.

Dessa forma, o que caracteriza a relação existente entre a verdade e a legitimação das decisões judiciais não é a obtenção daquela a qualquer custo, mas o reconhecimento de sua importância no contexto da instrução processual[44], mormente no que diz respeito à

---

denomina processo jurisdicional, busca a aplicação do direito ao caso concreto, com a consequente eliminação das controvérsias e a pacificação social".

42 Trata-se aqui da tradução da garantia constitucional prevista na forma do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

43 O tema será objeto de tratamento no Capítulo IV, quando for abordada a existência ou não de vinculação do julgador à prova. Vale ressaltar, porém, que não se trata de proferir decisões que contrariem evidentemente as provas apresentadas em juízo, mas sim de se obrigar o julgador a privilegiar, na medida do possível, a persecução da verdade.

44 A respeito de tal importância, com ênfase nas previsões legais acerca da persecução da verdade, conferir

consecução do escopo político da jurisdição. A esse respeito, inclusive, cumpre destacar que a busca pela descoberta da verdade, além de servir de elemento legitimador do exercício do poder jurisdicional, tem papel importante na atuação do direito substancial e na pacificação social, como será demonstrado a seguir.

2.3. VERDADE E APLICAÇÃO DO DIREITO

Com relação ao escopo jurídico[45] da jurisdição, pode-se afirmar que este diz respeito à aplicação e atuação das normas de direito substancial[46], uma vez que o exercício da atividade jurisdicional visa solucionar a situaçãod de crise, por intermédio da aplicação do ordenamento jurídico, mormente no que se refere às normas de direito substancial[47-48].

Nesse contexto, a persecução da verdade ganha importância frente ao escopo jurídico da jurisdição, na medida em que ela representa mais um dos elementos que contribuirão para o aperfeiçoamento da decisão judicial, a fim de que se conceda o direito substancial a quem demonstre dele ser titular. Nesse sentido, pode-se dizer que a busca pela descoberta da verdade em juízo potencializa a correção das decisões judiciais, porquanto permite ao julgador conhecer do maior número de elementos de convicção que se foi possível obter, para formação de seu convencimento[49].

Nesse contexto, apesar das considerações tecidas nos itens 1.1., 1.2. e 1.3. deste

---

José Carlos Barbosa Moreira, In "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba", texto contido na obra do mesmo autos, "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 79.

45 Vale dizer, o escopo jurídico não tem finalidade de criar o direito ou de estabelecer a regra que vai disciplinar a solução concreta do caso, consistindo, ao revés, na atuação da lei (previamente existente) sobre a relação jurídica levada a juízo. Nesse sentido, conferir os posicionamentos de Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 246 e, do mesmo autor, In "*Instituições...*", Vol. I, p. 138-139.

46 Em perspectiva condizente com a doutrina instrumentalista, mas partidária de concepção diferente quanto ao alcance do escopo jurídico do processo, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e Processo...*", p. 74 afirma que "no escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz. (…) Em última análise, o escopo do processo é jurídico, não obstante deva o juiz atuar a vontade concreta da norma de direito material de modo a adequá-la à realidade social, atingindo, assim, o escopo social do processo".

47 Cintra, Grinover e Dinamarco, In "*Teoria Geral...*", p. 147, afirmam que o escopo jurídico da jurisdição atua no sentido de "que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. (…) Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)".

48 Em verdade, essa definição simplista acerca do escopo jurídico, quando enfrentada de maneira mais detida, revela afinação com a noção de instrumentalismo processual, mediante a qual se enxerga o processo como um instrumento destinado ao alcance dos escopos da jurisdição, eliminando-se a existência de formalidades desnecessárias, sanando-se vícios de forma, servindo, ainda, de pressuposto para a atuação de ofício do julgador.

49 Cuidando do tema da verdade no processo, Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", Vol. 2, p. 324, se posiciona no sentido de afirmar que o julgador deve se contentar com a "verdade suficiente" ou a "quantidade suficiente de certeza histórica" para que possa ser proferida a decisão judicial.

Capítulo, pode-se afirmar que a estruturação do processo faz com que a atuação das partes se dê mediante a veiculação de informações as quais devem se revestir de um grau mínimo de veracidade, a fim de que o julgador possa nelas se pautar para fazer atuar o direito substancial[50].

Em termos específicos, é o que a sistemática processual pretende obter mediante a imposição, às partes, de deveres processuais como o de lealdade, boa-fé ou, ainda, de não falsear ou omitir a verdade dos fatos, sendo estabelecidas sanções aos sujeitos que infringirem tais ditames.

Dessa forma, pode-se afirmar que o papel conferido à persecução da verdade, dentro da sistemática processual, se relaciona diretamente com a consecução do escopo jurídico da jurisdição[51]. Isso porque, ao se sinalizar para a parte que as informações por ela veiculadas deverão atender a uma mínima correspondência com a realidade fática, aumenta-se a possibilidade de que a decisão judicial proferida esteja suficientemente adequada à situação de fato que deu ensejo à demanda.

Outrossim, a relação existente entre a persecução da verdade e o escopo jurídico da jurisdição projeta seus efeitos para o âmbito da estabilização das decisões judiciais, na medida em que as decisões baseadas em fatos e alegações comprovadamente inverídicos têm sua imutabilidade desprestigiada pelo sistema processual, sendo passíveis de modificação, vale dizer, até mesmo depois do trânsito em julgado[52].

Analisando-se tal temática sob a perspectiva reversa, tem-se que a decisão judicial baseada em uma reconstrução fática que se aproxima da realidade tem maior aptidão para corretamente aplicar o direito substancial à espécie e produzir efeitos materiais que se projetam para fora do processo, tendendo a um maior grau de pacificação social, reafirmação da ordem jurídica e efetivação dos direitos subjetivos.

---

50 Para além disso, importante ressaltar que, de acordo com o artigo 339 do Código de Processo Civil, "*ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*".

51 De forma mais taxativa do que aquela empregada no texto é o posicionamento de Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", Vol. I, p. 16, no sentido de que "a verdade sobre o fato precisa aparecer para que um direito possa realizar-se ou tornar-se efetivo".

52 Em razão disso, é possível sinalizar-se para a existência de uma relação entre a descoberta da verdade e a estabilização das decisões judiciais, principalmente quando se proceda à análise do fenômeno sob a perspectiva da ação rescisória proposta com fundamento nos incisos VI, VII e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil. Trata-se, aqui, das hipóteses em que a sentença que julga o mérito poderá ser rescindida, após seu trânsito em julgado, quando estiver fundada em prova cuja falsidade tenha sido demonstrada no bojo da própria ação rescisória ou em processo criminal, ou na situação em que o autor obteve documento novo de importância tal que lhe asseguraria a obtenção de decisão favorável ou, ainda, nos casos em que a decisão se fundasse em erro de fato, derivado de atos ou documentos constantes no processo.

Diante de tais colocações, pode-se afirmar que a relação entre a persecução da verdade e o escopo jurídico da jurisdição projeta seus efeitos sobre a decisão judicial, tanto naquilo que diz respeito à atuação do direito substancial – pela máxima aproximação entre o provimento e a situação de fato – como naquilo que tange à pacificação social duradoura, uma vez que tal decisão venha a se basear, na medida do possível, em acentuado grau de conformidade com a situação fática que ensejou a demanda.

2.4. VERDADE E PACIFICAÇÃO SOCIAL

No que diz respeito ao escopo social da jurisdição, além daquilo que já foi objeto de estudo nos itens anteriores, deve-se destacar também o papel que a persecução da verdade desempenha perante a educação jurídica dos indivíduos[53].

Nesse sentido, pode-se afirmar que a adoção da persecução da verdade como sendo uma diretriz a ser buscada pelo julgador incute no indivíduo a ideia de que o cometimento de práticas incompatíveis com o ordenamento jurídico será devidamente apurada em juízo, não ficando imune à atuação jurisdicional[54].

Vale dizer, se a decisão judicial não se pautar em critérios minimamente relacionados à descoberta da verdade, não haverá como se falar em desenvolvimento da educação jurídica dos integrantes da sociedade, sendo certo que tal situação fará com que os comportamentos ilícitos sejam estimulados no plano dos fatos. Isso porque, ausente a verdade como valor processualmente atuante, as condutas desconformes ao ordenamento jurídico poderão ser tidas, pelo julgador, como adequadas ou até mesmo inexistentes, haja vista a ausência de critérios para que o órgão jurisdicional elabore juízos acerca da veracidade das alegações[55] deduzidas pelos integrantes da relação jurídica processual.

53 Sobre a educação como aspecto relevante do escopo social, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 191-192, esclarece que "outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico 'vá buscar seus direitos' que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas" (grifo do autor).

54 A esse respeito, conferir Cândido Rangel Dinamarco, *Op. Cit.*, p. 280.

55 Ressalta-se, no entanto, que tal situação difere daquelas outras nas quais tenha havido erro na atuação do julgador. Nesses casos, ainda que um ato ilícito tenha sido considerado como lícito ou inexistente, tratar-se-ia de hipótese de incorreção na atuação jurisdicional resultante de falha na compreensão dos fatos ou, ainda, da impossibilidade de se lhes aferir a respectiva veracidade. Por assim dizer, apesar de o resultado prático poder ser o mesmo nas duas hipóteses – tanto no caso de se negar a relação entre a veracidade e o escopo social da jurisdição como na hipótese de haver erro no acertamento dos fatos e alegações pelo julgador –, a diferença reside na diretriz processual que deve ser buscada: na primeira situação, a decisão

As mesmas considerações se aplicam, vale lembrar, à outra faceta do escopo social da jurisdição, qual seja, a pacificação dos conflitos. Isso porque o fato de a decisão ter sido proferida em virtude do exercício da jurisdição não é suficiente para que se afirme que, com isso, houve a pacificação do conflito que deu ensejo à demanda[56]. Além disso, é necessário que o julgamento seja acompanhado de uma noção mínima de justiça, sendo esta consubstanciada na forma da máxima aproximação entre a tutela jurisdicional e o resultado que poderia ser obtido pelo adimplemento voluntário da obrigação.

Todavia, para que este resultado seja alcançado de maneira satisfatória por meio do exercício da função jurisdicional, necessita-se que a decisão judicial se paute em juízos de valor sobre a veracidade dos fatos e alegações deduzidas no processo, uma vez que uma decisão calcada em elementos inverídicos, por mais que se aproxime do resultado que seria obtido pelo adimplemento voluntário da obrigação, sempre representará uma mácula à noção de justiça que deve qualificar a pacificação social[57].

2.5. VERDADE COMO VALOR PROCESSUAL A SER BUSCADO

Em razão de todos os argumentos acima deduzidos, verifica-se que a verdade e sua persecução possuem, na sistemática processual civil, relação com a consecução dos diferentes escopos da jurisdição, na medida em que, ao mesmo tempo, atuam no sentido de legitimar a decisão judicial, contribuir para a educação e pacificação social com justiça e permitir uma melhor aplicação do direito substancial sobre o qual se discute em juízo.

Tais constatações contribuem para evidenciar a importância que deve ser atribuída à persecução da verdade no processo civil, pois, apesar da dificuldade existente no trato das questões que envolvem o conceito de verdade e o critério adotado para sua aferição, é imperativo que se conclua pelo seu enquadramento como sendo um valor[58]

judicial sempre estará em desconformidade com as diretrizes processuais, dada a desconsideração da busca pela descoberta da verdade; na segunda situação, a decisão judicial, apesar de ter sido proferida em desconformidade com a situação fática que deu ensejo à demanda, terá, naquilo que tange à obrigatoriedade de se buscar a veracidade das alegações, se adequado aos preceitos do sistema.

56 Trata-se justamente do problema da legitimação das decisões judiciais por intermédio do argumento do poder. A esse respeito, conferir item 2.1., *supra*.

57 Sobre a importância do escopo social frente ao escopo jurídico Cintra, Grinover e Dinamarco, "In *Teoria Geral...*", p. 147, asseveram que "a afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade)".

58 As modificações sociais contribuem para agregar complexidade ao estudo da atuação de valores no

processualmente relevante.

Vale dizer, a persecução da verdade deve ser entendida como um valor processualmente atuante, em razão de sua importância no âmbito da iniciativa probatória dos sujeitos da relação jurídica processual e da prestação jurisdicional adequada, haja vista, inclusive, a preocupação que é a ela dispensada pela técnica processual[59-60].

Nesse sentido, é de se constatar que, dentre as construções lógicas que fundamentam a existência de regras disciplinando a prova no processo civil, a demonstração dos fatos e das alegações em juízo pressupõe a persecução da verdade – ainda que esta, em si mesma considerada, não seja passível de obtenção ou constatação objetivamente considerada no âmbito da ciência jurídica[61]. Cita-se, como exemplo, a previsão legal constante do artigo 333 do Código de Processo Civil da qual se pode extrair a necessidade de pertinência entre os meios de prova e a comprovação, direta ou indireta, das alegações deduzidas pelas partes e dos fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Dessa forma, ante seu relacionamento com os escopos do processo, a técnica processual e as regras de direito probatório, imperioso reconhecer que a verdade pode ser entendida como um valor a ser buscado no contexto do processo civil, porquanto a compreensão dos fatos contribui para a prestação de tutela jurisdicional adequada. Transportando-se tais considerações para o âmbito do objeto principal do presente estudo, o que se constata é que a compreensão da verdade como valor[62] processualmente atuante

---

direito, na medida em que se deva verificar, no seio da sociedade, quais são aqueles que merecem maior ou menor guarida, diante das situações vivenciadas pelos indivíduos. O mesmo se dá no âmbito do direito, ainda mais naquilo que diz respeito ao tema principal do estudo, dada sua interdisciplinaridade. A esse respeito, conferir Newton de Oliveira Lima, In "*Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*", p. 21-23.

59 A técnica processual, entendida como "a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados" (Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 264), privilegia a persecução da verdade de diversas maneiras, citando-se, a título exemplificativo, a disciplina conferida à iniciativa probatória de ofício, relacionada ao artigo 130 do Código de Processo Civil, dentre outros.

60 A técnica processual legalmente prevista corrobora o enquadramento da verdade como um valor processual a ser buscado. Assim sendo, justifica-se a lição de Miguel Reale, In "*Lições preliminares de direito*", p. 290, ao afirmar que o "fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor". Nesse sentido, quando a legislação desenvolve técnicas destinadas à persecução da verdade, evidencia-se seu caráter de valor processualmente atuante.

61 Acerca da impossibilidade de obtenção da verdade e da relatividade inerente a seu conceito, Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", Vol. I, p. 12 afirma que "se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são aqueles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço".

62 Pode-se afirmar que o valor tem diversos caracteres identificadores, dentre os quais se destaca, no contexto da abordagem realizada, a bipolaridade. Nesse sentido, Miguel Reale, In "*Filosofia do direito*",

fundamenta a utilização dos poderes do juiz, a fim de que este obtenha uma profícua formação de seu convencimento.

No entanto, insta destacar que, apesar de toda a importância conferida à verdade no contexto do processo civil, o sistema jurídico não comporta a existência de valores absolutos[63] em si mesmos considerados[64], havendo situações nas quais se faz necessária a devida compatibilização deles, no processo[65].

Assim sendo, importante destacar que, em que pese a verdade ser um valor importante para o processo – principalmente no âmbito do direito probatório e da decisão judicial –, diversos outros elementos contribuem para o aumento da complexidade da tarefa do julgador[66] naquilo que tange à verificação dos fatos, variando tais dificuldades, mormente, em função do direito substancial envolvido, do interesse das partes, e das limitações decorrentes do sistema processual vigente. Por assim dizer, a compatibilização de valores é tarefa cabente ao julgador, no curso do processo, na medida em que deve ele levar em conta todos os elementos que contribuem para que a prestação jurisdicional se adeque, o máximo possível, aos ditames previamente traçados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, mencionada tarefa é dotada de alto grau de complexidade, na medida em que direitos, princípios, institutos e valores, tais como privacidade, intimidade, contraditório, a prova, a inércia jurisdicional, a celeridade e a efetividade podem assumir, conforme o contexto do processo no qual se esteja exercendo a atividade jurisdicional,

---

p. 189, constata, inicialmente, que o valor, apesar de existir quando em si mesmo considerado, no contexto do processo, necessita de uma referibilidade com relação a outros valores processualmente atuantes. No caso da verdade, saliente-se, tal bipolaridade se refere aos desvalores representados pela inverdade ou pela dúvida, sendo certo que tal dinâmica repercute na utilização dos poderes instrutórios, dentre os quais se situa a iniciativa probatória de ofício.

63 A esse respeito, conferir Ada Pellegrini Grinover, In "*O processo em evolução*", p. 42.

64 O caráter absoluto não pode ser conferido a um valor em si mesmo considerado, porquanto isso consubstanciaria uma regra geradora de desprestígio aos demais valores processuais, o que inviabilizaria a atuação do julgador e prejudicaria a adequação da prestação jurisdicional às necessidades decorrentes do caso concreto. Vale dizer, no entanto, que, apesar de não haver valores absolutos em si mesmos considerados, quando analisados em função de determinada peculiaridade da relação jurídica material levada a juízo, é possível que algum valor assuma importância tal que seja impassível de ser mitigado por parte de outros elementos processualmente atuantes.

65 Ainda com relação à inexistência de valores absolutos, deve-se mencionar, no entanto, a importância conferida ao papel da dignidade da pessoa humana no contexto do direito, principalmente no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Dessa forma, apesar da afirmação no sentido de não existirem valores absolutos, a dignidade da pessoa humana acaba por ser o único dentre tais valores que se pode afirmar como tendente à absolutividade. A esse respeito, conferir Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida , In "*Curso de Filosofia...*", p. 468-469.

66 No plano voltado à atuação dos julgadores, naquilo que diz respeito ao cumprimento das previsões e valores constitucionais e à necessidade de avaliação de todos os elementos que influenciam e justificam o ativismo judicial, conferir Jorge Octávio Lavocat Galvão, In "*Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*", texto contido na obra de José Levi Mello do Amaral Júnior, "*Estado de Direito e Ativismo Judicial*", p. 144-145.

papéis de maior ou menor importância no que diz respeito à adequação da prestação jurisdicional. Vale dizer, é isso que também ocorre com relação à verdade, devendo os esforços realizados para sua persecução serem desempenhados de acordo com a importância que a obtenção dela representar para a otimização da prestação jurisdicional[67].

Dessa forma, entende-se importante a realização do cotejo entre a importância e os meios destinados à persecução da verdade e outros elementos que possuem aptidão para interferir ordinariamente no deslinde processual, a fim de que se verifique em qual medida eles poderão ou não constituir limites à iniciativa probatória de ofício.

Em termos específicos, pode-se afirmar que, em uma demanda que visa simplesmente a declaração[68] acerca da existência de uma relação jurídica, a verdade é um valor a ser mais privilegiado, na medida em que ocupa papel de essencial importância para a resolução da crise jurídica que deu ensejo à demanda. Em contrapartida, o mesmo destaque à persecução da verdade não pode ser conferido, por exemplo, a uma situação na qual se depare o julgador com o pedido para determinação da providência cautelar, sendo adequado, nesse caso, privilegiar-se a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional[69].

Demais disso, tem-se que, a depender de seus respectivos conteúdos, as previsões legais que versam sobre a compatibilização de valores podem contribuir para o aumento da complexidade da atuação do julgador, no que diz respeito à compatibilização de valores em juízo.

No campo da existência de previsão legal que serve de critério para a compatibilização de valores, o problema pode derivar de duas situações distintas: a) a

---

67 Sobre a verdade no contexto dos valores processuais, Luiz Alberto Reichelt, In "*A prova no direito processual civil*", p. 190-191, afirma que "da conjugação entre o dever de investigação da verdade, tomada tal noção como uma das traduções possíveis do valor justiça, e o espírito de liberdade na atividade de apreciação da prova, surge um primeiro vetor, o qual aponta no sentido da possibilidade de contato direto com a realidade histórica examinada. De outro lado, a combinação entre os limites técnicos impostos pelo ordenamento jurídico ao livre desenvolvimento da instrução processual e a existência de conhecimento direto do passado impõem que a mesma idéia de verdade seja tomada apenas como um valor-limite".

68 Sobre a ação declaratória e a tutela correspondente, conferir Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 100-102; Flávio Luiz Yarshell, In *"Tutela jurisdicional*", p. 152-154; João Batista Lopes, In "*Ação declaratória*", *passim*; e Celso Agrícola Barbi, In "*A ação declaratória no processo civil brasileiro*", *passim*.

69 Para além de tais hipóteses, pode-se afirmar que a natureza do direito substancial pode interferir nos rumos do processo em diversas outras situações, nas quais se esteja diante de direitos indisponíveis, ou, ainda, de natureza transindividual, assim como hipóteses em que se verifique a necessidade de prestação de tutela jurisdicional diferenciada, em função da técnica processual e do provimento que o litigante pretenda obter do poder Judiciário. Nesse sentido, vale ressaltar a influência que a atuação do particular possui no direcionamento do processo, afastando-se, assim, a adoção de uma concepção publicista extremada do processo, para que se levem em conta, ao lado dos escopos públicos da jurisdição, os objetivos licitamente pretendidos pelos litigantes.

existência de previsão legal que se mostre inadequada para a solução do caso concreto ou b) a existência de duas ou mais previsões legais que, no processo, privilegiem diferentes valores inconciliáveis quando compreendidos em sua acepção mais ampla, devendo ser ponderados em função uns dos outros.

Na primeira hipótese, trata-se da problemática decorrente da impossibilidade de se privilegiar a previsão legal que desprestigia outros valores de maior importância no contexto do litígio levado a juízo. É o caso, por exemplo, das decisões que relativizam a coisa julgada material que reconheceu ou negou a paternidade, em época anterior à existência do exame de DNA[70]. Nesses casos, verifica-se a possibilidade de desconsideração do valor segurança jurídica, em função da proteção ao direito à filiação e de todas as implicações que venham a derivar de tal noção.

Na segunda hipótese, trata-se da dificuldade derivada do fato de existirem duas ou mais previsões normativas que sinalizam para a necessidade de serem privilegiados certos valores que, no processo, são de difícil compatibilização. É o que se verifica, por exemplo, nas situações em que há confronto entre a vedação à utilização de provas ilícitas[71] derivadas da infringência ao direito à privacidade e a proteção do bem estar do incapaz[72].

Para além de tais dificuldades, pode-se dizer que a ausência de previsões legais acerca da compatibilização de valores também traz dificuldades à atuação do julgador na compatibilização de valores[73-74].

A esse respeito, a problemática relacionada à compatibilização de valores reside,

---

70 Em análise específica sobre o assunto, no contexto da relativização da coisa julgada, na perspectiva da ação rescisória, conferir Eduardo Talamini, In "*Coisa julgada e constituição: limites da "relativização' da coisa julgada*", p. 514-520.

71 Sobre as provas ilícitas no contexto dos poderes instrutórios, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 146-153.

72 Deve-se reconhecer que se tratam, aqui, de dois valores (licitude da prova e proteção do bem estar do incapaz) de fundamental importância, haja vista sua guarida constitucional, cuja desobediência certamente ensejaria nulidade processual ou ineficácia do provimento final, sendo difícil sua compatibilização, nos casos em que venham a se contrapor.

73 Acerca da inexistência de previsão legal e dos problemas daí decorrentes é indispensável a conferência da lição de Cândido Rangel Dinamarco, In "*Nova era do processo civil*", p. 29-30. Nesta passagem, o autor explicita as raízes do problema da ausência de leis aplicáveis a determinadas situações da vida, sinalizando no sentido de que a solução para tais situações deve advir da "atuação inteligente e ativa do juiz".

74 Daí a necessidade de se avaliar, no caso concreto, quais os valores traduzidos pela norma e, no caso da ausência de previsão legal, lançar mão de princípios para aproximar a decisão judicial de uma noção mínima de justiça. Nesse sentido, José Carlos de Araújo Almeida Filho e Mariana Carneiro de Barros. In "*Os poderes do juiz e seus limites...*", p. 146, afirmam que "o uso dos princípios como normas jurídicas e as modernas técnicas de ponderação vêm sendo amplamente difundidos como instrumentos hábeis e eficazes na solução de conflitos em que o juiz, por falta de regras postas, ficaria impossibilitado de proceder ao raciocínio silogístico e não chegaria, portanto, a uma solução próxima da justiça".

também, em dois planos distintos: a) a inexistência de previsão legal privilegiando um valor de conteúdo jurídico relevante e b) a inexistência de uma previsão legal que defina qual valor deve ser privilegiado no caso concreto.

Na primeira situação, trata-se da ausência de previsão legal que deixa desprovido da adequada proteção um valor de relevância para a solução da causa, para o bom andamento do processo ou para a preservação das garantias processuais dos jurisdicionados[75]. Nesses casos, a preservação do valor fica condicionada à capacidade subjetiva do julgador em lhe atribuir a devida importância, dependendo, ainda, da interpretação que o juiz realizará acerca das possibilidades que o sistema oferece para que se proceda à compatibilização daquele valor com os demais que atuam no processo.

Vale dizer, cuida-se de situação na qual a ausência de previsão legal impede o controle da atuação judicial na compatibilização dos valores coexistentes no processo, de modo que os critérios para a aferição da correção das medidas adotadas pelo julgador não encontram parâmetros legalmente estabelecidos, havendo, como consequência, uma insegurança por parte do jurisdicionado quanto aos limites aos quais se submeterá o juízo, no exercício de sua função.

No segundo caso, trata-se da hipótese na qual a realização de dois ou mais valores se revela impossível quando estes são considerados em suas acepções mais amplas. É o caso, por exemplo, da compatibilização entre a persecução da verdade e a razoável duração do processo[76].

Nessa situação, a ausência de previsão legal pode representar um problema, na medida em que o controle da decisão judicial – tomada no contexto da compatibilização de valores – se pautará na avaliação de critérios eminentemente subjetivos sobre os quais a lei não estabeleceu, previamente, um regra específica mediante a qual o julgador devesse atuar.

Dessa forma, evidenciados os problemas relacionados à compreensão da verdade

---

75 É o que se verificava, por exemplo, antes da edição da lei nº. 8.952/94 que alterou a redação do §1º do artigo 461 do Código de Processo Civil, de modo a privilegiar o cumprimento da obrigação específica ajustada entre as partes em contraposição à simples resolução do litígio em indenização por perdas e danos. Outrossim, é o caso, no processo civil, da temática que envolve a vedação à produção de provas contra si mesmo. Nessa hipótese, uma vez que inexiste dispositivo legal expresso no sistema processual civil que permita à parte não produzir provas contra si mesma, paira sobre o jurisdicionado a insegurança acerca da possibilidade, ou não, de o julgador, através da iniciativa probatória de ofício, determinar que a parte apresente prova que possa vir a ser nociva a seus próprios interesses no processo.

76 O tema será analisado no último capítulo do estudo, onde serão indicados os limites específicos à persecução da verdade, considerados no contexto do sistema processual e dos valores atuantes no processo.

como um valor processualmente atuante, bem como de sua importância para o contexto da prestação jurisdicional adequada, reputa-se necessária, ainda, a abordagem da problemática que atine aos critérios pelos quais se poderá aferir a veracidade das alegações e fatos apresentados no processo, com vistas a indicar em que medida tais juízos de valor possuem ou não aptidão para servir de elemento formador do convencimento do julgador para que este possa, então, decidir as questões a ele apresentadas. Procede-se, assim, ao estudo da relação existente entre verdade e julgamento.

3. VERDADE E JULGAMENTO

3.1. VERDADE E JULGAMENTO – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com vistas a abrir campo para a abordagem da instrumentalização da verdade e indicação dos critérios para sua aferição no processo, deve-se salientar, inicialmente, a necessidade de o julgamento estatal se pautar em juízos baseados na veracidade das alegações e fatos apresentados no processo, sob pena de se legitimar a decisão estatal apenas pelo argumento do poder[77].

A partir dessas inferências, pode-se afirmar que a verdade, entendida em seu sentido instrumental para a consecução dos escopos da jurisdição, possui alto grau de importância para o acertamento da decisão judicial, no sentido de que esta, inclusive, esteja apta a produzir seus regulares efeitos materiais, a fim de que o processo atinja, na medida do possível, os resultados que dele são esperados.

Isso porque, como já mencionado, a verdade se relaciona com a legitimação da atuação do órgão judicial ao mesmo tempo em que sua descoberta serve de instrumento para que o magistrado possa, enfim, sair do estado inicial de dúvida acerca de determinados fatos e alegações, atingindo grau suficiente de convencimento[78] para julgar o mérito. Nesse sentido, é de se destacar que sua descoberta se relaciona, outrossim, com o

77 Itens 2.1. e 2.5., *supra*.

78 Também relacionando a verdade com o auxílio à atividade do julgador, mas sob a perspectiva da prova e não do julgamento judicial em si, segue o posicionamento de Eduardo Cambi, In "*Direito constitucional à prova no processo civil*", p. 49-50: "As provas fornecem ao juiz os elementos necessários para a reconstrução, em juízo, de acontecimentos passados, com a finalidade de que ele possa formar o seu próprio convencimento sobre a verdade ou não dos fatos históricos alegados pelas partes. A atividade do juiz consiste na verificação da veracidade ou da falsidade dos fatos principais (ou *probandum*) alegados pelas partes, bem como na tomada de uma 'escolha decisória', dentre as soluções (ou versões) possíveis em relação a *fattispecie*, aplicável ao caso concreto, devendo adotar aquela que, em sendo mais persuasiva, consista no melhor fundamento racional da decisão".

dever de motivação das decisões judiciais[79], uma vez que, quanto maior o conjunto probatório existente no processo, mais numerosos serão os elementos de convicção dos quais o julgador poderá se utilizar para elaborar sua decisão[80].

Dessa forma, em termos ideais, seria desejável que todas as decisões judiciais acerca do mérito da causa fossem tomadas mediante formação de convencimento calcado nos mais elevados graus de convencimento, associando-se, por consequência, à noção de certeza[81] jurídica. Assim sendo, em tese, haveria menor possibilidade de tais decisões serem reformadas, otimizando-se a prestação jurisdicional em função da melhora qualitativa no julgamento judicial baseado em um alto grau de convicção do julgador.

No entanto, nem sempre é possível, para o julgador, verificar a fundo todos os fatos e alegações deduzidos em juízo, vale dizer, pelos mais diversos motivos. Nesse sentido, podem ser destacados, como fatores limitadores da atuação do julgador, a) a impossibilidade de cognição adequada em um dado momento processual ou em um determinado procedimento previsto em lei, b) a complexidade do litígio e c) a insuficiência do conjunto probatório.

3.2. CRITÉRIO DA VERDADE E JULGAMENTO

Para além das dificuldades apontadas no item precedente, outros elementos contribuem para a impossibilidade de se estabelecer um critério para que um determinado fato possa ser tido por verdadeiro, pelo juiz, por ocasião do julgamento.

Vale dizer, mesmo em situações nas quais não se identificasse a complexidade excessiva do litígio, a insuficiência do conjunto probatório e a impossibilidade de cognição adequada, ainda assim seria impossível o estabelecimento de um critério universal que permitisse afirmar que determinada decisão se fundou na constatação da verdade,

79 O dever de motivação das decisões judiciais está previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e será analisado no Capítulo III. Sobre o tema, conferir Ana de Lourdes Coutinho Silva, In "*Motivação das decisões judiciais*", *passim*.

80 Demais disso, como já salientado, ela desempenha importante papel, também, no que tange à estabilização dos efeitos da decisão judicial, na medida em que uma decisão calcada em critérios acertados quanto aos fatos ocorridos e reconhecidos no processo possui, em tese, maiores possibilidades de aproximar o resultado do provimento jurisdicional àquilo que ocorreria mediante o adimplemento voluntário das obrigações.

81 Não se entende correta a utilização da expressão "certeza" para indicar o estado de convencimento do julgador, dada a hermeticidade do termo. Nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 281, afirma que "em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos".

objetivamente considerada.

A esse respeito, nem mesmo os critérios da verossimilhança e da certeza são suficientes para que se verifique, objetivamente, se as informações levadas ao conhecimento do juiz são, de fato, verdadeiras ou não. Isso porque, em última instância, referidos critérios não dizem respeito à verdade dos fatos, mas à opinião do sujeito cognoscente acerca da efetiva ocorrência daquilo que foi submetido à sua apreciação.

Retomando-se as considerações realizadas nos itens 1.1. e 1.3., nesse ponto, é de rigor reconhecer que o processo não é o campo adequado para a verificação objetiva da verdade dos fatos, sendo certo que a persecução desta não resulta, necessariamente, na sua descoberta, em juízo[82]. Daí se afirmar que, em última instância, o critério da verdade, em juízo, varia em função daquilo que o julgador vier a entender por verdadeiro, diante das informações que lhe foram fornecidas.

A esse ponto, pode-se afirmar, inclusive, que os critérios de julgamento baseados na possibilidade, probabilidade, verossimilhança ou certeza jurídica se destinam a auxiliar o sujeito cognoscente na realização de juízos acerca dos fatos alegados pelas partes, não sendo, contudo, suficientemente confiáveis para que se afira, objetivamente, se a decisão judicial se amoldou à realidade fática que deu ensejo ao processo[83].

Com isso, ganha importância, no âmbito da sistemática processual, a identificação de elementos os quais se destinam a condensar o conteúdo jurídico dos critérios anteriormente referidos, de modo a conferir ao julgador parâmetros de atuação na persecução da verdade e na realização de juízos acerca dos fatos levados ao seu conhecimento, na forma do que se passa a fazer no item subsequente.

3.3. O CRITÉRIO DA VERDADE E SUA PERSECUÇÃO: PERSPECTIVA DO SISTEMA PROCESSUAL

Diante das considerações realizadas acerca da problemática que envolve o tema,

---

82 A esse respeito, Girolamo Monteleone, In "Intorno al concetto di verità <<materiale>> o <<oggettiva>> nel processo civile", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 1*, 2009, p. 11, afirma que "il concetto di verità materiale è in sé equivoco ed inconsistente, perché presuppone una indimostrabile contrapposizione com un'altra *veritá* di impossibile definizione, essendo essa una sola e senza aggettivi. Inoltre, il suo c.d. accertamento è un fine estraneo alla giurisdizione civile, che serve invece ad accertare e tutelare *diritti* e non *verità*, più o meno materiali" (grifos do autor).

83 Nesse sentido, Nicola Framarino dei Malatesta, In "*A Lógica das Provas em Matéria Criminal*", p. 21, afirma que "certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que parece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros".

qual seja, a existência de diferentes conceitos que podem ser adotados para a definição da verdade e impossibilidade de adoção de critérios objetivos para que seja ela aferida em juízo, deve-se reconhecer que, até o presente momento, não foi possível identificar um parâmetro satisfatório para se examinar, no caso concreto, se a decisão judicial se calcou em elementos minimamente indicativos da realidade fática que deu ensejo à busca pela tutela jurisdicional.

No entanto, a análise do critério da verdade sob a perspectiva do sistema processual pode sinalizar para a existência de elementos os quais permitem ao operador do direito e ao jurisdicionado verificar que a verdade foi efetivamente preservada – como valor processual[84] – ou perseguida – como elemento legitimador das decisões judiciais[85] – exercendo seu papel no que diz respeito à consecução dos escopos da jurisdição.

Com isso, o que se pretende é evidenciar que, apesar de não ser possível estabelecer um critério universal para se aferir em juízo o que é ou não verdadeiro, a sistemática processual permite a identificação de elementos que, ao servirem de parâmetros e diretrizes para a atuação do julgador no campo da iniciativa probatória de ofício, impedem que a verdade e sua persecução sejam negligenciadas em juízo[86].

Para tanto, faz-se necessária a retomada de algumas noções abordadas no Capítulo I acerca da cognição e da estruturação do processo, sob a perspectiva, agora, da atuação da verdade como um valor processual, a fim de serem identificados novos elementos que influenciam seu regramento processual, sua persecução e, consequentemente, a iniciativa probatória do juiz.

Inicialmente, quando do contato com as alegações do autor, o julgador, em regra, não possui informações suficientes para extrair conclusões acerca da veracidade dos fatos ali mencionados. Na sequência do que ordinariamente acontece, deparando-se com as alegações deduzidas pelo réu, o julgador passa a tomar conhecimento de mais elementos de informação que, no entanto, podem ou não contribuir para se extrair alguma conclusão definitiva com relação aos fatos e alegações que foram objeto de contraposição[87].

Dessa forma, pode-se afirmar que, durante a fase postulatória, o julgador é exposto

84 Sobre a verdade como valor processual, conferir item 2.5., *supra*.

85 Conferir item 2.2., *supra*.

86 Nesse sentido, importante destacar a função exercida pela técnica processual naquilo que tange à persecução da verdade, na medida em que ela contribui para a verificação dos fatos de diversas formas, dentre as quais se destaca a previsão de utilização da iniciativa probatória de ofício.

87 Pode-se afirmar, com base no quanto preconizado por André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 9, que "o fundamento da existência da cognição reside na concentração do poder de decidir nas mãos do Estado-juiz, que, para o desempenho da função jurisdicional, deve reconhecer os fatos e as razões das partes".

a um grande número de informações as quais, em regra, somente podem ser corroboradas por provas pré-constituídas[88], o que, conforme varie a natureza do litígio e sua respectiva complexidade, não se mostra suficiente para a superação do estágio inicial de dúvida gerado pela contraposição dos argumentos de autor e réu.

Todavia, igualmente verdadeiro é que, ao examinar tais alegações e provas pré-constituídas, o julgador toma conhecimento de informações que lhe permitem identificar, de maneira superficial, os pontos controvertidos da demanda e os fatos e alegações de necessária demonstração em juízo para a formação de seu convencimento.

Tal atividade intelectual repercute diretamente no estabelecimento de um critério para aferição da verdade, tanto naquilo que diz respeito à extensão que deverá ser conferida à persecução desta, como naquilo que diz respeito ao conteúdo dos elementos que serão apresentados em juízo para a formação do convencimento do julgador[89].

Em outras palavras, já na fase postulatória, o julgador começa a raciocinar no sentido de identificar as alegações e fatos que necessitam ou dispensam demonstração em juízo, podendo este exame intelectual gerar o abreviamento da instrução com relação a tais objetos de prova. Para além disso, vale destacar que, também nesse momento, deverá o julgador, na medida do possível, formar sua opinião acerca dos meios de prova destinados à demonstração da verdade.

A esse ponto, justamente, destaca-se o liame entre a atividade cognitiva realizada inicialmente pelo julgador e o estabelecimento de um critério de julgamento destinado à formação do seu convencimento, em virtude da capacidade persuasiva dos elementos já existentes no processo. Isso porque, em que pese a decisão de mérito ser proferida ao final da fase de conhecimento, a simples análise do julgador acerca da necessidade ou não de mais elementos de prova para a demonstração das alegações deduzidas na petição inicial ou na contestação pressupõe, por si só, a realização de um juízo sobre a veracidade das alegações e dos meios de prova que, porventura, tenham sido apresentados antes da fase instrutória propriamente dita[90].

---

88 A esse respeito, José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 320, afirma que "cumpre assinalar, porém, que se a instrução probatória é a fase procedimental específica para a produção de provas, atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória do processo de cognição. Quando autor ou réu, na petição inicial ou na contestação juntam aos autos algum documento, há aí, sem sombra de dúvida, atos de instrução".

89 Nesse contexto, inclusive, revela-se a importância da fixação dos pontos controvertidos, expressa na forma do artigo 331 do Código de Processo Civil.

90 É de se reconhecer que não é obrigação do autor colacionar, desde logo, todos os meios de prova dos quais disponha no sentido de formar o convencimento do julgador. Nesse sentido, apesar da expressão

Todavia, em que pese a cognição do julgador ser realizada desde o momento em que é recebida a petição inicial, a sistemática processual não permite o estabelecimento de um critério universal que defina, objetivamente, quais fatos e alegações são verdadeiros. Diante de tal impossibilidade, deve-se extrair, do próprio ordenamento jurídico, critérios destinados à verificação daquilo que pode ou não ser tido como verdadeiro no bojo do processo[91]. Esses critérios, apesar de subjetivos, se relacionam, por vezes, com a técnica processual[92] e a obediência aos princípios informadores do processo civil, tais como a razoabilidade, imparcialidade e proporcionalidade.

Com relação à técnica processual[93], pode-se dizer que serve ela de parâmetro para a realização de juízos acerca da veracidade dos fatos e alegações, na medida em que prevê fórmulas específicas pelas quais o julgador deverá tomar conhecimento dos elementos destinados à formação de seu convencimento. Trata-se das situações nas quais é vedada a adoção de meios de prova diversos daqueles legalmente previstos[94], como no caso da demonstração da existência de contrato acima de determinado valor, a qual somente pode ser aceita em juízo mediante veiculação de início de prova escrita[95].

Já naquilo que diz respeito aos princípios informadores do processo civil, apesar da subjetividade que permeia a definição de seu respectivo conteúdo, pode-se afirmar que eles atuam como limitadores da persecução da verdade, direcionando o desempenho de tal atividade para a consecução dos escopos da jurisdição.

---

contida no artigo 283 do Código de Processo Civil, Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, In "Documentos indispensáveis à propositura da demanda", texto contido na obra do mesmo autor, "*Fundamentos do processo civil moderno*", Tomo I, p. 935-936, bem conclui que, juntamente à petição inicial, devem vir os documentos que proporcionem a análise do preenchimento dos requisitos indispensáveis à análise do mérito, podendo aqueles destinados à demonstração dos fatos e alegações deduzidos em juízo serem objeto de prova ao longo do processo.

91 Isso porque, na ausência de parâmetros para a atuação do julgador, a discussão seria remetida à definição acerca da existência ou não de discricionariedade judicial, o que esvaziaria o conteúdo da discussão aqui submetida a análise, conforme anteriormente mencionado.

92 A técnica processual pode ser expressada pelo "conjunto de normas que regem o procedimento" (José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 81), dentre as quais se destacam, especificamente, aquelas relacionadas ao direito probatório.

93 Importante ressaltar, aqui, que a técnica processual a ser utilizada como parâmetro para a atuação do julgador é aquela que se coaduna com o sistema jurídico, buscando um fim lícito e preservando valores processualmente atuantes. Vale dizer, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 264-265, a técnica processual "só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados".

94 Fica aqui a ressalva, no sentido de que a técnica processual deve atuar de maneira coordenada com o restante do sistema, no sentido de alcançar sua finalidade específica e, ao mesmo tempo, contribuir para a consecução dos escopos da jurisdição, evitando, outrossim, o excesso de formalismo. Nesse sentido, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 25.

95 Artigo 401 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade[96] atua como critério norteador da conduta do juiz, impedindo que este profira, via de regra, decisões contrárias às provas existentes nos autos[97]. O princípio da imparcialidade[98], por sua vez, proíbe que a persecução da verdade seja realizada pelo julgador com o intuito de favorecer determinado sujeito parcial da relação jurídica processual, ao passo que o contraditório[99], a seu turno, obriga o julgador a conferir a oportunidade de obtenção de ciência e manifestação das partes com relação aos atos do processo e, relacionando-se com a ampla defesa, norteia a condução do processo, de modo a impedir a imposição de restrições indevidas ao exercício do direito à prova.

3.3.1. PRESECUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL: A IMPORTÂNCIA DA PROVA

Ante tais constatações, necessário reconhecer que a instrumentalização da persecução da verdade, no processo, se dá por intermédio da prova e da disciplina jurídica a esta aplicável.

A esse respeito, para que se examine a prova como instrumental da persecução da verdade, deve-se partir da premissa de que a atividade que envolve sua descoberta tem importância em momentos anteriores, concomitantes e posteriores à existência do processo[100].

Nos momentos que antecedem o ajuizamento da demanda, a relação entre a persecução da verdade e a prova gera para o indivíduo a obrigação de avaliar, de acordo com a lei, quais fatos poderão ser demonstrados e quais as provas destinadas à sua comprovação. Mediante tal raciocínio, poderá o jurisdicionado estimar o tempo e os gastos que sua atividade probatória demandará, avaliando, assim, a viabilidade da demanda.

---

96 Sobre o princípio da razoabilidade, conferindo-se destaque à sua relação com o devido processo legal substancial, conferir Fredie Didier Jr., In "*Curso de direito...*", p. 50-53.

97 O assunto é recorrente na jurisprudência, sendo oportuno conferir a súmula nº 59 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, disponível em <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti& servidor=1&iIdioma=0>>, acessada em 25/02/2013, às 15:04 horas. Conferir também acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AI nº. 0107227-35.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Teixeira Leite, Data do Julgamento: 28/06/2012, disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6018457&vlCaptcha =dkZmP>>, acessado dia 27/02/2013, às 14:11 horas.

98 Sobre a imparcialidade do juiz, na perspectiva da disciplina constitucional conferida ao tema, conferir Nelson Nery Júnior, In "*Princípios do processo na Constituição Federal*", p. 149 e seguintes.

99 A respeito do contraditório, conferir item 1.2.1., do Capítulo I.

100 Sob a perspectiva do juiz Nelson Juliano Schaefer Martins, In "*Poderes do juiz no processo civil*", p. 169 afirma que "ao juiz cumpre interferir no processo para determinar e selecionar os meios de prova que sejam eficientes para a demonstração e descoberta da verdade".

Em tendo sido iniciado o processo, a conexão entre os dois temas é expressada pelo ônus de demonstração das alegações deduzidas em juízo, por parte dos litigantes, no sentido de estes aturarem de modo a formar o convencimento do julgador em sentido favorável às suas pretensões jurídicas.

Por fim, depois de transitada em julgado a decisão, aquele que não obtiver provimento jurisdicional inteiramente favorável às suas pretensões poderá, ainda, dentro das limitações temporais e formais impostas pelo sistema processual, apresentar provas que não eram passíveis de terem sido obtidas durante o processo, para fins de ajuizamento de ação rescisória[101].

Importante salientar, também, que a persecução da verdade e a prova se relacionam com o direito substancial, sendo certo que sua disciplina, no processo civil, se destina à identificação, no caso concreto, de quem merece ver concedida em seu favor a tutela jurisdicional[102].

Assim, em razão de todas as considerações anteriormente realizadas, o estudo realizado no presente capítulo permite identificar a existência de uma relação entre a persecução da verdade e a prova, em que esta exerce papel de dupla importância, porquanto as normas que a regulam contribuem para a demonstração dos fatos e alegações levados a juízo, ao mesmo tempo em que limitam a persecução da verdade e, por consequência, a iniciativa probatória de ofício.

4. CONCLUSÃO PARCIAL – ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO E PERSECUÇÃO DA VERDADE NA PERSPECTIVA DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Diante de tudo que foi abordado anteriormente, no sentido de se finalizar o raciocínio lógico idealizado para os dois capítulos iniciais do estudo, faz-se necessário tecer algumas conclusões sobre como os temas enfrentados até o momento se relacionam com os limites à iniciativa probatória de ofício.

A esse respeito, o exame da temática abordada no Capítulo I permite evidenciar que a maneira pela qual o processo se encontra estruturado representa os primeiros contornos jurídicos dos limites à iniciativa probatória do juiz. Diz-se isso na medida em que a

101 O tema já foi abordado ao longo do Capítulo I.

102 Nesse sentido, Girolamo Monteleone, In "Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 4*, 2007, p. 865, afirma que "la veritá si risolve processualmente nella certeza conseguibile dal giudice".

estruturação do processo, nos moldes atualmente existentes, limita a cognição do julgador de modo a impedir a tomada de conhecimento em relação a determinados fatos[103].

Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que referida limitação projeta seus efeitos sobre a atuação do julgador, de maneira indistinta e ao longo de todo o processo, limitando também a iniciativa probatória de ofício, porquanto, à vista de tais restrições, esta também não poderá ser utilizada para que sejam produzidas provas a respeito de elementos que não se enquadrem no espectro cognitivo do juiz.

Soma-se a isso o fato de que as alegações das partes e os pedidos por elas deduzidos delimitam a atuação do juiz, não lhe sendo dada a possibilidade de determinar a produção de provas que não se relacionem, de algum modo, com a otimização da prestação jurisdicional a ser conferida e a consecução dos escopos da jurisdição.

Com isso, sob a perspectiva do fornecimento de tutela jurisdicional às pessoas e da consecução dos escopos da jurisdição, o papel da persecução da verdade assume posição de destaque, no contexto da iniciativa probatória de ofício[104].

Diz-se isso, porque o dimensionamento do papel da persecução da verdade, no processo civil, permite identificar a relação existente entre ela e a legitimação das decisões judiciais, a pacificação social e a aplicação da norma jurídica à espécie, de modo a ser evidenciada, na condição de valor processualmente atuante, a importância que a verdade representa para a atuação do julgador, no que diz respeito ao julgamento do mérito.

Justamente por ser tão importante para o julgamento do mérito é que a persecução da verdade se revela na forma de um valor processualmente atuante que, apesar de não ser absoluto[105], serve de elemento legitimador da iniciativa probatória de ofício. Não obstante

---

103 Tais limitações se justificam em função do caráter instrumental da cognição do juiz. A esse respeito, Girolamo Monteleone, In "*Limiti alla prova di ufficio...*", p. 865, destaca que "nel processo civile la cognizione dei fatti ad opera del giudice è anzitutto uno strumento, non un fine: essa serve affinché si giunga all'accertamento ed alla dichiarazione delle posizioni giuridiche contrapposte (diritti, obblighi, *status*, ecc.), che è il vero ed único fine intrinseco del giudizio (*jus dicere*)" (grifos do autor).

104 Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira, In "El neoprivatismo en el proceso civil", texto contido na obra de Juan Montero Aroca. (Coord.), "*Proceso civil e ideología...*", p. 210, relaciona a prova determinada de ofício e a persecução da verdade, ao afirmar que "el resultado de la prueba determinada de oficio, cuando no se frustra, tiene un efecto esencial: dar acceso a más sustanciosa porción de la verdade. No es ganancia despreciable, desde que se parta de la idea de que interesa intentar descubrirla. Ya se sabe, y tal vez sea ocioso repetir, a esta altura, que es siempre imperfecto e incompleto el conocimiento humano de la verdad. Pero los ordenamientos jurídicos no por eso la apartan de su pensamiento, ni renuncian a utilizar cuanto de ella sea posible aprehender; de lo contrario, ni siquiera cuidarían de disciplinar las pruebas, y adoptarían con certeza manera más simples y rápidas de decidir litigios, v.g. el sorteo".

105 A respeito do tema, José Carlos Barbosa Moreira, In "Alguns problemas atuais da prova civil", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: quarta série*", p. 145, afirma que "se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em

tal constatação, tem-se que as limitações relacionadas à persecução da verdade em juízo projetam seus efeitos para o âmbito da iniciativa probatória de ofício, podendo-se afirmar que a impossibilidade de se descobrir a verdade no processo deve ser uma das premissas nas quais deverá se pautar a atuação do julgador, quando da determinação de produção de provas sem o requerimento das partes.

Referida constatação, por sua vez, também limita a iniciativa probatória do juiz, porquanto sinaliza ao julgador que, apesar de importante para o julgamento, em um determinado momento do processo, não mais será possível determinar a produção de provas de ofício, a fim de que se preservem valores que, no caso concreto, gozam de maior importância do que a persecução da verdade.

Dessa forma, resta evidenciado que a maneira pela qual se estrutura o processo, as limitações impostas à cognição e a impossibilidade de se descobrir a verdade no processo balizam a atuação do julgador ao longo de todo o processo, consubstanciando limitações as quais também devem ser observadas pelo juiz quando da iniciativa probatória de ofício.

Tais conclusões, porém, não são suficientes para formar todo o arcabouço teórico de necessário estudo para a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício. Isso porque, além dos temas afeitos à estruturação do processo, cognição e persecução da verdade em juízo, faz-se necessária a identificação de aspectos da prova, entendida como um instituto processual[106], na forma do que se passa a realizar.

---

relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídicas – ou, de acordo com fórmula clássica, enunciar a 'regra jurídica concreta' que deve disciplinar aquela determinada situação".

106 Sobre a natureza jurídica da prova e das leis que a disciplinam, conferir Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", Vol. I, p. 45 e seguintes

CAPÍTULO III – A PROVA NO PROCESSO CIVIL

A identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício demanda, em princípio, o enfrentamento de diferentes temas que integram o arcabouço teórico de obrigatório conhecimento para que seja desenvolvido o presente estudo. Nesse sentido, pode-se afirmar que o presente estudo se divide em duas grandes partes: a primeira consiste em indicar de que maneira a iniciativa probatória de ofício se relaciona com outros temas de importância para o direito processual e a segunda diz respeito ao exame da disciplina que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico.

Neste capítulo, tenciona-se ver complementada a primeira parte do estudo, mediante a abordagem de noções fundamentais relativas à prova, à maneira pela qual ela é integrada ao processo e à relação existente entre ela e os poderes instrutórios do juiz[1].

Assim sendo, pretende-se expor aspectos essenciais da teoria geral da prova, os quais possuem aptidão para repercutir no âmbito da iniciativa probatória de ofício. Dessa forma, serão objeto de exame a disciplina constitucional, processual e civil conferida à prova[2-3], bem como seu respectivo objeto, fontes, meios e ônus, de maneira a relacionar tais elementos com a utilização dos poderes instrutórios e a identificação das balizas às quais deve se submeter o julgador quando de sua atuação de ofício.

Em sequência, realizar-se-á a indicação do modo pelo qual a prova é veiculada em juízo, conferindo-se destaque à delimitação de seus momentos – em função da iniciativa probatória dos sujeitos da relação jurídica processual –, assim como aos respectivos juízos

---

1 A esse respeito, Girolamo Monteleone, In "*Limiti alla prova di ufficio...*", p. 863, ressalta que "la questione della prova influisce sul processo civile e sul suo svolgimento almeno sotto tre diversi profili: il primo concerne la natura in genere privata e disponibile delle posizioni giuridiche in esso dedotte, quindi i riflessi ed i condizionamenti reciproci tra le une e l'altra; il secondo concerne la durata del processo e la garanzia del contraddittorio e della difesa, dato che l'ammissione e l'assunzione di prove costituende assorbe tempo ed attivitá notevoli, incidendo negativamente su uno dei più tormentati aspetti della nostra giustizia civile; il terzo concerne la posizione del giudice, che per expresso dettato costituzionale e per precisi obblighi di natura internazionale deve essere terzo ed imparziale, e quindi restare rigorosamente estraneo agli interessi in contesa".

2 Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 219, se manifesta no sentido de que, apesar de se tratar de um instituto processual, a prova possui pontos de contato com o plano substancial, o que gera polêmicas quanto ao seu enquadramento no ordenamento jurídico.

3 Acerca das posições divergentes sobre a natureza jurídica da prova e das normas que a disciplinam, conferir, Milton Paulo Carvalho Filho, In "Alguns aspectos relevantes sobre o sistema probatório. A taxatividade do art. 212 do Código Civil e o art. 332 do Código de Processo Civil. Provas Plenas. Os arts. 231 e 232 do Código Civil", texto contido na obra coordenada por Cassio Scarpinella Bueno, "*Impactos processuais do direito Civil*", p. 129-132. A problemática existe também no ordenamento jurídico italiano, havendo normas sobre a prova tanto no diploma civil, como no processual. A esse respeito, conferir a posição de Luigi Paolo Comoglio, In "*Le prove civili*", p. 18-19.

de admissibilidade e relevância, de modo a sinalizar para o caráter limitativo que estes exercem com relação à atuação do julgador durante a instrução processual.

Por fim, a temática será analisada sob a perspectiva da técnica processual, com vistas à evidenciação da forma pela qual esta interage, ao mesmo tempo, com a proteção e a imposição de limitações ao exercício do direito à prova, na perspectiva da sistemática processual. Nessa senda, buscar-se-á, ainda, relacionar a técnica processual aos poderes instrutórios do juiz, de forma que, ao final do presente capítulo, tenham sido explorados todos os temas cujo enfrentamento se faz importante para o estudo da iniciativa probatória de ofício e suas respectivas limitações.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA

1.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Antes de indicar os contornos da relação existente entre a prova e as disposições constitucionais, se faz relevante salientar a importância que foi conferida ao processo no texto da Constituição Federal de 1988[4], na medida em que a disciplina constitucional projeta seus efeitos para no campo do processo civil.

Analisando-se a relação entre o texto constitucional e o processo[5], pode-se identificar dispositivos que consubstanciam garantias processuais ao jurisdicionado[6], preveem deveres do Estado na prestação jurisdicional[7], criam remédios constitucionais[8], definem a competência legislativa para edição de normas sobre processo[9] e a dos tribunais para julgamento de causas e recursos[10], instituem procedimentos judiciais passíveis de utilização por parte do ente estatal[11], disciplinam as funções essenciais à justiça[12], criam e instituem órgãos do Poder Judiciário[13] e traçam os contornos gerais de sua respectiva

4 A esse respeito, em obra publicada no ano seguinte ao da promulgação da Constituição Federal de 1988, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, In "*Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*", p. 4, afirmam que "os preceitos atinentes ao processo, estatuídos na Carta Magna recentemente editada, exceto algumas atecnias e redundâncias, que serão oportunamente verificadas, corrigiram abusos e deficiências ostentados pelo regime legal anterior. Apresentam-se, por isso, no particular, como satisfatórios os resultados alcançados, de sorte a permitirem, inclusive, o estabelecimento de adequada sistematização".

5 Tratando da evolução no relacionamento existente entre Constituição e processo, conferir José Carlos Baptista Puoli, In "*Os poderes do juiz...*", p. 57-60.

6 Artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

7 Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

8 Artigo 5º, incisos LXIX, LXXI e LXXII da Constituição Federal.

9 Artigo 62, §1º, inciso I, alínea "b" da Constituição Federal.

10 Artigos 102, 105 e 109 da Constituição Federal.

11 Artigo 184, §§2º e 3º da Constituição Federal.

12 Artigos 127 a 135 da Constituição Federal.

13 Artigo 92 e incisos da Constituição Federal.

atuação[14].

Trata-se, assim, de reconhecer a existência de comandos provenientes do direito constitucional acerca das diretrizes que devem ser seguidas pela legislação infraconstitucional. Tal conjuntura denota a existência de um direito constitucional processual[15], cujo conteúdo permeia a sistemática do processo civil[16], sendo diretriz para a atuação do julgador na preservação dos valores processualmente atuantes.

Isso porque, vale ressaltar, a perspectiva da Constituição como centro do sistema jurídico[17] permite que ela irradie os valores nela contidos para todos os ramos do direito e das relações sociais, servindo, outrossim, de paradigma para a atuação do legislador – no sentido de este examinar previamente a existência de eventual inconstitucionalidade nos projetos de lei que tramitam perante o Congresso Nacional – e, a depender do conteúdo da disposição, de fonte de comandos destinados a evidenciar a importância da regulamentação de determinadas situações por parte da legislação infraconstitucional e dos órgãos de controle competentes[18].

Nesse sentido, o texto constitucional estimula a criação de instrumentos destinados a efetivar os valores constitucionalmente privilegiados, sendo a legislação infraconstitucional a responsável pela condensação dos comandos constitucionais relacionados ao processo civil e à prestação jurisdicional adequada[19].

A preocupação do legislador com tais diretrizes é verificada pela análise das reformas ocorridas na sistemática processual ao longo das últimas décadas, sendo correto destacar, na perspectiva do objeto principal do presente estudo, o aumento substancial das

---

14 Artigo 93 e seguintes da Constituição Federal.

15 Podem ser encontradas opiniões que distinguem 'direito constitucional processual' e 'direito processual constitucional', valendo conferir, a esse respeito, Nelson Nery Junior, In "*Princípios do processo...*", p. 45-48.

16 Sob o prisma da constitucionalização do processo civil e do direito constitucional processual, com foco nas consequências advindas de tal disciplina normativa, conferir Eduardo Cambi, In "*Direito constitucional à prova...*", p. 101-103.

17 Sobre essa relação, Nelson Nery Júnior, In "*Princípios do processo...*", p. 44, afirma que "todos os ramos do direito, notadamente o do direito processual, *vinculam-se* à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro".

18 Trata-se de tema afeito ao caráter inicial da Constituição e das consequências que advém da interpretação do ordenamento jurídico conforme os mandados nela contidos. A esse respeito, conferir Walber de Moura Agra, In "*Manual de direito constitucional*", p. 55.

19 Exemplificando tal asserção, pode-se afirmar que a previsão constitucional acerca do *Habeas Data* sinalizou, ainda mais no contexto em que foi elaborada a Constituição Federal, o privilégio à informação como um valor constitucionalmente previsto. Em razão disso, coube ao legislador infraconstitucional identificar a diretriz constitucional contida em tal dispositivo e, no exercício de suas funções, instrumentalizar o acesso à informação, por meio da edição da Lei nº. 9.507/97, que "disciplina o rito processual" do *Habeas Data*.

técnicas processuais[20] que implicam assunção de postura ativa por parte do julgador[21], mormente naquilo que diz respeito à utilização de seus poderes. É possível identificar, nas reformas realizadas no âmbito infraconstitucional[22], a busca pela concretização de comandos constitucionais relacionados à otimização da prestação jurisdicional, seja naquilo que diz respeito ao conteúdo da decisão judicial, à observância do modelo constitucionalmente previsto para a solução de litígios, ao fornecimento de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva ou à preservação do acesso à justiça.

Diante de tal panorama, não se pode negligenciar o fato de que a disciplina constitucional influencia os mais diferentes institutos em processo civil, dentre os quais se destaca, no âmbito do presente estudo, a prova, de modo a ser possível extrair dos dispositivos constitucionais que disciplinam o tema noções básicas a respeito de sua natureza, importância e limitações.

Iniciando-se a análise do texto constitucional que repercute diretamente sobre a disciplina do direito probatório, merecem destaque as garantias e princípios expressos do devido processo legal[23], contraditório[24], ampla defesa[25], vedação às provas ilícitas[26] e a exigência de motivação das decisões judiciais[27].

No que diz respeito ao devido processo legal, além de projetar seus efeitos para a disciplina da instrução processual, seu aspecto substancial[28] influi diretamente na atuação do julgador no desempenho de suas funções. Em termos mais específicos, o devido processo legal obriga os sujeitos parciais da relação jurídica processual à observância de

---

20 Nesse sentido é que se destaca técnica processual, definida por Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 264-265, como sendo "a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados".

21 Acerca do incremento de poderes do julgador no processo civil, conferir José Carlos Baptista Puoli, In "*Os poderes do juiz...*", p. 57 e seguintes.

22 Sobre as reformas da lei processual civil brasileira e os poderes do juiz, *Ibidem*, p. 149 e seguintes.

23 Artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

24 Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

25 Idem.

26 Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

27 Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

28 Tal referência ao aspecto substancial do devido processo legal deve ser interpretada sob a perspectiva da opinião manifestada por Fredie Didier Jr., In "*Curso de direito processual civil...*", Vol. 1, p. 49 e seguintes. Vale mencionar, todavia, que o devido processo legal, entendido em seu aspecto substancial, pode ser interpretado de maneira diversa, não guardando correspondência direta com a opinião anteriormente mencionada, identificando-se tal diferença ao conferir a opinião de Nelson Nery Junior, In "*Princípios do processo...*", p. 96-98. Para exame mais aprofundado do tema, conferir Gil Ferreira de Mesquita, In "*Princípios do contraditório e da ampla defesa...*", p. 49-64.

determinadas formas prescritas em lei para a obtenção e veiculação das provas. Para além disso, em seu aspecto substancial, o devido processo legal confere à proporcionalidade e à razoabilidade papel central no que tange ao sopesamento e compatibilização, pelo juiz, dos valores atuantes no processo.

O contraditório, por sua vez, se relaciona com a prova no sentido de ser garantida ao jurisdicionado a possibilidade de tomar ciência das informações e provas veiculadas ao processo pela parte contrária, podendo, ainda, sobre elas se manifestar de modo a formar o convencimento do julgador em sentido favorável às suas pretensões jurídicas[29]. Já a ampla defesa permite ao jurisdicionado a realização da autodefesa, em juízo, expressada, sob a perspectiva do direito probatório, pela prestação de depoimento pessoal – oportunidade na qual o litigante pode ser ouvido perante o juízo –, sendo-lhe concedida também a oportunidade de veiculação – por intermédio da defesa técnica – de todo e qualquer meio de prova que entenda necessário à formação do convencimento do julgador, desde que este se encontre em consonância com os ditames do devido processo legal[30].

Com relação à vedação à utilização de provas ilícitas, o tema será abordado quando do estudo do juízo sobre a admissibilidade da prova, restando suficiente indicar, por agora, a existência de previsão expressa e taxativa do texto constitucional, de acordo com o qual "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*"[31].

Quanto à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais, cumpre mencionar que sua relação com as provas é indissociável, sendo possível afirmar que a motivação deverá, por questões afeitas à natureza lógica do processo de formação do convencimento do julgador, ter relação com o conjunto probatório existente no processo, mesmo nas situações em que tal conjunto venha a ser considerado como sendo insuficiente para a demonstração dos fatos de análise essencial ao enfrentamento do mérito[32].

---

29 A definição do conteúdo do contraditório, no processo civil, pode ser relacionada com a obediência ao binômio informação-reação que, por sua vez, diz respeito à relação jurídica processual, anteriormente abordada no Capítulo I. A esse respeito, conferir Gil Ferreira de Mesquita, In "*Princípios do contraditório e da ampla defesa...*", p. 160 e seguintes.

30 Sobre a ampla defesa, não somente no âmbito do processo civil, mas do penal e do administrativo, conferir Nelson Nery Junior, In "*Princípios do processo...*", p. 259 e seguintes.

31 A utilização de provas ilícitas, vale dizer, não se relaciona somente com a previsão constitucional do artigo 5º, inciso LVI, sendo objeto de preocupação também em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Nesse sentido, ressalte-se o destaque conferido ao tema, no direito português, na obra de Isabel Alexandre, In "*Provas ilícitas em processo civil*", *passim*.

32 A esse respeito, conferir José Rogério Cruz e Tucci, In "*A motivação da sentença...*", p. 15.

1.2. CONCEITO E OBJETO DE PROVA

Uma vez delineados os contornos que a disciplina constitucional confere à prova, faz-se necessário, a partir de agora, tecer algumas considerações sobre a teoria geral da prova em cotejo com o tratamento que a legislação infraconstitucional confere ao tema, iniciando-se tal empreitada pela definição do conceito e objeto de prova.

Quanto ao conceito de prova, pode-se afirmar que a definição de seu conteúdo depende da perspectiva que venha a ser adotada, conforme se esteja examinando o vocábulo sob a perspectiva do julgador, do processo ou das partes. Em razão de seu caráter plurissignificativo[33], o termo 'prova', em sentido jurídico[34], pode ser compreendido, dentre outras interpretações possíveis, a) como o estado de convicção do julgador quanto à demonstração de determinado fato, b) como os elementos que as partes devem buscar obter para comprovar o conteúdo fático de suas alegações ou c) como o próprio instrumento por meio do qual poderá ser aferida, pelo julgador, a adequação da realidade ao conteúdo das alegações deduzidas em juízo.

Nesse sentido, sob a perspectiva do julgador, pode-se dizer provado determinado fato ou situação jurídica que tenha sido, em sua opinião, suficientemente demonstrado pelos litigantes. Sob a perspectiva das partes, pode-se dizer que a prova consiste nos elementos que devem ser por elas buscados fora do processo para serem posteriormente apresentados ao julgador. Sob o enfoque do processo, pode-se dizer que a prova consiste na instrumentalização, em juízo, do suporte material que contém as informações destinadas à formação do convencimento do juiz[35].

Todavia, independente do caráter equívoco que reveste o vocábulo, faz-se imperioso definir o que é o objeto de prova e de que forma sua identificação influi na iniciativa probatória de ofício. Dessa feita, é possível iniciar o enfrentamento do tema afirmando-se que a definição do objeto da prova esbarra em divergências doutrinárias consistentes, basicamente, em determinar o que deveria ser demonstrado em juízo: as

---

33 Nesse sentido, Eduardo Cambi, In "*Direito constitucional...*", p. 47, afirma que "juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)".

34 Trata-se da prova judiciária, na medida em que é possível encontrar afirmações no sentido de que a prova constituiria um gênero, do qual a prova judiciária seria apenas uma das diferentes subespécies identificáveis. Nesse sentido, conferir Vinicius Lott Thibau, In "*Presunção e prova no direito processual democrático*", p. 30-31.

35 É o que se pode conferir pela leitura de Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", p. 11-12.

alegações e os enunciados apresentados ao julgador pelas partes ou os fatos objeto das alegações por elas deduzidas em juízo[36-37].

Em um primeiro momento, partindo-se da impossibilidade de obtenção da verdade por intermédio da atuação jurisdicional[38] e da necessidade de haver alegações para que possam ser estabelecidos os limites da discussão e formado o convencimento do magistrado, seria plausível afirmar que o objeto da prova seriam as alegações deduzidas em juízo por autor e réu[39].

No entanto, um exame mais aprofundado de tal asserção revela a incompatibilidade existente entre tal posicionamento e a sistemática processual, principalmente quando se procede ao exame da prova sob o prisma do arcabouço teórico relacionado à sua finalidade. Isso porque a prova existe em função do processo[40], relacionando-se diretamente com o fornecimento de elementos destinados à formação do convencimento do julgador para que seja possível o julgamento do mérito. Assim sendo, examinando-se o instituto[41] sob o prisma de sua finalidade, verifica-se que, apesar da importância conferida às alegações deduzidas em juízo – principalmente quanto ao estabelecimento dos limites da

36 Na visão de Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 138, tais debates doutrinários, em apertada síntese, visam "determinar o predomínio de um ou outro destes pontos de vista: se a prova é um simples meio de controle das afirmações ou se é um instrumento de convicção do juiz".

37 Além das duas mencionadas perspectivas acerca do objeto da prova, merece destaque também o posicionamento de Juan Montero Aroca, In "*La prueba en el proceso civil*", p. 33-51, que aborda a temática sob enfoque diferente, realizando distinções entre o que denomina "*objeto de la prueba*" e "*tema de prueba*", abordando, nesse contexto, a referida dicotomia entre a necessidade de serem provados os fatos ou as alegações.

38 Conferir o estudo sobre o problema da verdade, no Capítulo II do estudo.

39 A esse respeito, Francesco Carnelutti, In "*La Prueba Civil*", p. 40, afirma que "justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen".

40 Explicitando a natureza processual da prova, na condição de instituto jurídico, tem-se em Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 218, que "colocada pois a questão como convém (natureza processual ou substancial), ela acaba por ficar reduzida de expressão na medida em que se considere ampliado o âmbito da teoria geral do processo: se o processo estatal não-jurisdicional se considera incluído e mesmo o não-estatal praticado pelas entidades intermediárias, fica necessariamente no âmbito do processo e da sua teoria a prova relativa a todas essas áreas. Não deixa de ser processual a prova que se faz no processo perante a Administração Pública, v.g., simplesmente porque o processo administrativo também é processo e processuais as normas que o regem. Quem chegasse ao ponto de incluir na teoria geral do processo até mesmo os negócios jurídicos teria com isso alcançado a absoluta eliminação do problema".

41 A prova se enquadra no conceito de instituto jurídico, em razão da complexidade de sua estrutura normativa e de sua capacidade de articulação com outros institutos, na consecução dos mesmos fins. A esse respeito, Miguel Reale, In "*Lições preliminares de direito*", p. 191 afirma que "as normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos que se denominam institutos, como, por exemplo, os institutos do penhor, da hipoteca, da letra de câmbio, da falência, da apropriação indébita. Os institutos representam, por conseguinte, estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica".

discussão –, os fatos é que consistem no ponto de partida para a correta formação do convencimento do julgador, consistindo eles, outrossim, no verdadeiro objeto de prova.

Não se trata de afirmar, porém, que a atividade probatória deve se voltar para a persecução de elementos que propiciem a evidenciação de uma verdade universal acerca daquilo que ocorreu no plano fenomênico e deu ensejo à demanda, mas sim de reconhecer que os esforços probatórios – das partes e do julgador – devem guardar relação intrínseca com os fatos relevantes ao julgamento do mérito no processo civil[42].

Por assim dizer, o que se prova não é a alegação em si mesma realizada, pois esta simplesmente existe ou não existe. O que deve ser demonstrado em juízo, porém, é seu respectivo conteúdo que ordinariamente diz respeito a um fato, mas pode se referir, excepcionalmente, a um direito. Tanto em um como em outro caso, vale dizer, não se deve buscar demonstrar a existência da alegação ou das consequências jurídicas advindas de sua realização pelos sujeitos parciais, mas o conteúdo de tais enunciados que, em matéria de direito probatório, se referem necessariamente ao fato ou ao direito. A esse ponto, vale dizer, a característica da prova como sendo um instituto bifronte é corolário do posicionamento no sentido de que não são as alegações, mas os fatos que devem ser entendidos como objeto de prova[43], na medida em que os direitos – existentes no plano substancial – derivam da ocorrência de fatos – verificados no mundo fenomênico – e não das simples alegações deduzidas pelas partes – existentes, em juízo, apenas em função da relação jurídica processual.

A adoção de posicionamento contrário leva a inconsistências lógicas insuperáveis quando se trata de um exame mais aprofundado sobre a matéria. Nesse sentido, por exemplo, afirmar que as alegações – e não os fatos – seriam o objeto de prova implicaria vedação à utilização do conhecimento privado do julgador, na medida em que os fatos por ele conhecidos e não alegados pelas partes não poderiam ser, em hipótese alguma, objeto de prova. Para além disso, também haveria inconsistência naquilo que diz respeito às situações nas quais o processo é iniciado de ofício, na medida em que, inicialmente, não existiriam alegações das partes e, mesmo assim, poderia o julgador determinar, por exemplo, a apresentação de documentos pelos sujeitos que tenham a incumbência de

42 André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 30-32, afirma que os fatos a serem provados devem ter sido alegados por uma parte e controvertidos pela outra, bem como é necessário, ainda, que sejam eles relevantes para o julgamento da causa.

43 No mesmo sentido, Milton Paulo Carvalho Filho, In "*Alguns aspectos relevantes...*", p. 128, afirma que "a existência ou inexistência dos fatos – e não das afirmações – sobre as quais versa a lide, constituem o objeto da prova, cuja finalidade é a formação da convicção do seu destinatário, que é o juiz".

apresentá-los.

A maior incongruência, no entanto, diria respeito ao tema principal do presente estudo, qual seja, a iniciativa probatória do juiz e seus respectivos limites. Isso porque o julgador leva em consideração, ao determinar a produção de determinadas provas de ofício, a natureza e a relevância do fato a ser provado, considerando tais critérios em função da aptidão que esses elementos possuem para formar sua convicção. Dessa forma, a vinculação excessiva do objeto da prova às alegações deduzidas pelas partes impediria a adoção de posicionamento ativo do julgador quanto à iniciativa probatória de ofício relacionada a fatos não alegados pelas partes, mas de necessária compreensão para o enfrentamento do objeto litigioso[44].

Por outro lado, a afirmação de que os fatos e, excepcionalmente, o direito são objeto de prova, apesar de adequada, deve ser vista com o devido tempero, porquanto não se pode perder de vista que o resultado da atividade probatória não espelha necessariamente a verdade sobre aquilo que ocorreu no plano fático[45], constatação esta que, no entanto, não diminui a importância que a prova possui no contexto da atividade cognitiva do julgador[46].

1.3. FONTES E MEIOS DE PROVA

Partindo-se da premissa que estabelece serem os fatos o principal objeto de prova, cumpre também indicar quais são as fontes que podem ser acessadas pelos sujeitos e como se dá sua veiculação em juízo, em obediência às formas legalmente previstas, a fim de que possa o julgador examinar seu respectivo conteúdo e dali extrair conclusões importantes ao enfrentamento do mérito.

Quanto às fontes de prova, podem ser elas consideradas como o suporte material

---

44 Trata-se, por exemplo, da situação em que determinado negócio jurídico deva se revestir de forma pública que é exigida pelo ordenamento jurídico como requisito essencial. Supondo-se que ninguém tenha deduzido qualquer alegação no sentido de existir o documento que consubstancia o negócio jurídico sobre o qual versa a demanda, a afirmação de que objeto de prova é a alegação e não o fato em si tolheria do julgador a possibilidade de determinar de ofício a produção da prova obrigatoriamente exigida pelo ordenamento jurídico.

45 Sobre a não correspondência entre a constatação do julgador em juízo e aquilo que realmente ocorreu no plano fático, conferir o retrato da divergência doutrinária existente sobre o tema, elaborado por Luiz Alberto Reichelt, In "*A prova no direito...*", p. 62-64.

46 Cabe aqui a ressalva feita por André Almeida Garcia, In "*Prova Civil*", p. 27, no sentido de que "a cognição não é obtida apenas por meio das provas produzidas no processo. Contribui para tanto, em busca da formação da convicção, toda instrução realizada no processo, compreendida como qualquer atividade que propicie ao juiz contato com elementos que iluminem seu espírito com a realidade dos fatos, estando aí inseridos os comentários, em contraditório, das partes acerca da produção probatória".

que serve de substrato para a obtenção, pelas partes, de informações úteis ao processo, as quais necessitam, no entanto, da adequada instrumentalização para que estejam aptas à formação do convencimento do julgador[47].

Tais fontes são classificadas em função de diferentes critérios, podendo-se encontrar divisões que as enquadram como reais ou pessoais e diretas ou indiretas[48]. Todavia, no que diz respeito ao presente estudo, entende-se importante esclarecer que se, de um lado, é por meio do acesso às informações delas provenientes que o juiz toma conhecimento de determinados fatos, tal ciência, em contrapartida, deve ser obtida mediante a observância dos veículos adequados para tanto. Em outros dizeres, apesar de as fontes de prova poderem ser acessadas por pessoas comuns – dentre as quais se enquadra o julgador –, a utilização das informações delas provenientes somente é proporcionada pela estrita observância ao regramento processual idealizado para sua veiculação em juízo, observando-se os procedimentos peculiares aos diferentes meios de prova[49].

Desse modo, pode-se afirmar que os meios de prova, por sua vez, consistem nas formas, instrumentos ou veículos pelos quais as fontes de prova são levadas ao processo para apreciação do julgador[50], podendo o ordenamento jurídico[51] proceder à disciplina específica acerca da maneira pela qual serão eles veiculados no processo (meios típicos de prova) ou, ao revés, estabelecer apenas requisitos genéricos destinados à realização do juízo acerca de sua admissibilidade (meios atípicos de prova)[52-53].

O estabelecimento de tais premissas gera, no entanto, a necessidade de

---

47 Sobre a definição das fontes de prova, Roland Arazi, In "*La prueba en el proceso...",* p. 124, afirma que "en cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él, que tienen conocimiento o representan el hecho a probar".

48 A respeito de tais classificações, conferir André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 32-33.

49 Acerca das diferenças existentes entre a definição conceitual de fontes e meios de prova, conferir a distinção realizada por Juan Montero Aroca, In "*La prueba...*", p. 71-72.

50 É nesse sentido que se entende correto o posicionamento de André Almeida Garcia, *Op. Cit.*, p. 33, ao afirmar que "a esses *veículos* que transportam os fatos para o processo dá-se o nome de *meios de prova*" (grifos do autor).

51 O Código Civil procurou enumerar alguns meios de prova em seu artigo 212, disciplinando, nos dispositivos seguintes, aspectos específicos da veiculação das informações em juízo (requisitos, força probante e validade dos documentos, por exemplo). É inegável, no entanto, que os dispositivos do Código de Processo Civil sobre as provas trazem disciplina muito mais abrangente com relação ao tema de estudo, sendo necessária a interpretação conjunta das previsões de ambos os Códigos.

52 Sobre a definição dos meios de prova típicos e atípicos, Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 40, afirma que "são denominadas de provas típicas ou nominadas aquelas que estão previamente reguladas em lei. Ao contrário, as provas atípicas ou inominadas são aquelas que podem constituir úteis elementos de conhecimento dos fatos da causa, mas não estão especificamente reguladas em lei (…)". Para Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", Vol. II, p. 344, são exemplos de provas atípicas, dentre outras, a prova datiloscópica, a fotográfica, a cinematográfica e a efetuada mediante gravação.

53 Sobre a problemática que envolve a disciplina das provas atípicas, conferir Eduardo Cambi, *Op. Cit.*, p. 44 e Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 182.

enfrentamento de um tema de importância para o estabelecimento dos limites à iniciativa probatória de ofício, qual seja, a possibilidade ou impossibilidade, por parte do julgador, de utilização do seu conhecimento privado sobre informações que não lhe foram apresentadas em juízo pelas partes.

A relevância do tema reside no fato de que o acesso às fontes de prova, pelo julgador, pode ocorrer independente da adoção de uma postura ativa de sua parte, tomando ele conhecimento de informações as quais nem procurou acessar, mas que chegaram ao seu conhecimento fora do processo, independente da atuação dos sujeitos parciais[54].

Em tais situações, o juiz deverá estar atento às peculiaridades do caso concreto – natureza do direito substancial, comportamento das partes em juízo, importância da fonte de prova para o julgamento do mérito e conjunto probatório já existente, por exemplo –, não podendo julgar com base em seu conhecimento privado sem antes propiciar às partes a análise, em contraditório, das informações provenientes de tal fonte, sob pena de dar ensejo à nulidade de atos processuais e, em última instância, do próprio julgamento[55].

Transportando-se tais considerações para o âmbito da iniciativa probatória de ofício, a necessidade de veiculação de informações através dos meios de prova legalmente previstos pressupõe a vedação ao acesso direto e extraprocessual do julgador às fontes de prova não instrumentalizadas pelas partes em juízo. Dessa forma, diante da impossibilidade de o juiz, em regra, acessar diretamente os suportes materiais que contém as informações importantes ao julgamento, lhe é conferido o poder necessário para determinar que as partes veiculem tais informações de acordo com as formas (meios de prova) legalmente admitidas, propiciando-se, dessa maneira, o exercício do contraditório e da ampla defesa[56].

1.4. ÔNUS DA PROVA

Prosseguindo-se no estudo da disciplina da prova no processo civil, faz-se relevante

54 Trata-se das situações em que o julgador toma conhecimento, involuntariamente, de determinados fatos relacionados à causa por intermédio de veículos de comunicação ou pessoas de seu círculo de amizade, por exemplo.

55 A respeito do conhecimento privado do julgador, conferir o Capítulo I, item 2.3.

56 A confirmação de tal asserção é obtida por intermédio do exame do artigo 130 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*". Nesse sentido, verifica-se que o diploma processual limita a atuação do julgador, no sentido de poder ele apenas "*determinar as provas necessárias à instrução do processo*", não lhe sendo conferida autorização, no entanto, para acessar, fora do processo, as pessoas ou coisas capazes de fornecer as informações importantes para o julgamento.

também a abordagem de aspectos relacionados ao ônus da prova e as repercussões que advém da formatação a ele conferida pela sistemática processual, influenciando a iniciativa probatória de ofício.

A noção de ônus da prova se relaciona, antes de mais nada, com a relação jurídica processual e o exercício do contraditório como elemento qualificador desta[57], na medida em que os sujeitos parciais são compelidos a indicar, perante o órgão jurisdicional, os motivos pelos quais entendem que suas pretensões jurídicas devem ser acolhidas em detrimento daquelas deduzidas pela parte contrária. Nesse sentido, pode-se falar na existência inicial de um ônus de alegar – e não necessariamente de provar – os fatos que servem de apoio às suas respectivas pretensões[58].

A contraposição de argumentos dos sujeitos parciais do processo gera, em um primeiro momento, a incerteza com relação à veracidade dos fatos alegados, sendo certo que, via de regra, o simples exame das alegações deduzidas por autor e réu, apesar de contribuir para o estabelecimento dos limites da demanda, incute no julgador mais dúvidas do que certezas com relação a quem merece obter a tutela jurisdicional. Em razão de tal dificuldade faz-se necessário estabelecer regras abstratas – ou técnicas processuais – que consubstanciam, em juízo, diretrizes nas quais o julgador poderá se basear para aferir, no caso concreto, quem deveria realizar a prova dos fatos alegados como fundamentos de suas respectivas pretensões jurídicas[59]. Trata-se, assim, da disciplina do ônus da prova no processo civil.

A definição de 'ônus' foi objeto de intenso debate[60], sendo possível extrair de tal discussão alguns traços identificadores da disciplina processual a ele conferida. Dentre suas características essenciais, pode-se afirmar que o ônus consiste em um encargo do qual a parte deve se desincumbir para tentar obter uma vantagem processual lícita que, no caso do ônus da prova, será a conclusão favorável do julgador com relação à veracidade dos fatos por ela alegados[61].

---

57 A esse respeito, conferir o Capítulo I, item 1.2. e 1.2.1.

58 Nos dizeres de Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", p. 94, "quando se invoca o ofício do juiz para que afirme a existência de uma relação de direito contestada ou simplesmente ameaçada, é indispensável a indicação do fato violador ou ameaçador daquela relação, ou seja, o ato ou fato jurídico que serve de fundamento à ação".

59 Nesse sentido é a afirmação de André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 85, no sentido de que "a teoria do ônus da prova é na verdade a teoria que regula a falta ou insuficiência de prova".

60 Sobre as diferentes teorias acerca do ônus da prova, conferir Paulo Rogério Zaneti, In "*Flexibilização das regras...*", p. 93-104.

61 A esse respeito, Suzana Santi Cremasco, In "*A distribuição dinâmica do ônus da prova*", p. 27, afirma que o ônus é "o encargo que a parte tem de trazer aos autos os elementos probatórios necessários à

Todavia, o enfrentamento do tema demanda maior aprofundamento, não somente em função da conceituação do ônus, mas também em decorrência da possibilidade de se abordar o tema sob diferentes perspectivas que remontam à classificação do ônus da prova em subjetivo e objetivo[62].

Sob o aspecto subjetivo, pode-se afirmar que o ônus da prova diz respeito à previsão abstrata da divisão de encargos probatórios entre os sujeitos parciais do processo[63-64]. Em outros dizeres, trata-se de estabelecer, abstratamente, a quem cabe demonstrar a veracidade das alegações deduzidas em juízo, sendo os contornos de tal divisão estabelecidos no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

Todavia, o exame do mencionado dispositivo permite concluir que este representa nada mais do que a expressão da regra lógica que permeia o ônus da prova, qual seja, a máxima que estabelece que "quem alega deve provar". Isso porque a referida previsão legal não discrimina, em seu conteúdo, todas as classes de fatos que poderão ser objeto de prova em juízo, limitando-se a mencionar os constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor[65].

Nesse sentido, a interpretação restritiva do conteúdo do artigo 333 do Código de Processo Civil poderia levar a equívocos, na medida em que diversas outras situações processuais relacionadas ao ônus da prova podem se apresentar ao julgador, necessitando ele de uma margem de liberdade para verificar, no caso concreto, quem deveria ter demonstrado quais fatos em juízo.

Em termos mais específicos, é de se afirmar que, além das hipóteses em que se

---

formação da convicção do magistrado, em relação aos fatos alegados".

62 O exame desses aspectos confere ao ônus da prova a oportunidade de ser estudado em função das finalidades às quais ele se destina na sistemática processual, sendo possível, através de tais delineamentos, verificar em que medida sua disciplina influencia o processo decisório e, no que tange ao tema principal do presente estudo, serve de fundamento para a iniciativa probatória de ofício.

63 Importante salientar que, apesar de ser possível a distinção entre os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova, há posicionamento em sentido contrário a tal distinção, afirmando que o ônus objetivo seria mera manifestação consequente da disciplina conferida ao aspecto subjetivo. Nesse sentido, conferir Roland Arazi, In "*La prueba en el...*", p. 94.

64 Para Suzana Santi Cremasco, In "*A distribuição dinâmica...*", p. 29-30, "o ônus subjetivo é, nesse contexto, o aspecto do ônus da prova que distribui entre demandante e demandado o encargo de produzir as provas dos fatos necessários ao julgamento da ação, apontando – a partir de critérios determinados e que serão discutidos mais adiante – quais os fatos que devem ser provados por cada qual, com vistas a obter uma decisão favorável".

65 A esse respeito, Vicente Higino Neto, In "*Ônus da prova – Teorias da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas*", p. 80, corrobora o posicionamento adotado, ao afirmar que "a regra do art. 333 do CPC brasileiro não dá conta de inúmeros problemas reais que se apresentam. Por exemplo, numa ação declaratória que vise a declaração de prescrição de determinada obrigação, é do autor o ônus de provar o fato extintivo em que se funda sua pretensão".

revela ser necessária a demonstração da ocorrência de fatos que não sejam constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, em determinados casos a parte que realizou a alegação deverá ser dispensada da respectiva demonstração, não se enquadrando tal situação na regra geral que estabelece simplesmente que "quem alega deve provar"[66]. A esse respeito, quando uma parte se posiciona no sentido de afirmar que determinado fato não ocorreu, pela regra geral, deveria ela demonstrar a veracidade de tal enunciado, sendo certo, porém, que, em determinadas situações, a afirmação se revela impossível de ser comprovada, não se podendo exigir que a parte que deduziu a alegação venha a confirmá-la em juízo por intermédio de sua atividade probatória. Nessa hipótese específica, o sujeito que alegou não deverá provar, consistindo tal situação em uma exceção à regra geral.

Essa, vale dizer, é a perspectiva mais adequada para o exame do aspecto subjetivo do ônus da prova, na medida em que o conteúdo da disposição legal anteriormente mencionada não tende à taxatividade, sendo possível identificar diferentes classes de fatos a serem demonstrados – não somente os constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor –, assim como de situações nas quais tal incumbência poderá ser modificada pela própria lei ou pelo julgador, a depender de diversos fatores, dentre os quais se destaca o direito substancial envolvido.

Dessa forma, abordando-se o ônus subjetivo sob a perspectiva da finalidade[67] à qual ele se presta, é possível concluir que a existência de uma regra abstrata sobre quem deve provar se volta, em um primeiro momento, para a atuação do jurisdicionado, conferindo-lhe a possibilidade de, previamente, tomar conhecimento daquilo que deverá ser, em regra, por ele demonstrado[68] para que, ao final, lhe seja prestada a devida tutela jurisdicional.

No entanto, tais considerações podem revelar, naquilo que diz respeito à iniciativa probatória de ofício, limitações ao exercício dos poderes do julgador, na medida em que, em um primeiro momento, não lhe seria dada a possibilidade de modificar a disposição

---

66 A abordagem de outra temática relacionada ao ônus da prova também vulnera a classificação estanque insculpida no artigo 333, qual seja a necessidade, em determinadas situações, de ser realizada a prova de fatos negativos. Nesse sentido, conferir José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", p. 343-344.

67 Nos dizeres de Suzana Santi Cremasco, In "*A distribuição dinâmica...*", p. 30, "a função do ônus subjetivo é determinar uma regra de conduta que deverá ser adotada pelos litigantes se almejarem obter êxito na ação, regra essa que presidirá e norteará a atividade das partes, no curso da instrução".

68 Esse aspecto é destacado por Flávio Luiz Yarshell, In "*Antecipação da prova...*", p. 60, de modo a ser estabelecida uma relação com a persuasão racional e a atividade de valoração da prova em juízo. Nessa oportunidade, o autor afirma que "quando menos sob o ângulo dos sujeitos parciais, a consideração de seu ônus de provar é indissociável da valoração que possam fazer acerca das provas produzidas ou daquelas que projetem possam ainda produzir".

inicial legalmente prevista, devendo, então, se ater a tal restrição quando da determinação de ofício para que fossem produzidas provas acerca de certos fatos, levando em consideração, inclusive, quem os alegou. O assunto, porém, será abordado de maneira mais detida no Capítulo V do presente estudo.

Passando-se ao exame do aspecto objetivo, pode-se encontrar posicionamentos no sentido de que o ônus da prova deve ser entendido como a regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz diante das situações nas quais não tenham sido demonstrados fatos necessários para que seja proferida uma decisão de mérito acerca das pretensões jurídicas dos sujeitos parciais[69]. Nesse sentido, seria possível afirmar que a distribuição do ônus da prova, pelo julgador, se daria em desfavor de quem não tivesse se desincumbido de maneira adequada de seu respectivo ônus legalmente estabelecido.

Todavia, mediante a realização de um exame mais detido, é possível verificar que se faz necessário o real dimensionamento das situações nas quais se utiliza o ônus da prova como regra de julgamento, a fim de que, posteriormente, se possa indicar o papel por esta exercido no contexto do processo civil. Assim sendo, parece inadequado afirmar que o ônus da prova, como regra de julgamento, será utilizado *somente* nas situações em que não tenham sido demonstrados determinados fatos, porquanto em toda e qualquer situação processual a decisão parte do pressuposto de que não houve a demonstração dos fatos idôneos à proferição de uma decisão em sentido diverso[70]. Em outros dizeres, partindo-se da premissa de que a verdade não pode ser descoberta no processo civil, toda e qualquer decisão que enfrenta o mérito é, em certa medida, resultado de um exercício probabilístico, que parte do pressuposto de que não houve, em juízo, colacionamento de elementos suficientes ou idôneos à tomada de conclusão em sentido diverso daquele contido no julgamento.

Nesse sentido, afirma-se que o ônus da prova, como regra de julgamento, se relaciona muito mais com a necessidade de prestação de uma tutela jurisdicional adequada ao direito material do que com a vedação ao *non liquet*. Diz-se isso na medida em que,

---

69 Sobre o tema, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, In "*O ônus da prova...*", p. 135, afirma que "mesmo que o juiz não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide. Tal é a função da regra de julgamento fundada no ônus da prova: *permitir que o juiz alcance o conteúdo da decisão que deverá ser proferida em semelhante hipótese*. E, como se colhe das obras dedicadas ao tema, o aspecto essencial do ônus da prova reside precisamente nessa sua função de regra de julgamento" (grifos do autor).

70 É nesse sentido que Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 282, afirma que o juiz "se convence da supremacia dos motivos convergentes e por isso afasta os divergentes, mas sempre de modo racional e assumindo calculadamente algum risco, que é inevitável".

ainda que não existisse uma regra específica – como a do artigo 333 do Código de Processo Civil – sobre o ônus da prova, ainda assim, em razão da garantia da inafastabilidade da jurisdição, o julgador, em situações nas quais não houvesse prova suficiente acerca dos fatos essenciais ao julgamento do mérito, ver-se-ia obrigado a proferir uma decisão, sob pena de ferir o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Em razão de tal constatação, torna-se possível afirmar que o ônus da prova, em sentido objetivo, não é pressuposto para a vedação ao *non liquet*, mas com ele se relaciona no contexto do sistema processual, a fim de que não seja conferida tutela a quem, em juízo, não demonstrou ser dela merecedor[71].

A esse respeito, inclusive, pode-se afirmar que, partindo-se de tal premissa, as consequências para a sistemática processual são as mais benéficas possíveis, porquanto a desvinculação entre a regra de julgamento baseada no ônus da prova e a vedação ao *non liquet* permite que esta última garantia ganhe destaque sob seu aspecto constitucional, sendo demonstrado que sua observância independe da existência de uma regra expressa a respeito do ônus probatório. Para além disso, dessa maneira é possível evidenciar, outrossim, que nenhum julgamento é baseado somente em certezas quanto à existência ou não de fatos importantes para o enfrentamento do mérito, de modo que se torna importante distinguir as situações nas quais o julgador, diante da perplexidade quanto ao conjunto probatório, deverá distribuir imediatamente o ônus da prova[72] daquelas em que, haja vista a insuficiência das provas constantes dos autos, se fará necessária e adequada a utilização da iniciativa probatória de ofício[73].

1.5. PROVAS NECESSÁRIAS E MEIOS DE PROVA EXIGIDOS EM LEI

Finalizando-se a primeira parte do presente capítulo, passa-se ao exame das provas necessárias à formação do convencimento do julgador e dos meios de prova obrigatórios,

71 Nesse mesmo sentido, Giovanni Verde, In "*L'onere della prova nel processo civile*", p. 27 afirma que "si può, allora, cominciare a credere che l'esigenza di una regola di giudizio nasce non dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza sul fatto, ma dalla convincione che sia necessaria un'apposita regola per rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati".

72 Encontra-se argumento contrário à utilização indiscriminada do ônus da prova como regra de julgamento na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 130, onde afirma que "as regras sobre o ônus da prova constituem a 'última saída para o juiz', que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova".

73 Para exame mais aprofundado acerca da relação existente entre o ônus da prova e os poderes instrutórios, conferir Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, In "*O ônus da prova...*", p. 143-152.

em relação aos quais a lei atribuiu critérios específicos para que pudessem ser tidos por verdadeiros, pelo juiz.

Apesar de não ser classificação corriqueiramente utilizada ou abordada[74], entende-se por bem realizar a diferenciação entre as provas necessárias[75] e os meios de prova exigidos em lei, de forma a indicar os prejuízos que podem decorrer de sua não produção pelas partes e evidenciar a importância do papel que cada um poderá desempenhar em função da iniciativa probatória de ofício. Dessa forma, a abordagem se relaciona não somente com o conteúdo das provas levadas ao processo, mas também com a maneira pela qual elas serão instrumentalizadas perante o juízo, a fim de que sejam dotadas da devida eficácia persuasiva na formação do convencimento do julgador[76].

Dentro dessa distinção, os meios de prova exigidos em lei são aqueles sem os quais o juízo quanto à existência de um determinado fato alegado será obrigatoriamente desfavorável à parte que deixou de veiculá-los, no processo, de acordo com aquilo que foi previamente estabelecido de maneira cogente, pela lei[77]. Note-se que a obrigatoriedade diz respeito ao meio pelo qual determinada prova será veiculada em juízo, sendo vedada ou insuficiente a sua apresentação por forma diversa daquela prevista abstratamente para tanto.

Passando-se ao plano das provas necessárias, estas dizem respeito aos elementos que se destinam, direta ou indiretamente[78], à comprovação das alegações nas quais se funda

74 No que tange às provas obrigatórias e às necessárias, a temática se relaciona, em certa medida, com o estudo da prova tarifada e de sua respectiva valoração. A esse respeito, André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 70, afirma que, com relação às regras de valoração da prova, há três situações distintas, as quais se relacionam diretamente com o aqui indicado caráter obrigatório, necessário ou facultativo das provas e com a técnica da prova tarifada, quais sejam, a) a existência de normas legais que vedam ou estabelecem a obrigatoriedade de utilização de determinado meio de prova para comprovar a ocorrência de um fato específico, b) a atribuição, prévia, de uma eficácia específica a certos meios de prova e c) a existência de meios de prova com eficácia relativa, sendo que tais hipóteses consubstanciam "regras que atribuem específica força probante aos meios de prova, com possível representação matemática".

75 Dentre esses dois tipos de prova aqui mencionados, cabe ressaltar que o não desincumbimento do ônus com relação àquelas tidas por obrigatórias impede o gozo da vantagem processual – consistente na conclusão, tomada pelo juiz, acerca da veracidade dos fatos alegados pela parte – que se obteria caso fosse cumprido o encargo. Tal raciocínio, todavia, não pode ser sempre aplicado no que diz respeito às provas necessárias.

76 Nesse sentido, Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 137-138, afirma que "encarada do ponto de vista das partes, a prova é também, uma forma de provocar a convicção do magistrado. O regime vigente leva as partes a esgotarem os meios facultados pela lei para formar no espírito do juiz um estado de convicção acerca da existência ou inexistência das circunstâncias relevantes do processo".

77 Nesse sentido, conferir Paulo Rogério Zaneti, In "*Flexibilização das regras...*", p. 21.

78 Favorecem diretamente a pretensão da parte aquelas que comprovam precipuamente os fatos alegados como fundamento da pretensão, ao passo que favorecem indiretamente aquelas provas por meio das quais pode-se incutir no juízo uma aparência de veracidade quanto aos fatos alegados, cuja comprovação poderá ser dada pelo raciocínio dedutivo do juízo em conjunto com os outros elementos probatórios obtidos ao longo do procedimento.

a pretensão da parte. A seu respeito, pode-se dizer que, caso não se trate de uma prova que deva ser necessariamente produzida por um meio específico, sua veiculação poderá se dar mediante utilização de diferentes meios de prova, sem que isso impeça o julgador de realizar juízo acerca do fato objeto de demonstração.

Afirma-se, com isso, que as provas necessárias podem dizer respeito, em regra, a fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor, não se havendo, contudo, obrigatoriedade de forma ou meio específico para sua veiculação em juízo.

Transportando-se tais considerações para o âmbito do objeto de estudo, pode-se afirmar que a classificação das provas em obrigatórias ou necessárias contribui para o desempenho da iniciativa probatória de ofício de diferentes maneiras.

Em um primeiro momento, referida classifcação permite ao julgador identificar quais meios de prova deverão ser obrigatoriamente utilizados pelas partes, podendo determinar , desde logo, sua produção. Para além disso, referida classificação contribui, ainda, para a limitação da iniciativa probatória de ofício, na medida em que as provas que não se enquadrarem como obrigatórias ou necessárias não deverão ter sua produção determinada de ofício[79].

2. INTEGRAÇÃO DA PROVA AO PROCESSO

2.1. MOMENTOS DA PROVA

Tendo sido abordados os principais aspectos relacionados à prova no processo civil, passa-se ao exame da maneira pela qual ela é integrada ao processo, sendo necessário, para tanto, a indicação de seus momentos e da atividade desempenhada quanto ao exame de sua admissibilidade, relevância e valoração, evidenciando-se, ainda, o papel exercido pela técnica processual no que diz respeito aos poderes do julgador.

Para que se possa tratar da maneira pela qual a prova é integrada ao processo[80], revela-se necessário, antes de mais nada, indicar como se dá a integração da prova ao processo, sendo tal tarefa facilitada pelo estudo dos diferentes momentos da prova e de

79 A relação existente entre tal classificação e os limites à iniciativa probatória de ofício será examinada no Capítulo V do estudo.

80 O modo pelo qual a prova é integrada ao processo é objeto de estudo de diferentes autores, sendo certo que, aqui, tal procedimento será examinado sob o enfoque daquilo que é mais caro à iniciativa probatória de ofício, não tendendo a abordagem ao esgotamento do tema. Para verificação da forma pela qual a prova é integrada ao processo, tratada sob a denominação de "procedimento probatório", conferir José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 347-349 e Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", Vol. II, p. 345-348.

eventuais peculiaridades a eles relacionadas sob a perspectiva da iniciativa probatória de ofício.

Assim sendo, partindo-se da premissa – anteriormente mencionada – de que "quem alega deve provar", é possível afirmar que cabe à parte interessada na obtenção de provimento favorável requerer, no momento oportuno, a produção das provas que entenda aptas à demonstração dos fatos nos quais se fundam suas pretensões. Trata-se, assim, do primeiro momento da prova, qual seja, o requerimento[81].

Avançando-se na indicação dos momentos da prova, após seu requerimento, deve haver o deferimento do julgador quanto à sua produção, oportunidade na qual deverá ele avaliar, sob a perspectiva daquilo que importa ao processo[82], quais meios se revelam adequados para demonstrar os fatos que necessitam ser objeto de prova durante o processo, sem esquecer, ainda, das limitações decorrentes da técnica processual, a exemplo das regras procedimentais que impedem a utilização de certos meios de prova em determinados ritos.

O terceiro momento, por sua vez, diz respeito à efetiva produção da prova em juízo, ato no qual deverão ser observadas as especificidades aplicáveis aos meios de prova – pericial, documental, testemunhal – escolhidos pelas partes para revelar as informações ao julgador[83], ressaltando-se a possibilidade de ocorrerem situações nas quais seja necessária a produção de provas por meios atípicos.

Por fim, o quarto momento da prova diz respeito à valoração, atividade intelectual do julgador consistente no exame de sua respectiva influência na demonstração dos fatos relevantes para a resolução da causa e julgamento do mérito, possuindo tal etapa relação intrínseca com a fundamentação das decisões judiciais.

Cumpre destacar, no entanto, que a indicação destes quatro momentos de produção da prova não é unânime na doutrina[84] e, além disso, se aplica apenas para a aferição dos

---

81 Com relação a esse primeiro momento, cumpre ressaltar a opinião de Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", p. 238, no sentido de que "nas simples afirmações estão subentendidos os pedidos de prova dos fatos afirmados, porque, segundo o mais displicente raciocínio, se considera que os litigantes não trouxeram à lide alegações de fatos pelo só prazer de enunciá-los, nem que os trouxeram com a inteligência de que, por si só, bastassem para serem cridos verdadeiros pelo juiz".

82 Acerca do deferimento da prova, conferir o contido nos itens que seguem, a respeito dos juízos de admissibilidade e relevância a serem realizados no segundo momento da prova em juízo.

83 Para Moacyr Amaral Santos, *Op. Cit.*, p. 259, a execução ou produção da prova retira das alegações das partes o caráter meramente teórico, conferido-lhes um caráter eminentemente prático, passando-se a examinar não mais as alegações, mas a demonstração realizada acerca dos fatos enunciados pelos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

84 Quanto aos momentos da prova, Paulo Rogério Zaneti, In "*Flexibilização das regras...*", p. 34, identifica, inicialmente, três deles, quais sejam "(a) o momento da proposição, ou, como preferem alguns, do

momentos da prova cujo requerimento para produção decorreu da iniciativa probatória das partes. Isso porque, no que diz respeito à iniciativa probatória do juiz, os momentos da prova não se submetem a essa configuração, sendo certo que as fases referentes ao requerimento e ao deferimento deixam de existir, sendo substituídas pela fase da determinação, *a priori*, da produção da prova entendida pelo julgador como necessária à formação de seu convencimento.

Isso não significa dizer, no entanto, que a fase de determinação de produção da prova por iniciativa do juiz não deva ser precedida do exame sobre a pertinência da prova, sua licitude, admissibilidade e relevância. Ao contrário, a realização de todos esses juízos é fundamental para que se tome por legítima a iniciativa probatória de ofício, a exemplo do que será tratado no Capítulo IV do estudo.

Outrossim, no que diz respeito aos momentos de produção da prova decorrente da iniciativa do juiz, insta salientar que não se afigura possível a supressão do momento da determinação da prova, na medida em que uma de suas funções é justamente conferir aos jurisdicionados a oportunidade de serem cientificados da decisão judicial e, querendo, a atacarem por intermédio do remédio processual cabível. Dessa feita, retirar da *determinação* a qualidade de momento da prova – na iniciativa probatória de ofício – é abrir campo para a práticas desrespeitadoras das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos judiciais.

2.2. ADMISSIBILIDADE

Aprofundando-se o estudo dos momentos da prova, é possível identificar que, em cada um deles, o julgador se deparará com a necessidade de realizar diferentes juízos, consistentes na análise da relevância, obrigatoriedade, pertinência e admissibilidade da prova[85], sendo esta última objeto de estudo no presente item.

---

requerimento da prova; (b) o momento da admissão da prova, também conhecido como momento do deferimento da prova; (c) e, por fim, o momento da produção da prova, também denominado por alguns de momento da realização da prova". No mesmo sentido, mas sob nomenclatura diversa, Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 170, afirma que os momentos da prova "são, fundamentalmente, três: o oferecimento, o petitório e a produção". Vale a ressalva, porém, acerca da existência de mais um momento da prova, qual seja, o da valoração, identificável na obra de André Almeida Garcia, In "*Prova civil*", p. 36, configurando-se, assim, a divergência doutrinária anteriormente mencionada.

85 A realização de tais juízos, no entanto, não é abordada de maneira pacífica pela doutrina, podendo ser encontradas opiniões que diferem da sistemática aqui adotada para o exame do tema. A variação, no entanto, se dá apenas quanto à classificação dos juízos a serem realizados e alocação de seu respectivo conteúdo, sendo certo que, no entanto, as conclusões obtidas são, em sua grande maioria, semelhantes. A título exemplificativo da controvérsia existente, conferir o posicionamento de Juan Montero Aroca, In

Voltando-se o foco para o momento no qual se dá o deferimento ou a determinação da produção da prova, é de salientar que o juízo sobre a admissibilidade pode ocorrer em dois marcos temporais distintos, a depender de quem tenha tomado a iniciativa probatória. A esse respeito, nas situações em que o requerimento decorre da iniciativa das partes, o julgador deverá verificar a admissibilidade da prova em momento posterior a tal solicitação e anterior ao respectivo deferimento[86]. De modo diverso, nas situações em que a iniciativa probatória deriva da atuação de ofício do magistrado, uma vez que não há que se falar nos momentos relativos ao requerimento ou ao deferimento da produção, a admissibilidade deverá ser vista como um dos juízos precedentes[87] e condicionantes da determinação da prova.

Prosseguindo-se no estudo sobre a admissibilidade, quanto ao seu conteúdo[88], sinaliza-se para a necessidade de adoção de critérios lógicos, de acordo com os quais o juiz verificará o preenchimento dos requisitos de observância obrigatória à admissão da prova no processo. Vale dizer, a objetividade de tais critérios possui dupla finalidade, relacionando-se com a facilitação da atuação do julgador – que buscará validação de sua decisão em parâmetros expressamente previstos em lei – e com a proteção do direito à prova dos quais os sujeitos parciais do processo são titulares, na medida em que se lhes confere a possibilidade de comparar o conteúdo da decisão sobre a admissão da prova com os ditames específicos relacionados à disciplina do tema, podendo, caso seja verificada a ilegalidade da decisão judicial, interpor o recurso cabível contra a determinação de ofício, o deferimento ou o indeferimento de produção de prova.

A tarefa de conferir uma noção mínima de objetividade à realização do juízo sobre

---

"*La prueba...*", p. 77-80, para quem a admissibilidade da prova engloba a verificação de sua respectiva pertinência e utilidade.

86 Nesse sentido, Michele Taruffo, In "*La prueba de los hechos*", p. 364, afirma que "el primer momento en el que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso".

87 Vale dizer, a admissibilidade e a relevância (cfr. item 3.3., *infra*) serão analisadas no momento da determinação da prova de ofício, sem contudo, haver fusão entre tais juízos. Em sentido contrário, afirmando haver união lógica entre a realização dos juízos de admissibilidade e relevância da prova, conferir José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", p. 348-349.

88 Em linhas gerais, Eduardo Cambi, In "*A prova civil: admissibilidade e relevância*", p. 34-35 afirma que "a admissibilidade é um requisito de mera legalidade, atinente ao respeito às regras que prescrevem a forma pela qual certos meios de prova devem ser propostos (v.g. os documentos essenciais ou indispensáveis, que são tidos como pressupostos da causa, devem acompanhar a petição inicial ou a resposta, sob pena de não poderem ser oferecidos em outras fases do procedimento; arts. 396 e 397 do CPC), ou concernente às regras que propõem proibições e limitações à admissão de certos meios de prova, em relação à natureza de certos fatos a serem provados (v.g., a prova exclusivamente testemunhal não é admitida nos contratos cujo valor exceda dez salários mínimos; art. 401 CPC)".

a admissibilidade da prova[89], no entanto, não é de simples consecução, na medida em que a atuação do julgador demanda a compatibilização de diferentes valores que atuam concomitantemente no processo. Dessa forma, por mais que se possa afirmar que o juízo sobre a admissibilidade da prova se pauta em critérios objetivos, relacionados diretamente com a existência de previsões legais que servem de balizas à atuação do julgador, não se mostra possível retirar da realização de tal juízo a carga subjetiva que advém das matrizes teóricas e ideológicas sobre as quais se funda a ciência processual, não podendo, assim, ser olvidado o papel exercido pelas garantias e princípios do processo civil[90].

Uma vez realizadas tais ressalvas, em síntese, pode-se afirmar que a admissibilidade consiste no juízo de legalidade acerca do preenchimento das exigências para o ingresso da prova em juízo[91], sendo certo que a superação de tais óbices é a primeira etapa[92] da realização do raciocínio lógico do julgador sobre a possibilidade de ser deferida ou determinada a produção da prova em juízo. Dentre seus requisitos[93], sob a perspectiva do ordenamento jurídico pátrio, podem ser destacadas a licitude, moralidade,

89 Quando se fala em admissibilidade da prova, na verdade, deve-se entender que se refere ao exame da admissibilidade do ato por intermédio do qual a parte está postulando a produção da prova, não havendo que se falar em admissibilidade do objeto da prova em si mesmo considerado. Nesse sentido, Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 33, afirma que "a admissão da prova não se refere ao objeto da prova, mas à idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova dos fatos".

90 Nesse sentido, é possível afirmar que a admissibilidade pode ser aferida por intermédio do exame de requisitos expressamente previstos na Constituição ou na legislação infraconstitucional, mas também pelos princípios e garantias processuais que traduzem valores os quais, durante a atuação do julgador, podem se revelar merecedores de maior proteção quando necessite ser realizada sua compatibilização com outros processualmente atuantes. Trata-se das situações nas quais, por exemplo, a prova deva ser tida por inadmissível em razão do fato de que a demora decorrente de sua produção pudesse ser tal que vulnerasse a obtenção do resultado útil do processo pela parte vencedora ou, ainda, na hipótese em que os custos necessários à sua produção colocassem em risco a utilidade do provimento jurisdicional a ser gozado pela parte que devesse arcar com o montante necessário à sua produção.

91 Insta salientar que nem todas as definições indicam tais caracteres como sendo essenciais à aferição da admissibilidade de determinados meios de prova. A título exemplificativo, Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 153, afirma que "quando se diz que a prova é admissível ou inadmissível, está-se fazendo referência à idoneidade ou falta de idoneidade de um determinado meio de prova para demonstrar um fato. Assim pode-se sustentar que sejam provas inadmissíveis, por exemplo, a testemunhal para comprovar a perícia de um indivíduo em determinada arte ou ofício (…)".

92 Em verdade, não se trata de estabelecer uma ordem cronológica estanque e imodificável sobre a realização dos juízos de admissibilidade e relevância da prova, sendo certo que tais exames devem ser feitos pelo julgador à luz do caso concreto. Nesse sentido, haverá situações nas quais a flagrante ilicitude das provas ensejará, de plano, seu indeferimento, assim como a notável irrelevância de seu conteúdo poderá, por sua vez, dar ensejo a tal medida, antes mesmo de se aferir a admissibilidade da prova requerida pela parte.

93 Para Luis Alberto Reicheilt, In "*A prova no direito...*", p. 285, "as questões existentes em torno dos critérios para a admissibilidade da prova podem ser agrupadas em torno de dois problemas fundamentais. Em primeiro lugar, impõe-se examinar o grau de importância atribuído pelo ordenamento jurídico à idéia de *tipicidade dos meios de prova*. Após, estudar-se-á a problemática dos limites a serem observados com vistas à *licitude da prova*". A partir disso, é possível notar a existência de diferenças com relação à ordem e enquadramento dos temas a serem abordados, não havendo, contudo, prejuízo ao enfrentamento do tema.

tempestividade, adequação procedimental, inexistência de vedação legal à utilização do meio escolhido e a obediência ao conteúdo do artigo 332 do Código de Processo Civil, os quais serão examinados a seguir.

2.2.1. LICITUDE

Quanto à licitude, destaca-se inicialmente tal requisito em função de seu tratamento constitucional e do amplo debate existente acerca do tema[94]. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê, de maneira taxativa, ser inadmissível a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, não fazendo o texto constitucional qualquer ressalva quanto à existência de eventuais exceções[95].

O exame de tal requisito, todavia, deve se dar em duas dimensões igualmente importantes: a primeira diz respeito à definição do conteúdo jurídico da licitude de provas, ao passo que a segunda trata do enfrentamento das situações nas quais será possível a mitigação do rigor contido no dispositivo constitucional[96] que disciplina a matéria.

No que tange à definição do conteúdo jurídico da licitude, entende-se correto afirmar que ela trata da ausência de contrariedade aos ditames do ordenamento jurídico, sendo tal conformidade aferida pelo cotejo entre, de um lado, as normas de direito substancial e processual[97] e, de outro, a prova produzida, a forma pela qual sua fonte foi acessada e a maneira pela qual se deu sua veiculação em juízo[98].

Nesse sentido, a licitude da prova é uma diretriz da qual dimanam diversos outros requisitos que, no desempenho da função legislativa e jurisdicional, têm seus conteúdos

---

94 No âmbito doutrinário, há quem diferencie, de maneira estanque, as provas ilícitas das provas inadmissíveis, valendo conferir, a esse respeito, Isabel Alexandre, In "*Provas ilícitas...*", p. 31, em obra que versa sobre a temática no processo civil português.

95 Artigo 5ª, inciso LVI da Constituição Federal – "*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*".

96 Nelson Nery Junior, In "*Princípios do processo...*", p. 275, retrata a existência de diferentes posicionamentos tanto no sentido de mitigar como de aplicar estritamente a proibição constitucional sobre a utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

97 A respeito da definição da ilicitude, pode-se encontrar posicionamento no sentido de que somente as provas obtidas com infringência às normas de direito substancial seriam ilícitas, sendo que aquelas obtidas em desrespeito aos ditames eminentemente processuais seriam consideradas como ilegítimas. Nesse sentido, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 146 e Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, In "*Constituição de 1988 e Processo...*", p. 70. Retratando a existência de tal posicionamento para, em seguida, posicionar-se em sentido contrário à divisão estanque existente entre provas ilícitas e provas ilegítimas, conferir o posicionamento de Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 64-70. Para um panorama acerca das divergências existentes com relação à dicotomia provas ilícitas – provas ilegítimas, conferir Luis Alberto Reichelt, In "*A prova no direito...*", p. 291-297.

98 Sobre referida classificação, Susana Henriques da Costa, In "Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas", texto contido na *Revista de Processo,* nº. 133, março/2006, p. 86, se refere às provas ilícitas, em sentido amplo, classificando-as em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas.

condensados. A previsão constitucional, no entanto, serve de baliza para que a técnica processual inserida na sistemática processual privilegie determinados valores quando do estabelecimento das formas mais adequadas para a obtenção e veiculação de provas em juízo[99].

Dessa maneira, a atividade do julgador, no que diz respeito à aferição da licitude das provas, representa a verificação da compatibilidade entre aquilo que lhe foi – uma vez já produzida a prova – ou lhe será – tendo sido a produção da prova somente requerida – apresentado como elemento destinado à comprovação dos fatos alegados pelas partes e o restante do ordenamento jurídico[100].

No que tange especificamente ao momento em que é realizado o juízo sobre a admissibilidade, em razão da natureza legalista deste, a aferição da licitude consiste em exame menos aprofundado que demanda o cotejo entre os requisitos abstratamente estabelecidos pela sistemática processual para a produção de provas e o requerimento para produção de prova deduzido pelas partes.

Para além de tais considerações, importante salientar, ainda, que, em determinadas situações, poderá haver a necessidade de compatibilização entre a licitude da prova e outros valores processualmente atuantes, de igual ou maior importância.

Diante disso, entende-se correto afirmar que, apesar da previsão restritiva do dispositivo constitucional que regula a matéria, sempre que o julgador se deparar com uma situação na qual identifique a existência de conflito entre a licitude da prova e outro valor, o exame[101] deverá ser realizado com o devido tempero, conferindo-se a devida importância ao caráter instrumental do processo[102], a fim de que não se privilegie eventual formalismo em detrimento da realização dos direitos cuja efetivação se pretende obter por intermédio da jurisdição.

---

99 A esse respeito, merece destaque o teor do artigo 332 do Código de Processo Civil, que consubstancia a proteção a diferentes valores, dentre os quais se destaca a busca pela verdade e a moralidade dos meios de prova utilizados.

100 Diante de tal constatação, cabe uma ressalva, no sentido de que a aferição da licitude das provas não se relaciona somente com o momento em que será realizado o juízo de admissibilidade. Em outros dizeres, entende-se correto afirmar que se trata de uma tarefa a ser desempenhada, outrossim, antes e depois da produção da prova, porquanto, em determinadas situações, somente depois de ter sido ela veiculada ao processo é que se poderá verificar a ocorrência de impropriedades decorrentes da maneira pela qual as partes lidaram com as fontes e os meios de prova utilizados.

101 Tal exame deve ser realizado à luz dos mecanismos destinados à harmonização de princípios jurídicos, recorrendo-se, de ordinário, aos critérios da ponderação, proporcionalidade e proibição do excesso. Nesse sentido, conferir Alexandre Salgado Marder, In "*Das invalidades no direito processual civil*", p. 97 e seguintes

102 É nesse sentido o posicionamento de Nelson Nery Junior, In "*Princípios do processo...*", p. 277-278, ao tratar da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito alemão.

2.2.2. ARTIGO 332 DO CPC

Em adição ao requisito da licitude, mas no plano infraconstitucional, tem-se ainda, como critério a ser obedecido, no juízo sobre a admissibilidade da prova, o conteúdo do artigo 332 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual "*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*".

Pela inteligência do mencionado dispositivo, verifica-se que os parâmetros destinados a tornar apto determinado meio de prova se relacionam com as noções de legalidade e moralidade, o que torna mais complexa a atividade do julgador que, além de verificar se os meios utilizados são lícitos, deverá também se atentar para a existência de regramento legal específico a seu respeito[103] – e respectiva compatibilidade com tais ditames – e, de maneira menos objetiva, para o aspecto moral[104] decorrente tanto da natureza da prova requerida – antes mesmo de ser ela deferida – como do resultado que dela possa advir – depois de deferida e produzida –.

Prosseguindo-se no enfrentamento do tema, no que tange à legalidade dos meios de prova, é possível extrair da disposição legal a existência de um requisito genérico para o exame da admissibilidade, qual seja a inexistência de vedação legal ao meio a ser utilizado. Isso porque a redação do artigo 332 do Código de Processo Civil faz ressalva expressa no sentido de que os meios de prova hábeis a provar a verdade dos fatos[105] não necessitam estar expressamente especificados no mencionado corpo legislativo[106]. Sob tal perspectiva, pode-se afirmar, então, que o exame sobre a legalidade do meio de prova não deve ser realizado de maneira rigorosa, podendo ser entendida ela como a verificação acerca da inexistência de vedação legal relativa à forma pela qual se dará a veiculação das informações em juízo. Com isso, vale dizer, abre-se campo, inclusive, para a veiculação de provas, em juízo, por intermédio de vias atípicas[107].

---

103 Dessa forma, importante salientar que a obediência ao artigo 332 do Código de Processo Civil é um requisito genérico para a realização do juízo sobre a admissibilidade da prova em juízo, existindo, todavia, diversos outros requisitos os quais também decorrem de disposição legal, mas cuja análise não se faz necessária no presente momento, sendo certo que alguns deles serão objeto de análise no Capítulo V, quando da identificação dos limites em espécie à iniciativa probatória de ofício.

104 O problema relacionado ao cunho eminentemente subjetivo da definição dos meios "moralmente legítimos" é constatado por Luis Alberto Reichelt, In "*A prova no direito...*", p. 293-294.

105 Refazem-se aqui todas as ressalvas anteriormente realizadas acerca da impossibilidade de ser aferida a 'verdade dos fatos' em si mesma considerada, constantes do Capítulo II.

106 Nesse sentido é o posicionamento de Rogério Lauria Tucci, In "*Curso de direito...*", Vol. II, p. 343 e José Frederico Marques, In "*Instituições de direito...*", Vol. III, p. 337. No mesmo sentido se posiciona Moacyr Amaral Santos, In "*Prova judiciária...*", p. 75-76, com relação ao Código de Processo Civil de 1939.

107 A esse respeito, Paulo Rogério Zaneti, In "*Flexibilização das regras...*", p. 51, afirma que "apesar de o

2.2.3. ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

Para além da licitude e do respeito ao conteúdo do artigo 332 do Código de Processo Civil, na condição de requisito a ser examinado no juízo sobre a admissibilidade da prova, merece ser conferido o devido destaque à adequação procedimental, a qual consiste na verificação da compatibilidade entre o meio de prova a ser utilizado e o procedimento específico que rege a prática dos atos em juízo.

Realizando-se um cotejo com a obediência ao teor do artigo 332 do Código de Processo Civil, apesar de se poder afirmar que a adequação procedimental com ele se relaciona quanto à necessidade de serem legais os meios utilizados para a produção de provas, é importante destacar que ela, porém, não deriva obrigatoriamente da existência do mencionado dispositivo legal, sendo uma consequência da interpretação do sistema processual civil. Vale dizer, ainda que a referida previsão legal não existisse, a adequação procedimental continuaria sendo, por força da sistemática processual[108], um requisito a ser examinado por ocasião da avaliação sobre a admissibilidade da prova.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a adequação procedimental relaciona-se com o devido processo legal, de forma a garantir aos jurisdicionados a previsibilidade que se espera obter do procedimento perante o órgão jurisdicional competente no que diz respeito à prática de atos em juízo, impedindo que sejam utilizados meios de prova não admitidos pela lei em determinadas conjunturas processuais.

Diante disso, faz-se imperioso identificar as situações nas quais o procedimento prevê ser impossível a utilização de meios de prova que seriam aceitos no procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Civil. Em termos mais específicos, cuida-se de atentar para a utilização dos meios de prova que sejam compatíveis com a formatação dos atos conferida pela legislação aos diferentes procedimentos existentes dentro sistemática processual, tais como o procedimento sumário[109], o previsto na lei nº. 9.099/95 – naquilo que tange ao processo civil – e os procedimentos especiais previstos no diploma processual e em leis esparsas.

A esse respeito, por exemplo, pode-se destacar a limitação imposta à realização de

CPC de 1973 ter especificado em seus arts. 342 a 443 apenas sete meios de prova, a parte poderá se valer de qualquer outro meio, diverso daqueles já contidos na legislação processual, desde que seja moralmente legítimo".

108 Sob a perspectiva da sistemática processual, Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 36, afirma que a atuação do legislador, ao estabelecer limitações abstratas ao exercício do direito à prova, deve se dar em razão da necessidade de serem privilegiados outros valores que, em tese, poderiam ser vulnerados pela atividade probatória exercida em juízo.

109 Artigo 275 e seguintes do Código de Processo Civil.

prova técnica de maior complexidade (artigo 277, §5º do Código de Processo Civil), oportunidade na qual, verificando o julgador a necessidade de ser produzida tal prova, deverá ele proceder à conversão do procedimento sumário para o ordinário. Para além disso, outras situações que revelam a necessidade de obediência à adequação procedimental como requisito para o juízo sobre a admissibilidade da prova, tais como a limitação ao número de testemunhas a serem ouvidas, prevista pelo artigo 34 da lei nº. 9.099/95[110], ou, ainda, a impossibilidade de dilação probatória no bojo do procedimento do mandado de segurança, regrado pela lei nº. 12.016/09[111].

Por fim, cabe uma observação quanto à determinação de ofício sobre a produção de provas e sua relação com a adaptabilidade procedimental. A esse respeito, o julgador, como sujeito imparcial da relação jurídica processual, exerce sua atividade cognitiva de modo a formar sua opinião quanto aos elementos que entende serem de fundamental conhecimento para a resolução do conflito, devendo determinar somente a prova de fatos que julgue necessários à formação do seu convencimento. No desempenho de tal função, deve-se ressaltar, todavia, que as limitações procedimentais também se aplicam ao magistrado, não podendo ele, em afronta às normas que atinem à admissibilidade, determinar produção de prova que seja incompatível com o rito escolhido, sem que modifique o procedimento, sob pena de ferir o devido processo legal[112].

Nesse sentido, afirma-se que o princípio da adaptabilidade do procedimento, no ordenamento jurídico pátrio, pressupõe a existência de previsão legal autorizadora[113-114] e a

---

110 Cabe a ressalva feita por José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 163, no sentido de que, no âmbito da lei nº. 9.099/95, "não há vedação expressa da prova pericial nos processos em curso perante o Juizado Especial. Determina-se apenas ao juiz que, se necessário, ouça técnicos de sua confiança e admita a juntada de parecer técnico. Daí se conclui ser inadmissível prova pericial".

111 Vale destacar, no entanto, que apesar da indicação, em separado, dos requisitos relacionados à adequação entre o meio de prova a ser utilizado e o procedimento a ser obedecido, a realização do juízo de compatibilidade entre ambos pressupõe a obediência a outro requisito mencionado no item imediatamente anterior, qual seja, a inexistência de vedação legal ao meio de prova a ser utilizado.

112 A esse respeito, é possível afirmar que a assunção de postura ativa por parte do julgador deve ser condicionada à adequada utilização de seus poderes, os quais podem servir para extrair da técnica processual os resultados aos quais esta se destina. É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 109, afirma que "é também imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual".

113 Nem sempre haverá a necessidade de previsão expressa no sentido de que seja possível a adaptabilidade do procedimento. Nesse sentido, Guilherme Peres de Oliveira, In "*Adaptabilidade Judicial: A modificação do procedimento pelo juiz no Processo Civil*", p. 113 afirma que "além de conferir ao juiz normas de caráter aberto para que sejam preenchidas no caso concreto (…) também deve ser dado ao juiz, em outras hipóteses, o poder-dever de adaptar o procedimento previsto em lei".

114 Quebrado o paradigma da necessidade de previsão legal acerca da adaptabilidade judicial, Fernando da Fonseca Gajardoni, In "*Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na Teoria Geral do Processo*", texto contido na obra organizada por Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell,

observância do contraditório e da motivação da decisão judicial, tudo no sentido de que se alcance a efetividade da tutela a ser prestada aos jurisdicionados[115].

É nesse sentido que se afirma que a compatibilidade entre o meio de prova e o procedimento limita a atuação das partes e a iniciativa probatória do juiz. Demandando-se a observância dos requisitos acima indicados, evidenciam-se as balizas aplicáveis tanto às partes como ao julgador, quando de suas respectivas iniciativas probatórias.

2.3. RELEVÂNCIA DA PROVA

Apesar da importância que deve ser conferida à admissibilidade dos meios probatórios, a integração da prova ao processo civil demanda, também, a realização de outros juízos que vão além da simples verificação de sua compatibilidade com os requisitos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, prosseguindo-se no exame sobre como a prova é integrada ao processo, necessário se faz examinar em que consiste o juízo sobre a relevância[116] da prova e em que medida a realização deste se relaciona com a identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício.

Dessa forma, tem-se que, a partir do momento em que conclui pela admissibilidade da prova, antes de deferir o requerimento das partes ou determinar sua produção de ofício, o juiz deve percorrer mais uma etapa do raciocínio lógico acerca da integração da prova ao processo, de modo a identificar em que medida poderá aquela prova contribuir para a demonstração ou esclarecimento dos fatos cujo conhecimento seja essencial para que se decida em favor de quem deve ser prestada a tutela jurisdicional.

Quanto à realização do mencionado juízo, importante destacar, inicialmente, o problema que consiste em aferir a relevância de uma prova em momento anterior à sua produção. Nesse sentido, pode-se afirmar que se exige do julgador uma decisão acerca do deferimento ou indeferimento de produção de uma prova sem que se saiba, ao certo, se seus resultados serão ou não úteis ao processo. Nessa senda, a problemática se relaciona com aquelas situações nas quais o julgador fica em dúvida quanto à relevância ou não da prova a ser deferida ou determinada. Diante de tal situação, entende-se prudente que o

---

"*40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*", p. 311, assevera que a adaptabilidade "não depende de previsão legislativa alguma (embora fosse recomendável), pois decorre da correta aplicação do princípio constitucional do devido processo legal (...)".

115 Nesse sentido, *Ibidem*, p. 317.

116 A respeito da veiculação das provas relevantes em juízo, Michele Taruffo, In "*La prueba de...*", p. 377-378, afirma que "*cualquier prueba relevante debe ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares*".

julgador defira a produção da prova requerida, em prestígio ao direito à prova – do qual os sujeitos parciais da relação jurídica processual são titulares – e em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar nulidades processuais e lesões ao direito das partes[117]. Vale dizer, sob tal perspectiva, não há que se falar em excesso do julgador ao permitir produção de prova sobre a qual paire dúvida acerca da respectiva relevância, pois, em última instância, se ela se mostrar prejudicial ao processo, poderá ele desconsiderá-la para efeitos de formação de seu convencimento.

Prosseguindo-se no enfrentamento do tema, é possível afirmar que a relevância das provas diz respeito à aptidão destas para demonstrar a existência, extinção, modificação ou impedimento dos fatos alegados pelo autor[118]. Para além disso, a fixação dos temas pertinentes e suficientes para a formação do convencimento do juiz também faz parte do campo da relevância das provas, na medida em que se devem estabelecer, primeiramente, quais fatos necessitam ser provados para, posteriormente, proceder-se à verificação da relevância[119] das provas a serem produzidas.

A esse respeito, a doutrina denomina de princípio da relevância das provas[120] aquele que tem por objetivo direcionar a seleção do magistrado acerca dos fatos a serem provados e, por consequência, minimizar a utilização do tempo dispendido com o desenrolar processual no que diz respeito à restrição da produção de provas somente ao campo

---

117 Nos dizeres de Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 266) como o juízo de relevância "é anterior à produção da prova, está baseado na mera verossimilhança ou probabilidade de os fatos alegados e de os meios de prova escolhidos produzirem efeitos; havendo dúvida quanto à eficácia da prova, o juiz deve considerá-la relevante, sob pena de o indeferimento do exercício do direito à prova causar a impossibilidade de a parte demonstrar os fatos que lhe servem de supedâneo para as suas pretensões ou defesas. Em contrapartida, é compreensível que o juízo de relevância seja antecipado, porque, caso contrário, não se conseguiria das efetividade aos princípios da celeridade e da economia processuais".

118 A definição do juízo de relevância aqui adotada se assemelha à noção de pertinência trazida por Eduardo J. Couture, In "*Fundamentos do direito...*", p. 158, quando afirma que "prova pertinente é aquela que versa sobre as alegações e fatos que são realmente objeto de prova. Prova impertinente é, ao contrário, a que não se refere às alegações e fatos que são matéria de demonstração. Uma prova referente a um fato não articulado, quer na inicial ou na réplica pelo autor, quer na contestação ou na tréplica pelo réu, é prova impertinente. Também o é a que se refira aos fatos que tenham sido aceitos pelo adversário".

119 Sobre o conceito de relevância das provas, Eduardo Cambi, *Op. Cit.*, p. 263, afirma que "o juízo de relevância recai sobre o fato, que deve necessariamente integrar a causa (pertinência) e poder influir na decisão, ou sobre o meio escolhido para a prova desse fato. O fato é relevante quando a sua investigação é útil, idônea, necessária ou indispensável à solução do conflito de interesses deduzido no processo. (...) O meio de prova é relevante quando, recaindo sobre uma proposição fática considerada hipoteticamente verdadeira, pode servir de elemento de confirmação lógica de um *factum probandum*".

120 Nesse sentido, Lisandra Demari, In "Juízo de relevância da prova", texto contido na obra de Danilo Knijnik (Coord.). "*Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório*" p. 178, afirma que "(...) a existência do princípio da relevância das provas, como condição de sua admissão no processo, resulta justificada pela exigência de garantir um correto desenvolvimento do processo, mediante uma obra de seleção, dirigida a excluir aquelas atividades probatórias que não parecem úteis à verificação dos fatos da causa, dando efetividade ao princípio da economia processual".

daquelas que versem sobre fatos relevantes para a solução da causa[121].

Em um primeiro momento, portanto, a relevância diz respeito à avaliação sobre como a prova poderá potencialmente[122] influir na decisão judicial, pressupondo não somente a prévia realização de um juízo acerca de sua respectiva admissibilidade, mas também o conhecimento do processo, do direito substancial envolvido e das pretensões jurídicas contrapostas em juízo. Somente com a ciência acerca de tais informações é que o julgador poderá realizar o juízo sobre a relevância das provas, de modo a aferir em que medida elas se relacionam com a situação de crise que deu ensejo à demanda, observando, também, em que medida poderão seus resultados influir na demonstração dos fatos de compreensão necessária para o julgamento do mérito.

Outro ponto de destaque na aferição da relevância das provas é o meio que a parte escolhe para demonstrar o fato que serve de embasamento das pretensões jurídicas[123-124]. Isso porque não são raras as vezes em que, apesar da inicial aparência de relevância do fato que se pretende provar, as partes optam por meio inidôneo à sua comprovação em juízo[125].

Nesse sentido, entende-se adequada a afirmação no sentido de que, no âmbito do juízo sobre a relevância, deve se fazer presente, também, a compreensão das noções relativas à obrigatoriedade de veiculação das provas por determinadas formas ou à necessidade de sua relação com determinados fatos considerados como essenciais ao julgamento do mérito. Em termos específicos, trata-se de concluir pela irrelevância dos meios de prova que, a) destinando-se à demonstração de fatos que obrigatoriamente devem

---

121 Renovam-se, aqui, as colocações realizadas acerca do objeto da prova, no sentido de que os fatos a serem provados devem ser controversos, adicionando-se a tal constatação a necessidade de serem observados os ditames do artigo 334 do Código de Processo Civil, sendo vedada a produção de prova sobre fatos notórios, afirmados por uma parte e confirmados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

122 Ressalte-se que a prévia seleção dos fatos a serem provados diz respeito muito mais à relevância do que à admissibilidade da prova. O magistrado deve realizar uma análise hipotética da influência que a prova pode ter no julgamento, a fim de verificar se deve ou não determinar sua realização. Trata-se, portanto, de uma potencialidade que o fato tem de influir no julgamento da causa, se efetivamente demonstrado.

123 Nesse sentido, Eduardo Cambi, In "*A prova civil...*", p. 263, afirma que "o juízo de relevância recai sobre o fato, que deve necessariamente integrar a causa (pertinência) e poder influir na decisão, ou sobre o meio escolhido para a prova desse fato".

124 Na perspectiva de Luigi Lombardo, In "*La prova giudiziale...*", p. 379, é possível diferenciar a realização do juízo sobre a relevância da prova em dois momentos distintos, consistentes, primeiramente, a) na análise abstrata da pertinência da prova com relação aos fatos a serem demonstrados e, posteriormente, b) na verificação posterior da adequação do meio escolhido para a veiculação das informações em juízo.

125 A título exemplificativo, a prova testemunhal não é meio idôneo à comprovação do casamento nas causas em que, como documento essencial para o recebimento da petição inicial, se exija a certidão de casamento lavrada em cartório. Desse modo, apesar de admissível o requerimento de produção de prova testemunhal, neste caso específico, ele se reputa irrelevante para a realização de prova sobre a existência ou não do casamento.

ser veiculados pela forma prescrita em lei, com esta não guardam pertinência ou b) não se relacionam a circunstâncias de esclarecimento necessário para o enfrentamento do mérito ou c) referindo-se a fatos importantes para o solucionamento das questões, já tenham sido objeto de demonstração por meios de prova diversos daqueles cujo requerimento está sendo objeto de exame.

Para além da importância da adequação do meio de prova escolhido pelas partes, cumpre ressaltar que, ao aferir a relevância da prova no contexto do processo, o julgador deve levar em consideração, concomitantemente, o resultado das demais provas já produzidas em juízo, bem como a aptidão que as demais – requeridas pelas partes ou objeto de determinação judicial – possuem para a demonstração de algo diverso daquilo que já tenha sido comprovado naquele processo[126].

Nesse sentido, pode-se dizer que, em regra, quanto maior for o conjunto probatório já existente – quer em razão da amplitude das provas pré-constituídas, quer em razão daquelas que tenham sido objeto de produção antecipada –, menor será a relevância dos demais meios requeridos ou determinados para a demonstração dos mesmos fatos sobre os quais já foram produzidas provas. Soma-se a tal asserção a necessidade de se levar em consideração a natureza do direito substancial envolvido, aliando-se tal análise ao contexto fático apresentado em juízo pelas partes, de modo que o julgador, em sua atuação, possa concluir favoravelmente apenas pela relevância das provas que tenham, potencialmente, aptidão para trazer novas informações ao seu conhecimento[127].

Diante de tais considerações, é possível afirmar, em síntese, que o juízo sobre a relevância das provas demanda a) antes de determinar a produção de provas, o exame da pertinência e da necessidade quanto à prova dos fatos, b) a verificação da existência de controvérsia atual acerca dos fatos a serem provados, c) o exame dos requerimentos de produção de provas sob o prisma da influência que elas poderão exercer no processo de formação do convencimento do julgador, d) a aferição da utilidade e da eficiência do meio de prova escolhido pela parte, na medida em que este deve ser suficiente para a formação do convencimento do juiz acerca do fato sobre o qual recairá a prova.

---

126 A esse respeito, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 160, afirma que "parece correto afirmar que a necessidade de produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos. Para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo".

127 Nesse sentido, Luigi Lombardo, In "*La prova giudiziale...*", p. 380, assevera que, com relação à prova, "non basta che essa sia pertinente rispetto al *thema probandum*: è necessario, altresì, che essa sia in grado di dare un contributo *concreto* alla conoscenza dei *facta probanda* da parte del giudice" (grifos do autor).

2.4. INTEGRAÇÃO DA PROVA AO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL: A PERSPECTIVA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS

Em decorrência de tudo o que foi retratado sobre a prova e sua integração ao processo, constata-se que, desde o momento do requerimento para sua produção – pelas partes – ou de sua determinação – de ofício – até sua efetiva valoração, se faz necessária a obediência a determinados parâmetros estabelecidos previamente pela sistemática processual.

Para além disso, verifica-se que tais balizas também se fazem presentes na disciplina legal conferida ao seu objeto, fontes e meios, de modo que as disposições acerca do direito probatório representam a contraposição existente entre a proteção ao direito à prova[128] e as limitações de necessária observação para o exercício deste, em juízo[129].

Em tal conjuntura, evidencia-se a existência de uma relação entre a prova e a técnica processual[130-131], na medida em que esta, simultaneamente, privilegia e restringe o exercício do direito à prova e a persecução da verdade, no âmbito do processo civil.

Em termos mais específicos, de um lado, em razão de tudo o que se expôs no presente capítulo, verifica-se que a técnica processual privilegia[132] a instrução probatória, procedendo à instrumentalização do exercício do direito à prova, à condensação do conteúdo jurídico da garantia do contraditório e da ampla defesa e à operacionalização do exercício dos poderes instrutórios pelo julgador.

De outra ponta, identifica-se que a mesma técnica processual estabelece limitações ao exercício ao direito à prova e à iniciativa probatória das partes e do juiz, mediante

---

128 A respeito do que será abordado no capítulo subsequente, pode-se afirmar que o direito à prova é um dos fundamentos da iniciativa probatória de ofício. Nesse sentido, não se trata de afirmar que o juiz é o titular do direito à prova, mas de constatar que a utilização de seus poderes instrutórios encontra fundamento, dentre outros, na preservação do direito à prova titularizado pelas partes.

129 No mesmo sentido, mas referindo-se genericamente à estrutura do processo, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Fundamentos do processo...*", Tomo I, p. 278, manifesta-se no sentido de que "a disciplina legal do processo, com o desenho dos procedimentos em abstrato e definição das situações ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, constitui, antes e acima de tudo, a *disciplina do exercício do poder* e um sistema de *limitações a ele*" (grifos do autor).

130 Com relação especificamente ao direito à prova, a técnica processual serve, ao mesmo tempo, como elemento legitimador e limitador de seu exercício. Isso porque, em sendo obedecidos os requisitos necessários para a produção da prova, o julgador é obrigado a permitir à parte o exercício de tal direito, sendo certo que o sujeito parcial da relação jurídica processual, por sua vez, não poderá exercer tal prerrogativa caso não se atenha aos requisitos estabelecidos abstratamente pela legislação.

131 A técnica processual, examinada sob o prisma de sua finalidade, é entendida por Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 266, como sendo a "*predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais*".

132 Conferindo destaque à finalidade do processo e à proteção, por meio da técnica, de valores maiores como a liberdade, dos bens e da vida do cidadão, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 41-43.

criação de regras procedimentais que impedem a utilização de determinados meios de prova, imposição de formalidades para a veiculação de informações perante o juízo e estabelecimento de limites à cognição do julgador acerca dos fatos e provas levados ao processo.

Voltando-se o enfoque para o que foi estudado no presente capítulo, pode-se afirmar que todas as normas destinadas ao regramento da integração da prova ao processo, dentre as quais se situam aquelas destinadas à conceder e limitar os poderes instrutórios, se relacionam, em certa medida, com a técnica processual, de modo que a utilização desta, pelo julgador[133], deve se dar com vistas à consecução dos escopos da jurisdição e à proteção dos valores resguardados pelas regras abstratamente previstas pelo legislador.

Nesse cenário, os princípios, normas e valores influenciam a criação de diferentes técnicas cujo exame demanda a adoção de uma perspectiva sistemática acerca de diferentes institutos que vão além daqueles afeitos unicamente à teoria geral da prova ou do processo civil. Com isso, vale dizer, a utilização de tais técnicas, pelo julgador, deve se submeter, a todo momento, aos limites impostos pelo ordenamento jurídico considerado como um todo e não em função de um ou outro ramo do direito[134].

Sob a perspectiva daquilo que atine especificamente à relação entre a técnica processual e os limites à iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que aquela possui papel de importância no que diz respeito à conferência de poderes ao julgador e sua respectiva limitação, sendo que as disposições que com ela se relacionam, por um lado, legitimam a atuação de ofício do juiz e, por outro, impõem limites ao exercício dos poderes instrutórios, sendo tal relação abordada ao longo dos próximos capítulos.

---

133 A ampliação e disciplina dos poderes do julgador reflete o aumento da importância que tem sido conferida ao papel do Poder Judiciário, no contexto do Estado Democrático de Direito, mormente naquilo que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais e transindividuais. Sobre as novas funções do Poder Judiciário, conferir José Carlos Baptista Puoli. In "*Os poderes do juiz...*", p. 145-147.

134 Arrematando o raciocínio acima indicado, sob a perspectiva do instrumentalismo processual, dos escopos do processo e dos instrumentos colocados à disposição dos litigantes, Helena Najjar Abdo, In "*O abuso do processo*", p. 85 esclarece que "a visão instrumentalista não se aplica apenas ao processo como um todo, ao processo globalmente considerado. Os instrumentos técnicos, ou seja, os meios predispostos às partes, também estão destinados à realização dos escopos processuais. Essa indicação leva à conclusão de que, seja no processo, seja em outros ramos do direito, toda norma que confere ao indivíduo uma situação subjetiva tem por trás de si uma finalidade, que, na maioria das vezes, tem caráter social".

CAPÍTULO IV – PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Sob a perspectiva das constantes modificações às quais o processo civil vem sendo submetido, tem-se exigido do julgador a adoção de uma postura ativa na condução do processo e na persecução dos escopos da jurisdição. Tais exigências derivam, em certa medida, da adoção da instrumentalidade como matriz ideológica a ser seguida pela ciência processual[1-2].

Nesse contexto, a afirmação da jurisdição como expressão do poder estatal passa a dividir espaço com a preocupação de se conferir a adequada tutela àqueles que se socorrem do Poder Judiciário para resolução das crises jurídicas advindas das relações interpessoais. Exsurge, assim, a necessidade de serem conferidos ao julgador os instrumentos necessários para que, ao final do processo, a decisão proferida seja adequada ao direito substancial envolvido e, ao mesmo tempo, esteja apta a produzir os efeitos materiais que dela se espera[3].

Desse modo, nos três primeiros momentos do presente capítulo, serão abordados aspectos dos poderes do juiz no processo civil, mediante a análise de temas relacionados a) ao caráter instrumental dos poderes do juiz e a noção de poder-dever, b) às distinções conceituais existentes entre os poderes do juiz e a iniciativa probatória de oficio e c) ao arcabouço teórico que permite a adoção de uma postura ativista por parte do julgador, sendo certo que, neste último, conferir-se-á o devido enfoque à divergência doutrinária existente entre os adeptos do instrumentalismo processual e aqueles filiados às denominadas doutrinas garantistas.

Em sequência, será examinada, de maneira específica, a iniciativa probatória de ofício em seus aspectos legislativos, abordando-se, outrossim, os critérios que norteiam a atuação do julgador, de modo a se abrir campo para a classificação dos limites à iniciativa probatória do juiz.

1 Cfr. itens 1.2. e 1.3. do Capítulo I.

2 Sobre a instrumentalidade do processo, a tendência de adoção de postura ativa pelo juiz e as modificações no Processo Civil, José Carlos Baptista Puoli, In "*Os poderes do juiz...*", p. 57, afirma que "essa tendência tem mostrado força suficiente para introduzir alterações importantes na leitura que era tradicionalmente feita a respeito de diversos dogmas da ciência processual, como é o caso dos princípios dispositivo, da inércia e da imparcialidade".

3 José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 34, relacionando os escopos da jurisdição e a natureza pública do Processo Civil, afirma que este ramo do Direito se destina "a regular o meio pelo qual o Estado atua coercitivamente as regras de direito material e obtém a pacificação social".

1. OS PODERES DO JUIZ

1.1. NOÇÃO DE PODER-DEVER

Ao se tratar dos poderes do juiz, faz-se necessário, inicialmente, firmar premissa no sentido de que o presente item não se destina à análise estanque de meras faculdades ou de deveres genéricos do julgador[4]. Ao revés, pretende-se examinar atos cujo conteúdo jurídico seja composto, ao mesmo tempo, por caracteres identificadores das noções de poder e dever. Trata-se, assim, de uma categoria *sui generis* denominada poder-dever.

Em regra, a noção de poder, dissociada da noção de dever, remete à ideia genérica de possibilidade, faculdade ou prerrogativa. Nesse sentido, a utilização do termo poder, sob a perspectiva do julgador, seria inadequada no que tange ao estabelecimento de critérios para controle da decisão judicial, na medida em que, diante de determinada situação, o julgador poderia adotar ou não uma determinada postura, sem que fosse possível ao jurisdicionado aferir o acertamento da conduta do juiz, porquanto a atuação do magistrado teria se dado em virtude de um poder que lhe é atribuído indiscriminadamente pelo ordenamento. Essa compreensão de poder, portanto, no contexto acima indicado, assemelha-se ao arbítrio[5].

Por outro lado, também não se entende salutar ao processo o afastamento da noção de poder, para que, em relação ao juiz, existam apenas deveres. Isso porque a substituição da noção de *poder* por outra genérica e abstrata de *dever* retira do magistrado a possibilidade de aferir, no caso concreto, a necessidade e a utilidade de utilização dos mecanismos que o ordenamento lhe coloca à disposição[6].

Assim sendo, ao contrário das noções de poder e dever anteriormente retratadas, é possível afirmar que os poderes do juiz, sob a perspectiva daquilo que é objeto do presente estudo, não são meras faculdades conferidas ao julgador, nem consistem em obrigações indistintamente consideradas. Tratam-se de poderes qualificados pela noção de dever, no

---

4 Em termos genéricos, os deveres do juiz vêm indicados no artigo 125 do Código de Processo Civil.

5 Nesse diapasão, Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*", p. 15, afirma que "aos juízes também cabe a importante tarefa de compreender o contexto adequadamente, incorporando essa responsabilidade que lhes foi conferida, a fim de que esses poderes possam ser bem utilizados e não configurem justificativa para o arbítrio".

6 A título exemplificativo, fala-se em 'dever' quando se veda ao julgador a possibilidade de proceder com dolo ou fraude ao longo de todo o desenrolar da relação jurídica processual, sob pena de responsabilização a título de perdas e danos, nos termos do artigo 133, inciso I do Código de Processo Civil. Nesse sentido é que se afirma que a substituição da noção de poder pela de dever é prejudicial, uma vez que, ao contrário do que ocorre com a vedação do dolo judicial, a utilização dos poderes do juiz pode se submeter a diferentes critérios, a depender da conjuntura processual com a qual venha a se deparar. A temática dos deveres do juiz será novamente abordada no item 3.2. do Capítulo V.

sentido de que, verificadas as hipóteses em que se faça necessária a atuação do julgador, este deverá deles se valer[7].

Assim, diz-se que o julgador é dotado de poderes os quais serão obrigatoriamente utilizados, uma vez identificada uma conjuntura processual[8] que enseje sua aplicação. Dessa forma, otimiza-se a prestação jurisdicional, na medida em que se determina a assunção de uma posição ativa do julgador nas hipóteses em que esta se faça necessária, e se possibilita a ele que se abstenha de agir nas situações em que sua atuação seja desnecessária, ao mesmo tempo em que se retira de sua atuação o caráter discricionário que existiria, caso seus poderes fossem considerados meras faculdades[9].

Salienta-se, porém, que não se trata de identificar qual a melhor denominação a ser utilizada para definição da natureza dos poderes do juiz, mas de se estabelecer o conteúdo jurídico da noção de poder-dever.

A esse respeito, o poder-dever não é apenas 'poder', nem apenas 'dever'[10]. Não se identifica inteiramente com a definição de poder, uma vez que não consiste em mera faculdade, nem é fruto de juízo de discricionariedade do julgador[11], de modo que, em se configurando a hipótese normativa que enseja a atuação do magistrado, deverá ele atuar, utilizando os poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico.

De outra ponta, os poderes do juiz também não se amoldam perfeitamente à noção de dever[12]. Isso porque, ao contrário do que ocorre quando se está diante de um dever abstratamente previsto, o exercício do poder-dever depende de determinadas conjunturas processuais, ao passo que a obediência ao 'dever' em si mesmo considerado independe da

---

7 Vale destacar que os poderes do juiz não são exercidos de maneira arbitrária, mas impositiva. Nesse sentido, eventual arbítrio do julgador é coibido, em abstrato, pela garantia da motivação das decisões judiciais e, em concreto, pelos mecanismos de controle das decisões judiciais.

8 Conferir o item 3.2., *infra*.

9 A esse respeito, inclusive, Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 20, afirma que "não existem propriamente faculdades no processo, ou ao menos faculdades puras. (…) Assim, a faculdade de produzir provas é, por certo, um poder de requerê-las ao magistrado e o poder/dever deste de realizá-las desde que convenientes".

10 Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco, In "*Instituições de Direito Processual Civil*", Volume II, p. 239, esclarece que "toda essa trama de poderes, deveres e poderes-deveres do juiz diz respeito a sua integração no processo como sujeito da relação processual e todos eles relacionam-se diretamente com o exercício da jurisdição – quer se trate dos poderes referentes ao julgamento ou aos atos-meio com que ele prepara o provimento final".

11 Sobre a discricionariedade conferir item 1.1. do Capítulo II.

12 Os deveres do juiz são compreendidos, por vezes, além da dimensão do artigo 125 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Op. cit.*, p. 234-237 tece considerações sobre o mencionado dispositivo legal, analisando a fundo os deveres ali contidos para, ao final, relacioná-los com a cláusula geral do devido processo legal. Carlos Aurélio Mota de Souza, In "*Poderes éticos do juiz; a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*", p. 52-57, aborda os deveres do juiz sob o prisma dos deveres funcionais, sociais e aqueles relacionados às pequenas causas.

ocorrência de situações específicas no bojo do processo[13].

Ou seja, quando se trata de poder-dever, dependendo daquilo que seja verificado no processo, o julgador será obrigado a agir de uma determinada maneira, da mesma forma que pode se ver liberado de assim proceder[14]. Já o mesmo não ocorre quando se trata de um 'dever', na medida em que, independente da situação jurídica, a partir do momento em que o processo passa a existir, a conduta que se espera do julgador é indistintamente a mesma.

Em síntese, o poder-dever do julgador não é uma mera faculdade, nem um dever abstratamente considerado[15]. Trata-se de uma noção que é aplicável nas conjunturas processuais em que a atuação do julgador se faça possível e, ao mesmo tempo, necessária para o bom desempenho da atividade jurisdicional[16].

1.2. PODERES DO JUIZ E PODERES INSTRUTÓRIOS

Uma vez estabelecida a noção de poder-dever, faz-se necessário definir o que se pode entender por poderes do juiz e, sob a perspectiva do objeto do presente estudo, em que medida estes se assemelham ou se diferenciam dos poderes instrutórios[17].

A esse respeito, inicialmente, pode-se dizer que ambas expressões se relacionam diretamente com situações nas quais se faz possível e necessária a atuação do julgador, no

---

13 Insta salientar a existência de posicionamentos em sentido contrário, no que tange à diferenciação entre poderes, deveres e poderes-deveres, mas que não discordam do sentido adotado pelo texto em relação ao resultado da atuação do juiz. A título exemplificativo, Rogério Marrone de Castro Sampaio, In "*A atuação do juiz no direito processual civil moderno*", p. 31, afirma que "para o desempenho da função jurisdicional o juiz exerce poderes-atividades. Toda vez que o ordenamento jurídico incumbe o juiz de realizar determinada atividade, atribui-lhe poder para tanto, ao que corresponde o dever de realizá-la".

14 Sob esse aspecto, em sentido parcialmente afinado com o texto, Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 21, conclui que "o juiz é titular de situações jurídicas integradas que não são verdadeiramente ativas ou passivas, aquilo que o juiz pode fazer, também deve fazê-lo; poder no sentido de que ao ato as partes se submeterão e dever no sentido de garantir o equilíbrio do sistema e obter os resultados desejados. Enquanto for observado o equilíbrio nessas situações jurídicas integradas, estará o magistrado exercendo, legitimamente, o poder estatal, ou seja, exercendo esses poderes/deveres de forma equilibrada, estará o magistrado preparando legitimamente o ato final do processo".

15 A noção de poder-dever não poderia ser denominada simplesmente 'poder' porque isso lhe retiraria o caráter imperativo, conferindo discricionariedade à atuação do julgador. Por outro lado, não poderia também ser denominada meramente 'dever', sob pena de se retirar do julgador a prerrogativa de análise acerca da necessidade de sua atuação diante de determinada conjuntura processual.

16 É nesse sentido que o caráter jurisdicional da atividade desempenhada pelo julgador influencia a noção de poder-dever, na medida em que, nos dizeres de Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 15-16, "o juiz, figura que exerce a jurisdição, não se limita ou pode se limitar a declarar o direito no caso concreto, mas efetivamente atuá-lo, aí sim exercendo plenamente o poder jurisdicional do qual foi investido, trabalhando em prol de seu escopo magno, qual seja, a pacificação e a manutenção da coesão social".

17 Sobre os poderes instrutórios, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes Instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*", p. 182-183, afirma que "seu conceito reside nos atos do juiz ligados à própria instrução que, por sua vez, conduz a uma concepção mais ampla, relativa a toda situação no processo em que seja necessário produzir conhecimento no espírito do julgador, mediante direção formal e material da causa, que se aperfeiçoa de ofício".

sentido de utilizar, para melhor consecução dos escopos da jurisdição, os poderes que lhe foram conferidos pelo ordenamento jurídico[18].

Todavia, o cotejo entre as noções de poderes do juiz e poderes instrutórios sinaliza para a existência de sensíveis diferenças, as quais não permitem afirmar que ambas denominações cuidam do mesmo fenômeno. Nesse sentido, os poderes do juiz se diferem dos poderes instrutórios na medida em que estes dizem respeito às hipóteses específicas nas quais o julgador entenda necessária a utilização de seus poderes na condução da instrução processual[19], ao passo que os poderes do juiz, genericamente considerados[20], referem-se indistintamente a todas as situações nas quais o julgador entenda possível e necessária a utilização de seus poderes[21], independente de se tratar, na espécie, de situação relacionada à produção de provas.

Dessa forma, sob a perspectiva da atuação do julgador, pode-se afirmar que se tratam de dois fenômenos cujo exame sinaliza para a existência similitudes – haja vista ambos se relacionarem com a noção de poder-dever[22] –, mas, ao mesmo tempo, revela diferenças sensíveis que permitem conferir aos poderes do juiz, genericamente considerados, âmbito de incidência e aplicação mais amplo em comparação aos poderes instrutórios.

Em síntese, pode-se afirmar que sempre que se estiver diante da disciplina dos poderes instrutórios, estar-se-á tratando de algum aspecto da disciplina dos poderes do juiz, não podendo, contudo, ser tido por verdadeiro o raciocínio inverso, na medida em que a

---

18 Exemplificando a abrangência da expressão *poderes do juiz*, tem-se que Carlos Aurélio Mota de Souza, In "*Poderes éticos do juiz...*", p. 78-102, classifica os poderes do juiz, dividindo-os em poderes jurisdicionais, poderes processuais e poderes éticos.

19 Adicionando o adjetivo "jurisdicionais" para qualificar os poderes instrutórios, Nelson Juliano Schaefer Martins, In "*Poderes do juiz...*", p. 191, afirma que estes "decorrem dos princípios referentes à atividade do juiz em relação à prova processual e correspondem ao poder jurisdicional do juiz de determinar de ofício ou a requerimento das partes as provas necessárias à instrução do processo ou de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias e neste caso velar pela rápida solução do litígio".

20 Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 37, afirma que "podem ser divididos e classificados os poderes-deveres jurisdicionais do juiz em: ordinatórios, instrutórios, decisórios, éticos, executivos e geral de cautela".

21 Tratando dos diferentes poderes do juiz, José Carlos Barbosa Moreira, In "Reformas processuais e poderes do juiz", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: oitava série*", p. 55, afirma que "várias classificações desses poderes têm sido propostas em sede doutrinária. (…) Afigura-se preferível salientar determinadas espécies de maior relevância. Os principais poderes do juiz, compreende-se, são os relacionados com a atividade *decisória*; não é por acaso que ao propósito desta se tem falado de 'poder-fim', por oposição aos 'poderes-meios'. Dentre estes últimos, de feição instrumental, merecem ressalto os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção".

22 Nesse sentido, "toda vez que nos referimos aos poderes do juiz, na realidade estamos diante de poderes-deveres, já que a todo poder do juiz corresponde equivalente dever para com as partes ou para com o próprio processo e seus fins" (*Ibidem*, p. 33).

utilização dos poderes do julgador[23] nem sempre diz respeito a situações relacionadas à instrução.

1.3. PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Identificadas as diferenças existentes entre os poderes do juiz e seus poderes instrutórios, resta analisar em que estes se diferem da iniciativa probatória de ofício, na medida em que o estudo dos limites a ela impostos consiste, de fato, no principal objeto deste estudo.

Da mesma forma que se pode afirmar que os poderes instrutórios podem ser considerados uma manifestação dos poderes do juiz, também se pode dizer que a iniciativa probatória de ofício é uma das várias manifestações dos poderes instrutórios. Em outros termos, os poderes instrutórios podem ser tidos como o gênero, no qual se enquadra a iniciativa probatória de ofício[24].

Isso porque, em verdade, quando se aborda a temática dos poderes instrutórios, não se trata exclusivamente da prerrogativa do julgador relacionada à determinação da produção de uma prova de ofício. Ao revés, além de tal situação, trata-se, ainda, de todo o arcabouço dos poderes-deveres[25] que lhe são conferidos para extrair da instrução processual o melhor resultado possível, sob a perspectiva da prestação jurisdicional qualificada[26].

Em termos específicos, há situações que, apesar de representarem manifestações dos poderes instrutórios do juiz, não dizem respeito diretamente à sua iniciativa probatória.

---

23 Ilustrando o contraste retratado no texto, conferir Guilherme Peres de Oliveira, In "*Adaptabilidade Judicial...*", p. 30-45 e Rogério Marrone de Castro Sampaio, In "*A atuação do juiz...*", p. 41-45.

24 Para Flávio Luiz Yarshell, In "Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial)", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy, "*Ativismo Judicial e Garantismo Processual*", p. 200, tal constatação representa "aspecto relevante porque uma coisa é o poder de determinar a produção desta ou daquela prova; outra é o poder de administrar a atividade probatória, a cargo das partes".

25 Utilizando terminologia diversa da adotada no estudo, Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 28, afirma que "há de se pensar que a atuação instrutória do juiz constitui um poder-dever-função que visa sempre à perfeita entrega jurisdicional, de forma que a inércia do magistrado traz malefícios tanto às partes da relação processual quanto à sociedade".

26 Tratando dos poderes instrutórios do juiz, sem mencionar especificamente a iniciativa probatória de ofício, José Carlos Barbosa Moreira, In "A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo", texto contido na obra "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 52, afirma que "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 (…)".

Tais hipóteses dizem respeito às situações nas quais a) o julgador utiliza um poder instrutório em relação a uma prova cuja iniciativa probatória decorreu de requerimento da parte ou, ainda, b) o julgador emana determinação que, apesar de relacionada à instrução processual, não traz em seu conteúdo a determinação no sentido de que seja produzida uma determinada prova.

A título exemplificativo, pode-se indicar como manifestação do poder instrutório do juiz diversa da iniciativa probatória de ofício, o deferimento da prova requerida pela parte, as determinações do julgador acerca do modo pelo qual deverá ser produzida a prova, a indicação dos limites que as partes deverão obedecer ao produzir a prova e o desentranhamento de documentos produzidos em desconformidade com a sistemática processual, dentre outros[27].

Por outro lado, a iniciativa probatória de ofício[28] diz respeito a situações específicas, nas quais o julgador, de oficio, ante o preenchimento de certos requisitos[29], determina, de maneira fundamentada, que sejam produzidas determinadas provas específicas, sem que se faça necessário o requerimento das partes para que ele assim atue.

Dessa feita, o cotejo entre os poderes instrutórios e a iniciativa probatória de oficio sinaliza para a existência de uma relação de pertinência desta em relação a aqueles, na medida em que toda iniciativa probatória de ofício advém da utilização de poderes instrutórios, mas nem todas as hipóteses de utilização destes poderes dizem respeito, necessariamente, ao exercício da iniciativa probatória de ofício.

2. ATIVISMO JUDICIAL E PODERES INSTRUTÓRIOS

A abordagem da iniciativa probatória de ofício demanda o prévio enfrentamento de temas afeitos ao estudo do ativismo judicial e dos poderes instrutórios. Isso porque, conforme indicado no item anterior, a iniciativa probatória de ofício consiste em

27 Corroborando as considerações anteriormente tecidas, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes Instrutórios do juiz...*", p. 181-182, afirma que "a *dimensão* dos poderes instrutórios se estende em amealhar elementos, informações e constatações necessários à construção do campo probatório destinado à formação do convencimento do magistrado. A dimensão desses poderes-deveres não se limita, portanto, à chamada fase instrutória inserta no processo de conhecimento, mas inclui todo ato do juiz que esteja ligado à cognição, seja a cognição sumária ou decisões proferidas em processo de execução".

28 A esse respeito, importante salientar que a iniciativa probatória, genericamente considerada, pode decorrer da atuação das partes ou do juiz. Assim, a iniciativa probatória seria o gênero, do qual são espécies a iniciativa das partes e a de ofício. Nesse sentido, Nelson Juliano Schaefer Martins, In "*Poderes do juiz no processo civil*", p. 172, afirma que "ao lado da iniciativa probatória da partes, encontra-se a possibilidade de o juiz ou tribunal ordenar a produção de provas para a formação da convicção".

29 Os requisitos ensejadores da iniciativa probatória de ofício serão objeto de estudo no item 3 do presente Capítulo.

manifestação dos poderes instrutórios do juiz, sendo certo que estes, por sua vez, se relacionam diretamente com a assunção de uma postura ativa por parte do julgador.

Trata-se, assim, de se estabelecer premissas sobre as quais se fundam o ativismo judicial e a teoria dos poderes instrutórios, evidenciando as bases teóricas que fundamentam sua utilização e os posicionamentos contrários à assunção de uma postura ativa do julgador quanto à produção de provas, a fim de que, ao final do Capítulo, tais aspectos possam ser analisados sob a perspectiva da iniciativa probatória de ofício, de modo a ser iniciado o tratamento dos limites à sua utilização na sistemática processual.

2.1. ATIVISMO JUDICIAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O estudo da iniciativa probatória de ofício demanda uma prévia análise acerca de alguns aspectos do ativismo judicial, na medida em que entre ambos os temas há diferentes pontos de contato cuja evidenciação se faz importante para a identificação dos limites à iniciativa probatória do juiz.

A esse respeito, em um primeiro momento, cumpre definir a perspectiva sob a qual será estudado o ativismo judicial. Nesse sentido, em que pese a existência de diferentes definições acerca do fenômeno[30], sob a ótica daquilo que importa ao presente estudo, o ativismo judicial será abordado sob o enfoque da adoção de uma postura ativa por parte do julgador, em relação à utilização de seus poderes-deveres para consecução dos escopos da jurisdição[31].

Isso porque a conduta atuante do julgador, na condição de sujeito da relação jurídica processual, consiste no primeiro passo para a utilização dos poderes instrutórios e da iniciativa probatória de ofício. Nesse sentido, pode-se afirmar que o ativismo judicial[32]

30 O que se pretende evitar, com isso, é a adoção de concepções que não contribuem para o estudo da iniciativa probatória de ofício. Nesse sentido, o presente estudo não se afina com a concepção trazida por Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima, In "*Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*", p. 09, no sentido de que "por ativismo judicial entende-se o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei".

31 Em sentido contrário ao que foi descrito anteriormente, tem-se concepções acerca do ativismo judicial mais afinadas com o presente estudo, a exemplo do que se verifica no posicionamento de Alexandre Sturion de Paula, In "*Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*", p. 148 e nos dizeres de Alessandra Lopes Santana de Mello, In "Subjetivismo e Ativismo Judiciais: é preciso compreendê-los", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr. et. al., "*Ativismo Judicial...",* p. 50, para quem "por ativismo judicial, devemos entender tão somente o esforço do Poder Judiciário em materializar, no plano concreto, os princípios e regras constitucionais, sobretudo os direitos e garantias individuais, transformando-os em realidade".

32 A perspectiva da instrumentalidade do processo aborda o ativismo judicial sob a ótica da participação. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 156, afirma que "falar em

simboliza a assunção, por parte do juiz, de papel ativo na relação jurídica processual, tanto no que diz respeito à condução do processo, como no que tange à prática de atos processuais, utilizando-se, para tanto, dos poderes a ele conferidos pelo ordenamento jurídico[33].

Todavia, tal postura do julgador não se justifica pelo argumento do poder, sendo necessário o exame do ativismo judicial à luz da instrumentalidade do processo[34]. Isso significa dizer que a adoção de uma postura ativa, por parte do juiz, deve ser pautada na finalidade à qual se presta o processo, na condição de instrumento que se relaciona com o exercício da jurisdição, com a resolução das crises jurídicas e com a entrega de tutela jurisdicional às pessoas, sem infringência das garantias processuais por elas titularizadas[35].

Ademais, examinando a temática sob enfoque diverso do anteriormente indicado, é possível afirmar que o ativismo judicial, na perspectiva da instrumentalidade do processo, contribui para que se evite o cometimento de abusos por parte do órgão jurisdicional. Diz-se isso na medida em que a assunção de uma postura ativa e a consequente utilização dos poderes do juiz deve ocorrer com vistas à consecução dos escopos da jurisdição, não representando uma prerrogativa do julgador, mas uma garantia ao jurisdicionado, inclusive no que diz respeito à obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade[36].

---

participação significa, no direito processual moderno, falar também no *ativismo judiciário*, que é a expressão da postura participativa do juiz – seja através das iniciativas probatórias, seja da efetiva assunção do comando do processo, seja do *diálogo* a que o juiz tradicional se recusa (…)" (grifos do autor).

33 Ilustrando o contido no texto, Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 82-83, afirma que "não só em relação à produção das provas é que o juiz brasileiro tem ampla atividade. Como se disse anteriormente, o juiz brasileiro atua de forma incessante desde antes da integralização da relação processual – com a análise dos requisitos da inicial e a determinação de citação do réu –, até a prolação da sentença".

34 Para Nelson Juliano Schaefer Martins, In "*Poderes do juiz no processo civil*", p. 169, "o juiz deve atentar para a perspectiva instrumentalista do processo que visa a realização dos valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que busca corresponder às exigências da sociedade"

35 Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 62, afirma que "mediante o ativismo judicial ligado ao exercício dos poderes instrutórios, observadas as garantias e os princípios que regulam o sistema, tem-se um julgamento que se aproxima ao máximo de um juízo de certeza, cujo reflexo resulta na entrega da tutela jurisdicional de forma justa e alinhada à atuação concreta da lei".

36 A esse respeito, partilha-se do posicionamento de Alessandra Lopes Santana de Mello, In "*Subjetivismo e Ativismo Judiciais...*", p. 50, quando afirma que o ativismo judicial "não se confunde com o 'fazer políticas', a pretexto de interpretar e aplicar a lei. Tampouco, consiste em conferir ao juiz uma 'carta branca' ou poderes ilimitados a decidir o caso concreto de acordo com sua exclusiva opinião, valores pessoais, preferências ideológicas e políticas. Esta prática, flagrantemente abusiva, pode ser nominada como 'decisionismo judicial' e deve ser evitada".

2.2. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E PODERES INSTRUTÓRIOS

Transportando-se tais considerações para o âmbito dos poderes instrutórios, tem-se que a atuação do julgador deve se dar com vistas à obtenção de elementos que contribuam para a formação de um conjunto probatório idôneo à identificação acerca de quem titulariza o direito substancial sobre o qual versam as pretensões deduzidas em juízo[37].

A esse respeito, o ativismo judicial, em âmbito probatório, tem lugar quando se verifica que determinada situação demanda a utilização dos poderes instrutórios do juiz, a ser realizada, porém, em conformidade à noção de instrumentalidade do processo[38]. Diz-se isso na medida em que não se perfaz adequada a adoção de comportamento, por parte do órgão jurisdicional, que vá de encontro aos fins a que se prestam o processo[39] e a jurisdição.

Em termos específicos, trata-se de afirmar que a utilização dos poderes instrutórios deve ser pautada no caráter instrumental do processo. Assim, antes de lançar mão de seus poderes, o julgador deverá analisar se tal comportamento se coaduna com os fins aos quais se presta o instrumento jurisdicional, levando em consideração os limites impostos à sua atuação pelo ordenamento jurídico, mormente naquilo que diz respeito à consecução dos escopos da jurisdição[40].

2.2.1. A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

Nesse contexto, quando se refere à instrumentalidade do processo como sendo a

---

37 Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 82, afirma que "o juiz, aliás, que atribui exclusivamente às partes o ônus da prova é acusado de manter postura insensível, burocrática e cômoda e em desacordo com a visão contemporânea e instrumentalista de processo".

38 Ao tratar da relação entre instrumentalidade do processo e poderes instrutórios, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 14-15, assevera que "não se pode aceitar que o juiz, por submissão a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório".

39 Nesse sentido, não há que se falar que a adoção de tal posicionamento é contrária à noção de poder-dever anteriormente referida. Em verdade, o condicionamento dos poderes instrutórios à sua respectiva conformidade aos ditames da instrumentalidade do processo vai ao encontro da noção de poder-dever. Isso porque, em se verificando a incompatibilidade da atuação do julgador com a finalidade do processo, no caso concreto, não estará ele diante de um poder-dever ativo, mas negativo, no sentido de que deverá se abster da utilização de seus poderes, a fim de que não prejudique a consecução dos escopos da jurisdição.

40 Como será indicado no Capítulo subsequente, é de se ressaltar que as limitações à iniciativa probatória do juiz, apesar de, em algumas circunstâncias, assumirem caráter pontual, em grande parte do tempo, também dizem respeito aos limites aplicáveis à atuação do julgador genericamente considerada, consubstanciando-se na forma de verdadeiros deveres do juiz.

base teórica relacionada ao ativismo judicial, não se pode olvidar que, para que sejam atingidos os fins aos quais se presta o processo, faz-se necessária a obediência aos limites impostos ao julgador quando da utilização de seus poderes[41].

Nesse contexto, destaca-se a importância do contraditório, na medida em que este representa, em última instância, uma das garantias nas quais se funda o processo[42], sendo certo que somente por intermédio de sua observância será possível legitimar a atuação de ofício do juiz[43] e, por consequência, o exercício da jurisdição[44]. Trata-se de afirmar que a busca pela consecução dos escopos da jurisdição, por intermédio do ativismo judicial, não pode se dar às custas de infringência às garantias dos jurisdicionados, devendo ser a estes conferida a oportunidade de tomar conhecimento daquilo que foi determinado pelo órgão jurisdicional e, assim, se manifestarem no sentido de formar o convencimento do julgador no sentido favorável às suas pretensões[45].

Vale dizer, a utilização de poderes instrutórios que não obedece à garantia do contraditório não deve ser privilegiada no processo[46], pois retira da conduta do julgador a legitimidade necessária para que a tutela por ele conferida atenda aos escopos político, social e jurídico da jurisdição[47]. Justamente em função disso é que se renovam, aqui, as considerações tecidas no item 1.2.1. do Capítulo I deste estudo, no sentido de que a

---

41 Pode-se relacionar a gênese de tais limitações, em um primeiro momento, com a cláusula do devido processo legal, sendo certo que a obediência aos seus ditames não é incompatível com a utilização dos poderes instrutórios. Tratando do assunto, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios...*", p. 236, afirma que "não faz sentido dizer que o aumento dos poderes do juiz, notadamente os poderes instrutórios, venha causar temor, a ponto de beirar o autoritarismo, ou que possa dar vazão ao exercício de condutas arbitrárias e teratológicas"

42 Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 373, o procedimento encontra seu fundamento de legitimidade "na aptidão para proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório", arrematando que "existe um *direito ao procedimento*, que no fundo é direito à participação em contraditório" (grifos do autor).

43 Na compreensão de Michelle Taruffo, In "*La semplice verità...*", p. 176, "il principio del contraddittorio manifesta una rilevante funzione epistemica, configurandosi come una essenziale tecnica di controllo razionale sull'uso che il giudiche fa dei suoi poteri".

44 A importância da noção de contraditório tem sua importância extravasada para o âmbito da própria legitimação do processo. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 70, afirma que "a legitimidade do provimento resultante do processo depende da efetiva participação das partes na sua formação, ou seja, depende da efetividade do contraditório".

45 Frise-se que se trata de preservar a garantia do contraditório, nos moldes indicados no item 1.2.1. do Capítulo I, não sendo necessário, contudo, que a parte tenha efetivamente se manifestado acerca da determinação do juízo. O que se rechaça é a atuação do julgador sem que seja conferida à parte, de alguma forma, a oportunidade de manifestação e, se for o caso, de insurgência contra o comando judicial.

46 Sob essa perspectiva, há de se salientar, contudo, que diante de determinadas conjunturas processuais, em virtude da natureza da medida adotada pelo juízo ou em razão de restrição imposta pela própria lei, não se afigura possível a concessão imediata de oportunidade de manifestação às partes, ficando diferido o exercício do contraditório.

47 Nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 118, "o respeito ao princípio do contraditório é a condição de validade de qualquer prova".

estruturação do processo se funda na relação jurídica processual em contraditório.

2.2.2. O PAPEL DA TÉCNICA PROCESSUAL

A exemplo do que ocorre com a obediência ao contraditório, a adequada utilização da técnica processual representa diretriz do instrumentalismo processual que deve ser levada em consideração quando do exercício dos poderes instrutórios. Resta, contudo, delinear os contornos que tal interação assume no contexto da sistemática processual, porquanto a parcial compreensão de tal fenômeno pode levar à adoção de posicionamento contrário à utilização dos poderes do juiz durante a instrução processual[48].

Sob a perspectiva da instrumentalidade do processo, pode-se dizer que a técnica processual consiste no meio pelo qual se busca a consecução de um fim que, por sua vez, se reveste de importância para que o processo atinja seus objetivos[49].

Para tanto, sob a perspectiva dos poderes instrutórios, são fornecidas ao julgador diferentes formas de atuar no sentido de buscar elementos que contribuam para o esclarecimento de fatos importantes para a formação de seu convencimento. Tais permissivos, em última instância, podem ser considerados instrumentos colocados à disposição do juiz para que seja concedida tutela jurisdicional a quem seja dela merecedor[50].

Nesse sentido, em um primeiro momento, reputa-se correto afirmar que o julgador, no exercício dos poderes instrutórios, deve utilizar as técnicas disponibilizadas pela sistemática processual, sendo certo que a previsão legal que encerra em seu bojo a forma pela qual deverá se dar a atuação do juiz serve como limite aos poderes instrutórios[51].

No entanto, a análise perfunctória da temática se revela insuficiente para o

48 Tais posicionamentos serão objeto de estudo no subitem subsequente.

49 Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 376, relaciona a técnica processual com os escopos do processo, asseverando que o papel da técnica reside no "equilíbrio de exigências conflitantes", sendo certo que o que se pretende com a instrumentalização da técnica é "dotar o processo de meios tais que ele chegue o mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é o seu escopo social magno), sem prejuízo da qualidade da decisão".

50 Quanto à correspondência entre técnica processual e poderes instrutórios, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 109, afirma que "além da simplificação da técnica – ou, pelo menos, da não-exacerbação do formalismo estéril –, é também imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo".

51 Abordando a temática sob a perspectiva da interação entre o direito à prova e a técnica processual, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 28, afirma que "não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam".

dimensionamento da relação existente entre instrumentalidade do processo, poderes instrutórios e técnica processual. Isso porque, em verdade, nem sempre a técnica prevista abstratamente em lei se revela benéfica ao esclarecimento dos fatos cuja compreensão se faz importante para a formação do convencimento do juiz.

Nessas situações, faz-se necessário proceder à compatibilização entre o instrumento a ser utilizado e os fins aos quais ele se presta, de modo que se preserve o valor almejado pela técnica processual[52]. Isso significa dizer que, na perspectiva dos poderes instrutórios, a própria técnica processual deve ser avaliada e utilizada pelo julgador à luz da instrumentalidade do processo, com vistas à consecução de seus objetivos, ainda que o permissivo legal não se refira expressamente à medida adotada pelo órgão jurisdicional[53].

Em última instância, as previsões legais que estabelecem quais técnicas processuais podem ser utilizadas pelo juiz também devem se submeter ao crivo da compatibilidade existente entre elas e os escopos da jurisdição. Nesse sentido, deve-se, a um só tempo, preservar as garantias conferidas ao jurisdicionado e extrair da técnica processual o que de melhor nela pode contribuir para o esclarecimento dos fatos que originaram a crise jurídica e seus respectivos desdobramentos.

Assim, sob a perspectiva dos poderes instrutórios, o juiz se coloca na posição de senhor da técnica processual, devendo agir da maneira que melhor contribua para a prestação jurisdicional de qualidade, obedecendo aos limites impostos pela sistemática processual sem perder de vista a instrumentalidade do processo.

2.3. PODERES INSTRUTÓRIOS E GARANTISMO: INCOMPATIBILIDADE?

Em que pesem as considerações anteriormente tecidas acerca da relação entre a atuação do juiz e a instrumentalidade do processo, deve-se salientar que existem divergências quanto à legitimidade do ativismo judicial ante às garantias dos jurisdicionados, o que afeta diretamente a disciplina dos poderes instrutórios. Dessa feita,

---

52 É o que se depreende dos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 264-265, quando afirma que "tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade".

53 Adotar posicionamento contrário significaria dizer que, em situações em que o julgador se deparasse com a inexistência de previsão legal acerca da técnica processual a ser utilizada ou com a ineficiência daquela abstratamente prevista, deveria o magistrado se abster de atuar no sentido de preservá-los, mesmo que dispusesse de meios alternativos para a preservação dos valores processuais ali presentes.

cumpre examinar as bases teóricas nas quais se funda a dissonância, no sentido de se proceder ao cotejo dos posicionamentos conflitantes e, após tal análise, avançar-se ao estudo da iniciativa probatória de ofício.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a problemática gira em torno da discussão acerca da possibilidade ou não de exercício dos poderes instrutórios pelo juiz e, em sendo possível utilizá-los, quais os elementos legitimadores da adoção de tal postura e os limites imponíveis à atuação do julgador[54].

A esse respeito, o debate transita pelo planos político, ideológico e jurídico, sendo possível identificar diversas justificativas[55] para a limitação ou extinção dos poderes instrutórios. Trata-se, em termos específicos, do embate existente entre os denominados ativistas de um lado e, de outro, os garantistas[56].

Em linhas gerais, sob a perspectiva do objeto do presente estudo, é possível afirmar que o ativismo judicial representa a possibilidade de utilização dos poderes instrutórios do juiz, de modo a fazer com que este assuma papel atuante no contexto da instrução processual, podendo, dentre outras medidas, determinar a produção de provas[57], de ofício.

De outra ponta, pode-se dizer que o garantismo processual, em relação aos poderes instrutórios, tem acentuada preocupação com o cometimento de arbítrios por parte do julgador, na condição de agente do Estado, de modo que tal doutrina não se afina com o

---

54 Bem representando o contraponto entre os defensores do ativismo judicial e do garantismo processual, por todos, conferir a obra coordenada por Juan Montero Aroca, In "*Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*", *passim*. No cenário nacional, conferir a obra coordenada por Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy, In "*Ativismo Judicial e Garantismo Processual*", *passim*.

55 No sentido de restringir a atividade probatória às situações em que há requerimento da parte, limitando os poderes instrutórios do juiz, Girolamo Monteleone, In "*Limiti alla prova di ufficio...*", p. 867, afirma que "se l'esercizio in concreto della giurisdizione è subordinato alla domanda di chi abbia legittimazione ed interesse ad agire, anche la prova deve esserlo poiché da essa dipende l'accoglimento di quella stessa domanda. Ciò posto, se al giudice si attribuisce il potere di introdurre di ufficio nel processo civile prove idonee a dimostrare i fatti in esso dedotti, il principio dell'onere della prova viene svuotato: sarà il giudice onerato dal dovere di ricercare e fornire la prova, non più l'interessato".

56 Explicitando, em linhas gerais, do que se trata o debate travado entre ativistas (publicistas) e garantistas (privatistas), conferir Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições...*", p. 31-41.

57 É nesse sentido que se dão algumas das críticas de Adolfo Alvarado Velloso, In "O garantismo processual", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr. et. al., " *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*", p. 31-32, em relação ao ativismo que "apresenta-se com toda sorte de um direito de exceção, e que acabou por gerar: a) a *prova de ofício* determinada pelo juiz no tocante as pretensões não provadas das partes (…); b) a aplicação de instituições alheia à ideia constitucional do *devido processo*: a *inversão do ônus da prova* mediante a utilização do conceito de *cargas dinâmicas*; (…) g) eliminação da preclusão processual, pois ela faz prevalecer a forma sobre o sentido de justiça etc. Em suma, através de todos esses fatores mencionados se elimina a ideia de processo como *método de discussão* e se o utiliza como *meio de investigação*, lançando o processo na perspectiva do sistema inquisitivo que, a meu juízo, passa ao largo da Constituição" (grifos do autor).

ativismo judicial, nem com os poderes instrutórios[58]. Nesse sentido, a expressão garantismo simbolizaria, em tese, a preservação da garantia do jurisdicionado contra o arbítrio estatal, representado, na relação jurídica processual, pelo juiz ativista[59].

Em verdade, analisando-se a gênese da discussão, é possível lhe atribuir um cunho ideológico[60] que, sob a perspectiva dos limites à iniciativa probatória de ofício e à vista do atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, se revela de pouca ou quase nenhuma utilidade[61].

Nesse sentido, são variadas as situações nas quais a bandeira levantada pelo garantismo processual é a do combate à atuação arbitrária do Estado, personificado na pessoa do juiz que atua sem limites ou em descompasso com as garantias previstas na Constituição[62]. Todavia, o que se verifica pela análise do posicionamento daqueles que abordam diretamente a temática dos poderes instrutórios, é a busca por um ponto de equilíbrio entre a atuação do magistrado e a preservação de garantias constitucionais dos jurisdicionados. Prega-se a adoção de uma postura ativa do julgador, sem que sejam negligenciados os limites aplicáveis a seus poderes instrutórios[63].

---

58 Sobre o assunto, Adolfo Alvarado Velloso, In "*O garantismo processual*", p. 28, afirma que "o que o *garantismo* pretende é o irrestrito respeito à Constituição e aos Pactos internacionais que se encontrem no mesmo nível jurídico. Os autores que assim pensam, não buscam um juiz comprometido com pessoa ou coisa distinta da Constituição, senão um juiz que se empenhe em respeitar e fazer espeitar, a todo custo, as garantias constitucionais" (grifo do autor).

59 Quanto à qualificação do juiz como sendo "ativista" ou "ativo", diferenciação importante é realizada por Gustavo Gonçalves Gomes, In "Juiz ativista x Juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr. et. al., "*Ativismo Judicial e Garantismo Processual*", p. 289, no sentido de que a adoção de uma postura ativa por parte do julgador não significa, necessariamente, que ele tenha um perfil ativista, à luz da difícil condensação do conteúdo jurídico ao qual se refere tal expressão.

60 Nesse sentido, não raras as vezes em que se relaciona o ativismo judicial ao estado nazista, fascista e a regimes antidemocráticos. A título exemplificativo, conferir o posicionamento de Juan Montero Aroca, In "Prova e verdade no Processo Civil – Contributo para o esclarecimento de base ideológica de certas posições pretensamente técnicas", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr. et. al., "*Ativismo Judicial e Garantismo Processual*", p. 511-521.

61 A abordagem de José Carlos Barbosa Moreira, In "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: quarta série*", p. 48-49, desvincula os poderes instrutórios da noção de Estado autoritário, ao afirmar que "o incremento dos poderes oficiais na instrução do processo está longe de constituir peculiaridade de ordenamentos processuais modelados sob diretrizes políticas autoritárias". Em sentido contrário, Girolamo Monteleone, In "*Limitti alla prova di ufficio...*", p. 864, afirma que "è difficile negare che tendenzialmente i reggimenti politici autoritaristici siano orientati ad accrescere molto i poteri del giudice (che di essi regimi é strumento), mentre in sistemi politici di segno opposto tale sbocco è sollo accidentale".

62 Posicionando-se no sentido de não ser possível conciliar a utilização dos poderes instrutórios do juiz com a imparcialidade que dele é exigida, conferir o posicionamento de Girolamo Monteleone, *Op. Cit.*, p. 870.

63 A exemplo do que será defendido no Capítulo subsequente deste estudo, os seguintes autores limitam, em suas obras, a atuação do julgador, no âmbito dos poderes instrutórios e da iniciativa probatória de ofício, variando, apenas, em função dos critérios e limites identificados: José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 160 e seguintes; Sidney da Silva Braga, In "*Iniciativa probatória do juiz no Processo Civil*", p. 136 e seguintes; Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios...*", p. 191 e

A esse respeito, constata-se que, na maior parte dos casos, não se cuida de tratar da existência ou não dos poderes do juiz, mas de examinar o exercício do seu poder-dever, à luz das normas constitucionais e processuais destinadas a pautar a sua atuação.

No fundo, trata-se de um problema conceitual: a ausência de contornos fortes para definição do que é ativismo judicial gera o receio do cometimento de arbítrios[64]. Dessa forma, no intuito de serem rechaçadas as práticas arbitrárias, surgiram posicionamentos[65] que são aparentemente compatíveis com as garantias constitucionais, mas que, por sua vez, não se encaixam no contexto do neoconstitucionalismo ora vivido.

Sem embargo, a solução para a suposta incompatibilidade, no que diz respeito ao âmbito nacional, é conferida pela abordagem da temática sob a perspectiva da instrumentalidade do processo, na medida em que esta torna possível a compatibilização entre determinados aspectos do ativismo judicial e a preservação das garantias dos jurisdicionados.

2.3.1. PODERES INSTRUTÓRIOS E GARANTISMO: A LIMITAÇÃO AOS PODERES INSTRUTÓRIOS COMO LEGITIMADORA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Renunciando à noção de embate entre ativismo judicial e garantismo processual em relação à utilização dos poderes instrutórios, o cotejo entre as concepções garantistas e instrumentalistas evidencia a existência de similitudes as quais auxiliam na compatibilização entre a utilização dos poderes instrutórios e a observância das garantias do jurisdicionado[66].

A realização de juízo crítico acerca do aparente antagonismo existente entre a

seguintes; Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 74 e seguintes; Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 125 e seguintes.

64 Corroborando o indicado no texto, Gustavo Gonçalves Gomes, In "*Juiz ativista x Juiz ativo...*", p. 289, esclarece que "não há ainda, nesse sentido, uma definição clara e precisa da doutrina sobre o conceito de ativismo judicial, possuindo este interpretações mais moderadas e, também, mais arrojadas".

65 Fundamentando a adoção de posicionamento contrário à existência de poderes instrutórios na possibilidade de cometimento de arbítrio por parte do julgador, Girolamo Monteleone, In "*Limiti alla prova di ufficio...*", p. 873, afirma que existe o risco de se transformar o juiz em um pequeno ditador "che si appropria del processo e dei diritti in esso dedotti per fini, che lolo esteriormente rispondono a criteri di giustizia, ma che nella sostanza gli permettono l'uso della sua funzione per scopi diversi. Nulla e nessuno può garantire *a priori* la giustizia della sentenza e la corretta percezione della verità quando il processo e le parti vengono messi senza riserve nelle mani di un organo in posizione di intangibile supremazia, poiché l'esistenza e l'uso di un potere di fatto incontrollabile costituisce una tentazione cosi forte da essere umanamente impossibile resistervi".

66 A esse respeito, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 67, "o ativismo judicial não significa poderes ilimitados e absolutos conferidos ao Estado-juiz. Não se devem coroar decisões arbitrárias e teratológicas sob o manto de uma hipertrofia de poderes do juiz".

utilização dos poderes do juiz e a preservação das garantias processualmente atuantes permite constatar que tanto o ativismo judicial, pautado na instrumentalidade do processo, como o garantismo processual se valem de mecanismos[67] que tendem a impedir ou combater o arbítrio por parte do julgador[68].

O que difere ambos, contudo, é a solução proposta para que se evite o arbítrio judicial. Para o garantismo[69], a solução é que não seja possível a utilização dos poderes instrutórios do juiz ou que esta se dê apenas quando houver norma específica autorizando, caso a caso, a adoção de postura ativa pelo julgador, sob pena de se contrariar a Constituição[70]. Por outro lado, para o ativismo, na perspectiva da instrumentalidade do processo, a solução advém da atuação do julgador em conformidade aos objetivos aos quais se prestam o processo e a jurisdição, mediante a observância da garantia do contraditório[71] e da adequada utilização da técnica processual. Nesse sentido, toda e qualquer atuação do julgador que não se relacione com tais premissas deverá ser repudiada[72].

---

67 Na esteira daquilo que foi mencionado anteriormente e à guisa de conclusão do raciocínio, afirma-se que "a todo poder outorgado no Estado Democrático de Direito corresponde à existência de travas e regras limitadoras e de controle, sob pena de permitir-se o autoritarismo" (*Ibidem*, *Loc. Cit.*)

68 Vale dizer, independente do posicionamento que se adote acerca do tema, fato é que, para a consecução dos escopos da jurisdição, o órgão jurisdicional deve ser dotado de autoridade, sem que isso implique, necessariamente, autorização para o cometimento de arbítrios. Nesse sentido, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 81.

69 O contraponto do garantismo processual não é, de fato, o ativismo judicial pautado na instrumentalidade do processo, mas o ativismo exacerbado, ao qual não se filia o presente estudo, nos termos do quanto indicado no item 2.1. deste Capítulo. Ambas concepções, vale dizer, levam a conclusões, no mínimo, incompatíveis: se vigente o garantismo processual em todos os seus termos, não mais se precisará do juiz para atuar a lei no caso concreto, pois, no sistema idealizado por tal doutrina, os dispositivos constitucionais e legais são suficientes para a realização do direito; na perspectiva do ativismo judicial exacerbado, não mais se precisará da lei, uma vez que o juiz é autossuficiente no sentido de criar a norma aplicável ao caso concreto e entregar a tutela jurisdicional às pessoas.

70 A esse respeito, Adolfo Alvarado Velloso, In "*O garantismo processual*", p. 29, constrói o seguinte raciocínio, ao afirmar que "não me escapa que as bandeiras levantadas pelo *solidarismo* (…) ganham adeptos rapidamente. Afinal, quem não quer a Justiça? Quem não quer a Verdade? Contudo, não se trata de abandonar ou substituir essas bandeiras para sempre, mas, sim, de não colocá-las por sobre a Constituição" (grifo do autor).

71 Após abordar o problema do autoritarismo indicado pelos garantistas acerca dos poderes instrutórios, Michelle Taruffo, In "*La semplice verità...*", p. 176-177, utiliza o contraditório como fundamento do ativismo judicial, afirmando que "la soluzione corretta del problema sembra quindi risiedere nell'integrale attuazione della garanzia del contraddittorio, invece che nell'azzeramento dei poteri istruttori del giudice. Si può anzi ritenere che sotto il profilo epistemico la miglior soluzione possibile sia quella di massimizzare al contempo sia l'attuazione del diritto delle parti alla prova, in tutte le sue manifestazioni, comprese appunto quelle che attengono al controllo delle parti sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice, sia i poteri istruttori autonomi di cui il giudice dovrebbe disporre".

72 Sob tal perspectiva, tem-se a afirmação de Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 104, no sentido de que "o ativismo judicial não significa conceder ao juiz margem de atuação indiscriminada e indistinta, mas deve, em contrapartida, limitar-se às garantias processuais e constitucionais que densificam e estruturam o sistema".

Assim, quando se aborda a temática sob a premissa de que a instrumentalidade do processo deverá nortear a utilização dos poderes instrutórios, não se está a retirar do jurisdicionado qualquer garantia, nem a se conceder ao julgador o poder ilimitado de agir conforme suas vontades. Pelo contrário, está a se reafirmar que a atuação do julgador somente será permitida quando esta se der em conformidade aos escopos da jurisdição, sem a infringência às garantias processualmente atuantes[73] e, consequentemente, com obediência à Constituição[74].

Em outros dizeres, trata-se de reconhecer que o ativismo judicial, em âmbito probatório, terá sua legitimação aferida pelo grau de compatibilidade existente entre os poderes utilizados pelo juiz e os limites impostos pela instrumentalidade do processo. Significa dizer, pela via oblíqua, que a obediência ao contraditório e aos fins aos quais se presta a técnica processual é requisito que também se aplica aos poderes instrutórios, na perspectiva da instrumentalidade do processo, legitimando a assunção de postura ativa por parte do julgador sem que sejam vulneradas as garantias do jurisdicionado.

Em última instância, admitir a utilização de poderes instrutórios em desconformidade a tais ditames representaria contrassenso à vista da definição do poder instrutório como sendo um poder-dever. Isso porque, em assim sendo, estar-se-ia a afirmar que a atuação arbitrária do julgador, em detrimento do contraditório e da técnica processual, encontraria azo no exercício de um poder-dever, o que não se afigura compatível com os fundamentos do ativismo judicial pautado pela instrumentalidade do processo.

3. A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Uma vez superada a divergência doutrinária acerca do ativismo judicial e do garantismo processual em âmbito probatório, cumpre abordar a temática referente à iniciativa probatória de ofício, sob a perspectiva de seus aspectos legislativos, das conjunturas processuais que dão ensejo à sua ocorrência e dos critérios específicos que devem pautar a atuação do julgador, para que, ao final do presente capítulo, sejam

73 Abordando a temática sob o viés da contraposição entre liberalismo e conservadorismo no âmbito do ativismo judicial, Juliano Ralo Monteiro, In "Um Caminho para Concretização dos Direitos Fundamentais", texto contido na obra de José Levi Mello do Amaral Junior (Coord.), "*Estado de Direito e Ativismo Judicial*", p. 171, propõe a existência de "uma terceira via: um ativismo prudente, alinhavado com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da proteção judicial efetiva".

74 No caso da Constituição Federal de 1988, a compatibilidade da atuação do juiz e da preservação das garantias do jurisdicionado, além de não ser vedada, é estimulada, a exemplo do contido no artigo 126, § único da CF.

indicados os motivos pelos quais a persecução da verdade e a disciplina da prova como instituto processual devem atuar como limitadores à atuação do magistrado.

3.1. ASPECTOS LEGISLATIVOS

Sob a perspectiva da disciplina legal conferida ao tema, inicialmente, destaca-se que, antes das previsões legais constantes do Código de Processo Civil de 1973, a iniciativa probatória de ofício já era genericamente prevista na forma do artigo 117 do Código de Processo Civil de 1939[75].

Não obstante a existência de cláusula geral autorizadora da atuação do julgador, fato é que, em referido diploma, havia outras disposições relacionadas à iniciativa probatória de ofício, a exemplo do contido nos artigos 210, 345, §3º e 955, inciso I do CPC/39[76].

O mesmo ocorre quando se passa ao exame do Código de Processo Civil de 1973, verificando-se a existência de cláusula geral autorizadora da iniciativa probatória de ofício nos termos de seu artigo 130[77], havendo, outrossim, hipóteses nas quais, apesar da existência de referido dispositivo, o CPC atribui expressamente ao julgador a iniciativa probatória de ofício, a exemplo do contido nos artigos 132, § único, 342, 355, 382, 418, incisos I e II e 437 de referido diploma[78].

75 Código de Processo Civil de 1939 – "***Art. 117***. *A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios*".

76 Código de Processo Civil de 1939 – "***Art. 210***. *O juiz poderá ouvir terceiro, a quem as partes ou testemunhas hajam feito referência como sabedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa, ou ordenar que exiba documento que a ela interesse (arts. 220 e 221)*".
"***Art. 345***. *Quando terceiro impugnar o registo de imovel loteado para venda em prestações, ou quando o oficial tiver dúvida em registá-lo, os autos serão conclusos ao juiz competente para conhecer da impugnação ou dúvida.*
§ 3º Em caso de dúvida manifestada pelo oficial, o juiz poderá ouvir quem promoveu o registo"
"***Art. 955***. *Para os efeitos dos artigos anteriores, o juiz poderá:*
I – pedir contas ao administrador sempre que lhe parecer conveniente".

77 Código de Processo Civil de 1973 – "***Art. 130***. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

78 Código de Processo Civil de 1973 – "***Art. 132***. *O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.*
Parágrafo único. *Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas*"
"***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, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas*"
"***Art. 418.*** *O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:*

A respeito das cláusulas gerais autorizadoras da iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que, em que pese a modificação na redação das duas previsões genéricas acerca da iniciativa probatória de ofício, fato é que ambas possuem conteúdo jurídico semelhante, atuando como instrumento do julgador para que se determine a produção das provas.

Nesse sentido, constata-se, em um primeiro momento, que, ao mesmo tempo em que se preocupou com a concessão de poderes expressos ao julgador, o legislador também entendeu por bem qualificar as provas a serem determinadas de ofício pelo juiz, devendo elas serem tidas por "*necessárias à instrução do processo*"[79]. Demais disso, ambos dispositivos fazem menção ao indeferimento daquelas que sejam inúteis ou meramente protelatórias.

Analisando-se a temática sob esta perspectiva, torna-se possível afirmar que, apesar de se sujeitar às limitações às vezes impostas implicitamente pela sistemática processual, a iniciativa probatória do juiz tem alguns de seus limites previstos, em um primeiro momento, no próprio dispositivo legal que prevê sua utilização. Dessa feita, em que pese a possibilidade de cometimento de desvios quando da aplicação da norma, fato é que, tanto no Código de Processo Civil de 1939, como no Código de Processo Civil de 1973, as previsões legais relacionadas à matéria estabelecem, em abstrato, limites que não podem ser negligenciados pelo julgador quando de sua atuação de ofício.

3.2. CONJUNTURAS PROCESSUAIS E A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Em que pesem as considerações tecidas acerca da disciplina conferida pelo Código de Processo Civil à iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que a análise perfunctória dos dispositivos legais que se aplicam à matéria não é suficiente para os fins aos quais se propõe o presente estudo.

Isso porque, em verdade, a cláusula geral prevista no artigo 130 do Código de Processo Civil, apesar de estabelecer critérios para a determinação de produção de provas

---

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;
II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações"
"***Art. 437.*** *O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não Ihe parecer suficientemente esclarecida*".

79 A expressão em destaque está presente em ambos dispositivos legais.

de ofício[80], não é suficiente para evidenciar todas as situações em que o julgador utilizará seus poderes-deveres.

Por assim dizer, nem todas as situações em que, nos termos do dispositivo anteriormente mencionado, o julgador entender que a prova é necessária à instrução do processo, poderá ele atuar de ofício, devendo ser levada em consideração a situação em que a relação jurídica processual se encontra, a fim de que não se prejudiquem direitos e garantias dos jurisdicionados, nem se obste o processo de alcançar os fins aos quais se presta.

Nesse ponto, vale dizer, a insuficiência da regra legal acerca da iniciativa probatória de ofício advém da impossibilidade de se adotar a necessidade da prova como sendo o único critério a nortear a iniciativa probatória do juiz. A rigor, desde o momento em que a relação jurídica processual se inicia, há provas que podem ser consideradas, pelo julgador, necessárias à instrução do processo, não servindo tal fato, porém, de justificativa para a excessiva utilização da iniciativa probatória de ofício.

A esse respeito, trata-se de afirmar que, além da compreensão da regra sobre a utilização dos poderes instrutórios, faz-se necessária, outrossim, a identificação da conjuntura processual diante da qual se depara o julgador. Somente dessa forma, considerando os fatos e atos que conferiram à relação jurídica processual determinada feição, é que deverá o magistrado fazer uso da iniciativa probatória de ofício.

Não obstante a realização dessa criteriosa avaliação, fato é que se faz necessária, ainda, a observância a determinados critérios que remetem às noções abordadas ao longo dos capítulos precedentes do presente estudo. Em síntese, quando se afirma que a iniciativa probatória de ofício deve ser levada a efeito em virtude da conjuntura processual que se apresenta ao juiz, quer-se dizer que, para que se valha de referido poder instrutório, o julgador deve levar em consideração implicações derivadas da estruturação do processo, do juízo de cognição, da persecução da verdade e da disciplina conferida à prova no âmbito do processo civil.

---

80 Em verdade, transportando-se as considerações tecidas no item 1.3. do presente Capítulo, pode-se afirmar que mencionado dispositivo legal corrobora a distinção anteriormente realizada entre poderes instrutórios e a iniciativa probatória de ofício. Nesse sentido, o artigo 130 do CPC, quando se refere ao deferimento de provas requeridas pelas partes, trata de poderes instrutórios, ao passo que, quando diz respeito à determinação de provas de ofício, relaciona-se com a iniciativa probatória de ofício.

3.3. CRITÉRIOS NORTEADORES DA INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Antes de se proceder à indicação específica dos critérios norteadores da iniciativa probatória de ofício, impende salientar que, a esse ponto do estudo, não se está a estabelecer os limites em espécie à iniciativa probatória de ofício. Em verdade, o que se pretende, no presente item, é evidenciar os critérios que servirão de baliza para a realização de juízo crítico acerca da necessidade ou não de adoção de postura ativa do julgador quanto à produção de provas.

Demais disso, dado o caráter não exauriente do rol a ser examinado na sequência, também não se trata de estabelecer critérios inexoráveis sobre o que autoriza a atuação de ofício do julgador. O que se pretende, ao revés, é a evidenciação de situações as quais, em regra, servem de fundamento para a iniciativa probatória de ofício ou, em sentido contrário, descaracterizam a hipótese autorizadora da utilização do poder-dever do juiz.

3.3.1. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS

A ordenação lógica do fenômeno da iniciativa probatória de ofício demanda a análise prévia do critério referente à ausência de requerimento das partes no sentido de que seja produzida determinada prova. Isso porque, na esteira do que já foi abordado anteriormente no item 1.3. do presente Capítulo, para que se configure hipótese de iniciativa de ofício em relação a determinada prova, necessário se faz que a determinação judicial não se dê em virtude de prévio requerimento das partes em idêntico sentido.

Por assim dizer, ou se está diante de produção de prova derivada de iniciativa probatória das partes que foi deferida pelo julgador, ou se está diante de iniciativa própria deste, no sentido de que sejam produzidas provas, independente de pedido dos jurisdicionados[81].

Para além das questões afeitas ao caráter lógico das considerações acima tecidas, pode-se afirmar, outrossim, que, à vista da disciplina legal conferida aos encargos decorrentes da atividade probatória das partes, em determinados casos, a não obediência ao critério da ausência de requerimento de produção de provas pode gerar distorções. A esse

81 Nada impede que, à vista da modificação da situação de fato que ensejou a decisão judicial, uma prova requerida pela parte e indeferida pelo juiz venha a ser objeto de iniciativa probatória de ofício, caso verificados os requisitos necessários para tanto.

respeito, por exemplo, em uma situação na qual o réu houvesse realizado requerimento para produção de uma prova e, negligenciando o requerimento deduzido, o julgador se valesse da iniciativa probatória de ofício para determinar que fosse produzida a mesma prova, os encargos econômicos de tal atividade probatória deixariam de ser do réu, passando ao autor, nos termos do artigo 19, §2º do Código de Processo Civil.

3.3.2. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS PRODUZIDAS

A indicação do conteúdo jurídico do critério representado pela insuficiência das provas produzidas demanda a retomada de algumas concepções abordadas ao longo dos Capítulos I e II do presente estudo. Diz-se isso na medida em que a aferição da suficiência ou não das provas produzidas se calca em critérios eminentemente subjetivos, porquanto relacionados às particularidades do sujeito cognoscente[82].

Vale dizer, o mesmo ocorre quando se aborda a questão sob a perspectiva da persecução da verdade. À vista daquilo que foi tratado no Capítulo II, pode-se afirmar que, a depender das concepções pessoais de cada julgador, de sua percepção da realidade e do seu grau de convencimento diante das provas produzidas, o mesmo conjunto probatório poderá ser tido por suficiente para um julgador e insuficiente para outro, sem que isso represente, contudo, infringência às garantias conferidas aos jurisdicionados[83].

Nesse sentido, em havendo conjunto probatório idôneo ao esclarecimento dos fatos necessários à formação do convencimento do julgador[84], a suficiência das provas impede que o magistrado, nessa situação, venha a se valer da iniciativa probatória de ofício[85]. Diz-se isso porquanto, nesse caso, a utilização de referido poder instrutório, além de contrariar os ditames da instrumentalidade do processo, geraria desnecessário alongamento da duração do processo, aumentando os custos dele decorrentes, tanto para o Estado quanto

---

82 Abordando a iniciativa probatória de ofício sob a perspectiva da insuficiência de provas, Sidney da Silva Braga, In "*Iniciativa probatória...*", p. 95, afirma que "o poder de iniciativa do juiz, quando sentir-se realmente em dúvida quanto à justiça da decisão a proferir, há de ser instrumento apenas para afastá-lo da perplexidade diante das provas incompletas e lacunosas".

83 Ao revés, a garantia do jurisdicionado é justamente a de que, independente do julgador que venha a conferir solução à crise jurídica que deu ensejo à demanda, este somente proferirá decisão quando, à vista daquilo que foi possível demonstrar no processo, restarem esclarecidas as situações de fato relacionadas à formação do seu convencimento.

84 Afirmando que a finalidade da iniciativa probatória de ofício é a formação do convencimento do magistrado, conferir Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 95.

85 Ao revés, reputa-se correto afirmar que não haverá irregularidade quando, diante das provas produzidas, o julgador, entendendo por não esclarecidos os fatos cujo conhecimento se faz necessário à formação de seu convencimento e vislumbrando a necessidade de utilização de seu poder-dever, determinar a produção de provas.

para as partes, podendo, outrossim, culminar na inefetividade do provimento jurisdicional[86].

3.3.3. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA

Diferente do que ocorre com a obrigatoriedade de insuficiência das provas, o critério de inexistência de vedação expressa diz respeito à impossibilidade, em regra, de utilização de iniciativa probatória pelo juiz, em hipóteses nas quais o ordenamento jurídico a proíba expressamente[87].

Trata-se, na essência, de afirmar que, em havendo norma específica que vede a utilização do poder instrutório, o juiz estará diante de um dever de conteúdo negativo, sendo certo que a infringência a tal ditame poderá gerar prejuízo às partes e ao processo[88].

Sob a perspectiva das partes, a desobediência à vedação expressa aplicável à iniciativa probatória de ofício representa prejuízo à previsibilidade procedimental e, por via oblíqua, ao devido processo legal, o que, por sua vez, evidencia o prejuízo causado ao processo, na medida em que a infringência à forma previamente estabelecida para a prática de atos prejudica a consecução dos escopos da jurisdição, podendo resultar, inclusive, na perda da legitimação da decisão judicial[89].

3.3.4. URGÊNCIA NA PRODUÇÃO DA PROVA

Em relação à urgência na produção da prova, tem-se que referido critério diz respeito às situações nas quais seja necessário ao julgador determinar a produção de uma prova de oficio, quando uma conjuntura processual vier a sinalizar para a impossibilidade de se aguardar eventual iniciativa da parte no sentido de assim proceder[90]. Nesse sentido, identifica-se a urgência da prova quando a demora na sua produção gerar riscos

---

86 Nesse sentido, Luigi Lombardo, In "*La prova giudiziale...*", p. 400-402, afirma que "l'iniziativa probatoria di parte, completa e fruttuosa, rende superflua la prova d'ufficio", concluindo, na sequência, que "in sostanza, l'esistenza del pieno convincimento del giudice esclude sempre l'esercibilità del potere officioso".

87 Em âmbito constitucional, tem-se o disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição. No âmbito legal, tem-se, a título exemplificativo, as hipóteses do artigo 334 e incisos do Código de Processo Civil.

88 A titulo exemplificativo, podem ser mencionados os artigos 346 e 521 do Código de Processo Civil.

89 A esse respeito, conferir o item 2.1. do Capítulo II.

90 Posicionando-se no sentido de que não se faz necessário, ao julgador, aguardar a iniciativa probatória da parte para lançar mão de seus poderes instrutórios, Luigi Lombardo, *Op. Cit.*, p. 397-398, afirma que "infatti, non essendo sancita, nella disciplina positiva del processo civile, una collocazione temporale dell'esercizio dei poteri d'ufficio sucessiva respetto all'esercizio o al mancato esercizio dei poteri di parte, si deve ritenere che il giudice possa esercitare il proprio potere officioso, indifferentemente, prima o dopo o nel medesimo contesto della deduzione delle prove di parte".

extraordinários à veiculação de informação importante para a formação do convencimento do julgador.

Ao contrário da inexistência de vedação expressa à iniciativa probatória de ofício, o critério da urgência se relaciona com situação subjetiva, na medida em que, a exemplo do que foi exposto em relação à insuficiência de provas, a identificação da necessidade da prova dependerá do juízo crítico do sujeito cognoscente acerca da existência ou não, no caso concreto, do poder-dever de determinar a produção da prova de ofício.

Sob a perspectiva do critério da urgência, a responsabilidade do julgador na utilização da iniciativa probatória de ofício é ainda mais acentuada, na medida em que a avaliação acerca da existência de risco extraordinário que inviabilize a produção da prova deverá ser feita pelo juiz[91] a todo momento, durante a relação jurídica processual, a fim de que eventual demora na iniciativa probatória de ofício não enseje a perda da oportunidade de serem produzidas provas essenciais à formação do seu convencimento.

3.3.5. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA

Por fim, ao contrário do que foi objeto de enfrentamento no item 3.3.3. do presente capítulo, há hipóteses nas quais a atuação do julgador se justifica em virtude da existência de norma autorizadora específica.

A esse respeito, não se pode olvidar que a regra insculpida no artigo 130 do Código de Processo Civil possibilita ao julgador, em termos genéricos, a utilização da iniciativa probatória de ofício. Sem prejuízo, há hipóteses nas quais, além de referido permissivo, o legislador entendeu por bem indicar, expressamente, medidas que podem ser adotadas pelo julgador[92].

Aprofundando-se o exame de tal critério, o cotejo entre o artigo 130 e os demais dispositivos de lei anteriormente mencionados resulta na confirmação da afirmação anteriormente realizada, no sentido de que o critério da necessidade insculpido na regra geral autorizadora da iniciativa probatória de ofício carece de definição de seu conteúdo jurídico, devendo tal requisito ser aferido em função das conjunturas processuais com as quais o julgador se depara.

---

91 A esse respeito, deve-se salientar que em razão de terem maior proximidade com os fatos que deram ensejo à crise jurídica e, consequentemente, com as fontes de prova, as partes, via de regra, detém maior conhecimento acerca das situações que demandem urgência na produção de determinada prova.

92 A título exemplificativo, é isso que se depreende da leitura dos artigos 342, 355, 382 e 418 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, pode-se dizer que o legislador, ciente das diferentes interpretações que poderiam ser conferidas à cláusula aberta do artigo 130 do CPC, entendeu por bem, em determinadas situações, aclarar a maneira pela qual o julgador poderia se valer da iniciativa probatória de ofício, sem prejuízo de outras determinações que o órgão jurisdicional viesse a entender necessárias.

No entanto, para além de tais considerações, pode-se afirmar que, sob a perspectiva do jurisdicionado, a positivação das normas específicas complementares à regra geral possui o condão de conferir maior previsibilidade ao procedimento. Ao mesmo tempo, também se reputa correto afirmar que, à vista da previsão legal expressa permitindo a iniciativa probatória de ofício em determinadas hipóteses, eventual inércia do julgador representa, pela via oblíqua, posicionamento judicial no sentido de que a prova indicada pela lei, no caso concreto, não se revelou necessária ao julgamento da causa.

3.4. A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS COM OS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

O estabelecimento de critérios para a iniciativa probatória de ofício abre campo para o enfrentamento específico do tema relacionado aos limites impostos à atuação do julgador, quando da utilização de referido poder instrutório. Por assim dizer, os critérios anteriormente mencionados não representam os limites específicos que serão estudados na sequência do estudo, mas não deixam de atuar como diretrizes para a determinação de produção de provas sem o requerimento da parte, conferindo contornos às conjunturas processuais nas quais tal medida poderá ser adotada.

Nesse sentido, afirma-se que os critérios para a utilização da iniciativa probatória do juiz e os limites aos quais elas se submetem devem se complementar ao longo da instrução processual. A adoção de raciocínio diverso pode gerar incompatibilidades na sistemática processual, uma vez que a mera obediência a todos os limites em espécie aplicáveis à iniciativa probatória de ofício – os quais serão indicados no capítulo subsequente – não legitima, por si só, atuação do julgador. Isso porque, para além da observância de tais limites, faz-se necessário que, ainda, que a iniciativa probatória de ofício se coadune com os fundamentos do ativismo judicial e dos poderes instrutórios, conforme indicado ao longo do presente capítulo.

Pela via reversa, tomar-se por adequada a iniciativa probatória de ofício que se

baseia somente nos critérios indicados no presente capítulo representa incompatibilidade com o regramento imposto pela sistemática processual à iniciativa probatória de ofício, uma vez que ainda não foram estudados os limites específicos a ela aplicáveis.

Significa dizer que, para que a atuação do julgador não seja entendida como manifestação do arbítrio judicial, além de se submeter às diretrizes genéricas relacionadas à instrumentalidade do processo e aos critérios estabelecidos ao longo deste capítulo, a iniciativa probatória de ofício deve obedecer a limites específicos – de conteúdo jurídico suficientemente definido – os quais atuam no sentido de impedir que o órgão jurisdicional cometa abusos e arbitrariedades, preservando-se, assim, as garantias dos jurisdicionados.

CAPÍTULO V – LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL

Para que se proceda à abordagem dos limites à iniciativa probatória de ofício, faz-se necessário levar em consideração todos os conceitos analisados, problemas enfrentados e ressalvas realizadas ao longo dos capítulos precedentes. Isso porque não será possível identificar tais limitações sem que se tenha em mente a estruturação do processo, as dificuldades inerentes à atividade cognitiva do julgador, o papel da persecução da verdade no processo civil, a maneira pela qual a prova é integrada ao processo e, principalmente, os elementos que fundamentam a existência e utilização dos poderes do juiz.

Dessa forma, o presente capítulo se inicia com a abordagem dos fundamentos teóricos dos limites à iniciativa probatória de ofício, a fim de indicar, no âmbito da sistemática processual e constitucional, qual a necessidade de serem estabelecidos limites à atuação do julgador no desempenho da iniciativa probatória de ofício.

Avançando-se no enfrentamento do tema, serão realizadas breves considerações sobre o que são os limites à iniciativa probatória de ofício para, a partir de tal premissa, proceder-se à identificação e classificação dos limites em espécie, indicando-se, ao final, quais as consequências advindas do seu desrespeito por parte do juiz.

1. FUNDAMENTOS DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

A indicação dos fundamentos dos limites à iniciativa probatória de ofício demanda a retomada de algumas das concepções tratadas no item 2 do Capítulo IV. Nesse sentido, em um primeiro momento, pode-se afirmar que a limitação à iniciativa probatória do juiz se destina à preservação do caráter democrático do processo, por intermédio da criação de mecanismos que evitem o arbítrio do julgador e a consequente legitimação da decisão judicial pelo argumento do poder[1-2].

Transportando-se tais considerações para o plano do objeto do estudo, tem-se que a

1 Trata-se, em síntese, de afirmar que a pacificação social por intermédio da utilização dos poderes do juiz ocorrerá se este, conforme posicionamento de Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 15, "der vazão às garantias constitucionais que protegem as partes contra eventual exercício arbitrário desses mesmos poderes, utilizando-os de forma adequada e plena e entregando ao jurisdicionado tudo aquilo a que teria direito se não fosse necessária a atuação do Estado-juiz".

2 Sobre a legitimação da decisão judicial pelo argumento do poder, conferir itens 2.1. e 2..2. do Capítulo II do estudo.

limitação a esse poder instrutório do juiz tem como pressuposto a observância das garantias constitucionais conferidas aos jurisdicionados. Nessa senda, a par das garantias que não se relacionam necessariamente com a iniciativa probatória de ofício, merecem destaque aquelas referentes ao devido processo legal, ao contraditório e à vedação das provas ilícitas[3].

Em relação ao devido processo legal, diz-se que consiste em fundamento dos limites à iniciativa probatória de ofício na medida em que a preexistência de um modelo constitucional idealizado para a prestação jurisdicional iguala as partes e confere previsibilidade ao procedimento[4]. No que tange especificamente à limitação à iniciativa probatória de ofício, trata-se de afirmar que, via de regra, o jurisdicionado não será surpreendido pela atuação do julgador[5], porquanto preexistentes, na sistemática processual, os limites que a iniciativa probatória de ofício deverá obedecer.

O contraditório, por sua vez, para além daquilo que já foi abordado no item 1.2.1. do Capítulo I e no item 2.2.1. do Capítulo IV, representa a garantia de que os sujeitos parciais da relação jurídica processual terão a oportunidade de se manifestar sobre a iniciativa probatória do juiz. Com isso, em identificando irregularidades relacionadas à atuação de ofício, o jurisdicionado poderá atuar no sentido de se insurgir contra a iniciativa probatória tomada em descompasso com o ordenamento jurídico[6]. Nesse ponto, o contraditório atua como fundamento dos limites à iniciativa probatória de ofício, na medida em que reduz a possibilidade de perduração dos efeitos nocivos advindos de eventual arbítrio judicial[7].

---

3 A esse respeito, não se podendo negligenciar que as garantias traduzem valores processualmente atuantes, Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 15, afirma que "o poder instrutório do juiz deve ser revisto sob a nova ótica constitucional que recai sobre o ordenamento jurídico, para que esteja de acordo com os ideais valorativos preconizados".

4 Tratando especificamente da relação existente entre poderes instrutórios e devido processo legal, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios...*", p. 236, afirma que "eventuais exageros ou arbitrariedades cometidas pelo juiz sujeitam-se ao controle jurisdicional, cuja ofensa, por si só, viola as garantias processuais constitucionais".

5 Nesse sentido, tratando da regulamentação do procedimento na perspectiva do devido processo legal, José Carlos Baptista Puoli, In "*Os Poderes do Juiz e as Reformas...*", p. 66-67, afirma que "para que a regulamentação seja mais adequada, deve estar ela previamente formulada pela lei, para que os jurisdicionados tenham prévia ciência sobre as formalidades condicionantes do exercício da jurisdição e tenham segurança sobre não haver a possibilidade de alterações oportunísticas das regras de rito".

6 Michele Taruffo, In "*La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*", p. 176, faz análise no sentido de que o contraditório permite à parte aferir a regularidade da utilização do poder instrutório por parte do juiz, inclusive no que tange à "valutazione di rilevanza e di ammissibilità dele prove che il giudice dispone d'ufficio, siano in grado di dedurre prove contrarie o diverse in relazione a quelle disposte dal giudice, ed abbiano infine la possibilità di scutere l'esisto e l'efficacia di queste prove".

7 Junto ao contraditório, destaca-se a importância da motivação das decisões judiciais que, apesar de não consistir em fundamento da iniciativa probatória de ofício, é garantia constitucional que possibilita ao

Também na condição de fundamento dos limites à iniciativa probatória do juiz, a vedação às provas ilícitas, na esteira daquilo que foi abordado no item 2.2.1. do Capítulo III, se apresenta sob a forma de a) garantia do jurisdicionado, b) requisito para produção da prova e c) limite à iniciativa probatória de ofício. Vale dizer, esse tríplice enquadramento indica para todos os sujeitos do processo, a impossibilidade, em regra, de ser requerida, deferida ou determinada de ofício a produção de provas ilícitas, representando, dessa forma, um legítimo fundamento dos limites à atuação do julgador[8].

Na condição de limite, insta salientar, que a licitude da prova incidirá sobre a iniciativa probatória de ofício somente no momento em que o julgador realizar o juízo prévio à utilização de seu poder instrutório[9]. Por assim dizer, se, antes da iniciativa probatória de ofício, o julgador entendeu que a prova a ser produzida era lícita, mas, no momento de sua produção ou depois de produzida, verificou que ela contrariou os ditames do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, a irregularidade deverá ser sanada sob a perspectiva da possibilidade ou não de ser a prova mantida no processo, não havendo que se falar, contudo, em desrespeito aos fundamentos ou limites à iniciativa probatória de ofício[10].

Para além das garantias constitucionais anteriormente mencionadas, pode-se afirmar que alguns deveres do julgador também servem de fundamento para os limites à iniciativa probatória de ofício. Em especial, analisando-se a temática sob a perspectiva da previsão legal contida no artigo 125, incisos I e II do Código de Processo, assevera-se que tanto o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, como o de velar pela rápida solução dos litígios consistem em fundamentos da limitação à atuação do julgador.

---

jurisdicionado avaliar a atuação do julgador e, se for o caso, manejar os recursos cabíveis.

8 Faz-se necessário, contudo, analisar os valores atuantes no caso concreto, a fim de que possam ser alcançados os escopos da jurisdição. Para José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 146-147, "o cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional".

9 É nesse sentido que Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, In "*Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*", p. 31, afirma que "a vedação legal quanto à admissibilidade das provas ilícitas visa a assegurar o limite probatório e regular a atividade do Estado, estando implícita ou expressamente prevista em leis processuais, materiais ou princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico".

10 Nesse contexto, imperioso reconhecer que o tema demanda enfrentamento que vai além daquilo que já foi objeto de estudo no item 2.2.1. do Capítulo III, de modo que adota-se o posicionamento no sentido de não serem analisadas as minúcias da problemática que envolve as provas ilícitas, por não ser tema essencial para a indicação dos limites à iniciativa probatória de ofício. Especificamente sobre o assunto, conferir Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, In "*Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*", *passim*; Nilton Luiz de Freitas Baziloni, In "Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade", texto contido na obra coordenada por Daniel Amorim Assumpção Neves, In "*Provas: aspectos atuais do direito probarório*", p. 269-288; Eduardo Cambi, In "*A prova civil: admissibilidade e relevância*", p. 63-126.

A esse respeito, trata-se de reconhecer que, em que pese a instrumentalidade do processo consubstanciar a base teórica dos poderes instrutórios, estes não poderão ser utilizados de maneira a infringir os deveres legalmente impostos ao magistrado[11-12].

Dessa forma, o conteúdo jurídico da conferência de igual tratamento às partes é norteado pela isonomia[13] e pela imparcialidade do órgão jurisdicional. Significa dizer que a iniciativa probatória de ofício não poderá ser adotada com a finalidade de privilegiar qualquer das partes, mas com o intuito de proporcionar o necessário esclarecimento dos fatos cujo conhecimento se faz necessário à formação do convencimento do julgador[14].

O mesmo se dá em relação ao dever de velar pela rápida solução do litígio que, sob a perspectiva da razoável duração do processo, ganha *status* constitucional[15] e representa fundamento à limitação da iniciativa probatória de ofício. Sob essa perspectiva, tem-se que não se pode proceder à utilização dos poderes instrutórios de maneira a causar prolongamento desnecessário do feito ou eventual inefetividade do provimento jurisdicional.

Prosseguindo-se no enfrentamento do tema, retomando parte daquilo que foi objeto de estudo no item 2.5. do Capítulo II, é possível constatar que todas as considerações tecidas acima representam, em última instância, manifestações de valores processualmente atuantes. Com isso, quer-se dizer que os fundamentos da limitação à iniciativa probatória de ofício encontram azo na necessidade de compatibilização dos diferentes valores que atuam no processo[16].

Nesse sentido, afirma-se que a verdade não consiste em valor absoluto, sendo certo que as limitações impostas à utilização da iniciativa probatória de ofício reduzem a importância que sua persecução representa no contexto do processo, a fim de privilegiar outros valores que, em abstrato ou no caso concreto, se mostram mais importantes para a consecução dos escopos da jurisdição.

---

11 Nesse sentido, retoma-se a diferenciação entre dever e poder-dever, realizada no item 1.1. do Capítulo IV.

12 Agregando aos deveres do juiz, quando da utilização dos poderes instrutórios, as noções de boa-fé objetiva e lealdade processual, conferir Trícia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 28.

13 Cfr. Art. 5º, *caput* da Constituição Federal.

14 A temática será oportunamente abordada nos itens 4.1. e 4.2., *infra*.

15 Cfr. Art. 5º, inc. LXXVIII.

16 Sobre o tema, Tricia Navarro Xavier Cabral, *Op. Cit*, p. 15, afirma que o juiz "agora, atua na direção do processo, utilizando-o não só como ferramenta para realização do direito material, servido à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplice perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial".

2. A NOÇÃO DE LIMITE À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Uma vez indicados os fundamentos dos limites à iniciativa probatória de ofício, faz-se necessário definir o que se pode entender por limite à iniciativa probatória de ofício e em que medida tal noção se relaciona com os demais temas abordados ao longo do estudo.

Inicialmente, tomando-se de empréstimo aquilo que foi objeto do item 1 e subitens do Capítulo IV, a noção de poder deve ser contrastada pela existência de limites, na medida em que o exercício de poderes ilimitados ou absolutos não tem lugar na atual sistemática processual[17].

A noção de limite, por sua vez, diz respeito àquilo que não pode ser desobedecido ou àquilo que deve ser obedecido, sob pena de infringência de regras preestabelecidas. Transportando-se tais considerações para o plano da iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que não se pretende realizar distinção conceitual entre princípios, requisitos, pressupostos e limites à atuação do julgador[18]. Ao revés, o que se pretende, ao final deste capítulo, é ver elaborado um panorama acerca do modo pelo qual os institutos, valores, direitos e garantias abordados até o momento interagem no processo, de modo a restringir a atuação do julgador no que diz respeito à determinação de produção de provas de ofício[19].

Trata-se de afirmar que, à vista daquilo que foi objeto de estudo ao longo dos capítulos precedentes, a interação existente entre a estruturação do processo, a cognição, a persecução da verdade, a prova e os poderes instrutórios do juiz contribui para a caracterização dos limites à iniciativa probatória de ofício[20].

---

17 João José Custódio da Silveira, In "*O juiz e a condução equilibrada do processo*", p. 15-16, ressalta que "a busca por resultados 'efetivos' não legitima o exercício incondicional dos poderes judiciais, tampouco permite que se exija do órgão jurisdicional uma busca incessante por elementos de prova ou superação sistemática de vícios processuais provocados por atecnias dos litigantes. Se de um lado é importante incentivar o juiz ao exercício de seus poderes, de outro é igualmente relevante cuidar para que excessos não sejam cometidos (...)".

18 Isso porque eventuais distinções a esse respeito demandam o exame específico de temas que não se relacionam, necessariamente, com a disciplina conferida pelo sistema à iniciativa probatória de ofício.

19 Sobre a relação entre as garantias constitucionais e os limites à atuação do julgador, Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 15, afirma que se autoriza "o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes", ressaltando, contudo, que "aos juízes também cabe a importante tarefa de compreender o contexto adequadamente, incorporando essa responsabilidade que lhes foi conferida, a fim de que esses poderes possam ser bem utilizados e não configurem justificativa par ao arbítrio".

20 Corroborando tais considerações, José Carlos Baptista Puoli, In "*Poderes do juiz...*", p. 66, afirma que "como todo ato de poder que interfere nos direitos e na vida dos componentes da sociedade, a atividade jurisdicional encontra limitação nos direitos individuais e no conjunto de garantias constitucionalmente

Dessa feita, identificar limites à iniciativa probatória do juiz é, inicialmente, tarefa simples que, posteriormente, se torna complexa. Simples, porque consiste em apenas indicar até que ponto o julgador pode agir de ofício sem que isso represente infringência ao ordenamento jurídico. Complexa, porque a condensação do conteúdo jurídico dos limites aplicáveis ao julgador demanda o sopesamento de diferentes valores que, a depender das circunstâncias, poderão autorizar ou impedir a atuação de ofício.

Com base em tal constatação, pode-se afirmar que a estruturação do processo, o juízo de cognição, a persecução da verdade, a disciplina legal da prova e os fundamentos dos poderes instrutórios consubstanciam, em maior ou menor grau, restrições à iniciativa probatória de ofício[21].

É em razão disso que se assevera que, em verdade, a identificação dos limites à iniciativa probatória do juiz não deve ser analisada de maneira estanque, com base somente naquilo que será objeto de enfrentamento no presente Capítulo. Ao revés, faz-se necessária a compreensão do tema à luz da sistemática processual, no sentido de que se possa, ao final, ver formada uma teoria acerca dos limites à iniciativa probatória do juiz, indo-se, dessa forma, para além da simples indicação de limites pontuais à atuação do julgador[22].

Em termos específicos, trata-se de asseverar que os limites em espécie que serão evidenciados no bojo do presente capítulo não possuem o condão de esgotar as limitações que se impõem ao julgador quando da iniciativa probatória de ofício. A título exemplificativo, ampliando-se a dimensão da noção de limite, também podem ser reconhecidos como limites à iniciativa probatória de ofício os requisitos de integração da prova ao processo (admissibilidade, obediência ao artigo 332 do Código de Processo Civil,

---

asseguradas. Por tal motivo, surge a necessidade de saber se a função está ou não sendo desenvolvida dentro dos parâmetros fixados, sob pena de seu exercício ser declarado ilegal por abuso de poder".

21 Tal posicionamento, contudo, não é pacífico na doutrina. Em sentido contrário ao enquadramento de referidos elementos como limitadores da iniciativa probatória de ofício, conferir Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 62-73 e Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 97-123. A esse respeito, entende-se que a divergência entre a posição adotada e os posicionamentos acima mencionados se deve aos diferentes recortes epistemológicos aplicáveis ao tema: partindo-se de uma visão particular do fenômeno, torna-se mais adequada a abordagem contida nas obras acima indicadas; analisando-se a iniciativa probatória de ofício na perspectiva da sistemática processual, entende-se mais adequado o tratamento conferido no presente estudo. Não obstante, em sentido semelhante ao aqui adotado, mas referindo-se aos poderes instrutórios genericamente considerados, conferir Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 191-198.

22 Em certa medida, a análise sistemática dos limites à iniciativa probatória de ofício, de modo a fazer incidir sobre a disciplina da atuação do juiz as noções sobre os temas indicados nos capítulos precedentes, se coaduna com a diretriz evidenciada por Eros Roberto Grau, In "*Por que tenho medo dos juízes*", p. 84-85, ao afirmar que "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços", arrematando que "o *significado normativo* de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do *sistema*, para após afirmar-se, plenamente, no *contexto funcional*" (grifos do autor).

licitude, adequação procedimental e relevância), bem como alguns dos critérios relacionados à iniciativa probatória de ofício (insuficiência das provas produzidas e inexistência de vedação legal expressa).

Note-se que não se trata de confundir requisitos[23], critérios e limites. Em verdade, trata-se de reconhecer que a interação entre eles, na sistemática processual, impede que suas respectivas disciplinas deixem de influenciar os limites à iniciativa probatória de ofício.

Adotar posicionamento diverso significaria dissociar a disciplina da iniciativa probatória do juiz da disciplina da prova como instituto processual e negar o fato de que esta se relaciona com as pretensões deduzidas em juízo que, por sua vez, dizem respeito à crise jurídica que deu ensejo à demanda[24].

3. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

O ato de classificar pressupõe o agrupamento de elementos em função de determinadas características que os assemelham ou diferenciam, a fim de que, por intermédio da análise de tais semelhanças e diferenças, se possa chegar a uma constatação acerca de um determinado assunto[25].

Transportando-se tais considerações para o âmbito do objeto do presente estudo, tem-se que a classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício auxilia na evidenciação de características destes as quais serão de valia quando se pretender aferir o acertamento da conduta do julgador no que diz à determinação de produção de provas de ofício.

Assim sendo, em que pese a possibilidade de serem adotados critérios diversos dos aqui utilizados, entende-se por bem proceder à classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício em função a) de sua evidência normativa, b) de seu grau de

---

23 Em última instância, afirmar que requisitos da prova não podem ser entendidos como limites à iniciativa probatória de ofício é negar o devido processo legal e, pela via oblíqua, retirar do processo a qualidade de instrumento constitucionalmente previsto para a resolução dos conflitos derivados das relações havidas em sociedade.

24 Todos esses temas foram, com maior ou menor intensidade, abordados ao longo dos Capítulos I, II, III e IV deste estudo.

25 Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 521, afirma que "classificar implica agrupar fenômenos que, segundo um determinado ponto de vista, possuam as mesmas características, visando a facilitar sua compreensão. Para ser homogênea, é fundamental que a classificação seja feita sempre segundo um mesmo aspecto do objeto".

observância, c) de seu grau de especificidade e d) de sua exclusividade, na forma que segue.

3.1. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DA EVIDÊNCIA NORMATIVA

Inicia-se a classificação em função da evidência normativa subdividindo-se os limites à iniciativa probatória de ofício em explícitos e implícitos. Explícitos são aqueles que decorrem diretamente de previsões legais ou constitucionais, ao passo que implícitos são aqueles que não decorrem diretamente de previsões legais ou constitucionais, devendo ser extraídos da análise da sistemática processual.

Dentre os limites explícitos constitucionais, podem ser mencionados a igualdade de partes[26] e a razoável duração do processo[27]. No âmbito dos limites explícitos legais, também pode ser incluída a igualdade de partes[28], a revelia[29], o ônus da prova[30] e o princípio dispositivo[31].

Quanto aos limites implícitos, tratam-se eles de limites extraídos da conjugação de princípios, garantias, dispositivos legais e valores processualmente atuantes, não podendo ser vinculados especificamente a um determinado dispositivo legal. Em tal classificação pode ser enquadrada a imparcialidade do juiz[32], a adstrição ao objeto da prova[33] e o resultado útil do processo para as partes[34].

Assim sendo, a classificação dos limites à persecução da verdade em função da evidência normativa, permite estabelecer premissa no sentido de que as limitações à atuação do julgador nem sempre contarão com um dispositivo específico que encerre seu conteúdo. Isso porque, em determinadas conjunturas processuais, a interação entre princípios, dispositivos de lei, direitos, deveres e valores processualmente atuantes pode

26 Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.
27 Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.
28 Artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.
29 Artigo 319 do Código de Processo Civil.
30 Artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil.
31 Artigos 2º, 262 e 269, inciso V do Código de Processo Civil.
32 Seu conteúdo jurídico pode ser extraído da análise conjunta dos artigos 95, incisos e § único, 5º, incisos XXXVII e LIV, todos da Constituição Federal, bem como dos artigo 14, incisos II e IV e 134 a 138, todos do Código de Processo Civil.
33 Seu conteúdo jurídico pode ser extraído da análise conjunta dos artigos 130 e 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, e da cláusula geral do devido processo legal, na forma do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal
34 Seu conteúdo jurídico pode ser extraído da análise conjunta dos artigos 5º, caput e incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII da Constituição Federal e dos artigos 14, incisos IV e V, 19, §2º, 130, 131 e 133, inciso II do Código de Processo Civil.

dar origem a um limite inicialmente não evidenciado na lei ou na Constituição Federal[35].

3.2. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DO GRAU DE OBSERVÂNCIA

A classificação em função do grau de observância dos limites à iniciativa probatória do juiz leva em conta a existência de duas categorias: limites absolutos e limites relativos. Entre os limites absolutos, enquadram-se a igualdade de partes, a imparcialidade e a adstrição ao objeto de prova. Já entre os relativos, podem ser encontrados o princípio dispositivo, o ônus da prova, a revelia, o resultado útil do processo para as partes e a razoável duração do processo.

Referida classificação se destina a evidenciar a existência de determinados limites aplicáveis à iniciativa probatória de ofício os quais, em virtude de seu conteúdo jurídico, além de representarem deveres do julgador, não podem ser infringidos pela utilização de mencionado poder instrutório e, a rigor, nem por qualquer outra conduta do juiz.

Nesse sentido, tem-se que os deveres de conferência de tratamento isonômico às partes, de atuação com imparcialidade e de adstrição do julgador ao objeto das provas, sob a perspectiva do objeto do estudo, representam limites aplicáveis ao julgador do início ao término da relação jurídica processual, não sendo excepcionados por outros valores que venham a atuar no processo[36].

A esse respeito, inclusive, podem ser tais limites entendidos como deveres[37-38], na medida em que sua infringência pode gerar sanções ao julgador[39], no que diz respeito à

---

35 A esse respeito, a exemplo do que será retratado no item 3 do presente Capítulo, a indicação dos limites em espécie não tem caráter exauriente, devendo-se reconhecer a existência de outros limites que, em função de determinadas circunstâncias, poderão restringir a atuação do julgador no que tange à iniciativa probatória.

36 Observe-se, contudo, que a inexistência de valores absolutos no processo é a regra, sendo os três elementos acima referidos representativos de exceções a confirmam. Acerca da inexistência de valores absolutos, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 150, afirma que "nenhum princípio é absoluto, ainda que previsto no plano constitucional". No mesmo sentido, conferir José Carlos Barbosa Moreira, In "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", texto contido na obra "*Temas de Direito Processual: sexta série*", p. 108.

37 Importante salientar, contudo, que não é o enquadramento na condição de dever que confere à imparcialidade, à igualdade de partes e à adstrição ao objeto da prova a condição de limites absolutos à iniciativa probatória de ofício, porquanto outros limites também podem ser enquadrados como deveres, sem que, contudo, se encontrem inseridos na categoria dos limites absolutos.

38 Sobre os diversos deveres processuais impostos ao juiz, conferir Roque Komatsu, In "Notas em torno dos Deveres Processuais dos Juízes", texto contido na obra coordenada por Carlos Alberto de Sales, In "*As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*", p. 697-721.

39 A respeito do tema, José Carlos Barbosa Moreira, In "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo", texto contido na obra "*Temas de Direito Processual: Quarta Série*", p. 51, afirma que, ainda

caracterização de responsabilidade civil[40-41], administrativa[42] e penal.

Vale dizer, pela natureza de seus respectivos conteúdos[43], diz-se que são absolutos os limites que não podem ser excepcionados pelos demais valores processualmente atuantes. Com isso, tem-se que, no processo, nenhum valor é dotado de força tamanha que justifique a adoção de posicionamento deliberadamente parcial do julgador, ou de conduta que desiguale indevidamente as partes, ou, por fim, determine a produção de prova que não tenha qualquer relação com os fatos a serem demonstrados em juízo.

Quando se trata dos limites relativos, porém, entende-se correto afirmar que, apesar de estes também deverem ser observados pelo julgador, haverá situações nas quais outros valores processualmente atuantes poderão mitigar a força normativa de tais limitações ou, até mesmo, excepcioná-las, a fim de que se proteja um bem jurídico que, no caso concreto, se mostre mais importante para o processo[44].

Ou seja, referida classificação permite identificar que os limites à iniciativa probatória de ofício, a depender de sua natureza, podem ou não vir a ser excepcionados, o que agrega importância ao estudo da disciplina conferida ao tema, nos moldes aqui indicados.

3.3. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DO GRAU DE ESPECIFICIDADE

Em função do grau de especificidade, os limites à iniciativa probatória do juiz podem ser classificados como sendo genéricos ou específicos. Genéricos são aqueles que se aplicam em todas as oportunidades nas quais o julgador se utiliza da iniciativa

---

que se esteja tratando do exercício de um mero poder (e não dever), o juiz "responde pela omissão em exercê-los, na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto". Sobre o assunto, Nicola Picardi, In "La responsabilità del giudice: la storia continua", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 2*, 2007, p. 283-306, além de tratar da responsabilidade pessoal do juiz, cuida das situações que configuram responsabilidade do Estado perante o jurisdicionado.

40 No âmbito da responsabilidade civil do juiz, pode-se afirmar que seus contornos são estabelecidos pelo artigo 133, incisos e parágrafo do Código de Processo Civil.

41 Ainda sobre o tema da responsabilidade do magistrado, conferir Mario Chiavario, In "Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo del Giuliani <<interdisciplinare>>", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 3*, 2012, p. 668-678.

42 Em relação às sanções de natureza administrativa decorrentes da infringência aos deveres aqui enquadrados como absolutos, conferir o conteúdo do artigo 40 e seguintes, da Lei Complementar nº. 35/79.

43 Conferir itens 4.1., 4.2. e 4.3., *infra*.

44 Inegável a constatação de que tal classificação se destina apenas a fins didáticos, na medida em que não resiste a enfrentamento mais detido. Isso porque, em verdade, a exemplo do indicado na nota anterior, todo limite relativo, em determinado contexto, pode se tornar absoluto. Para tanto, basta que, naquela situação particular, não existam motivos para sua relativização.

probatória de ofício. Específicos, a seu turno, são aqueles que não incidem indiscriminadamente em todas as ocasiões em que se utiliza de referido poder instrutório, devendo ser observados somente em situações específicas.

Dentre os limites genéricos à iniciativa probatória de ofício, encontram-se a igualdade de partes, a imparcialidade do juiz, a adstrição ao objeto da prova, o princípio dispositivo, o ônus da prova em sentido subjetivo, o resultado útil do processo para as partes e a razoável duração do processo. No âmbito dos limites específicos, tem-se o ônus da prova em sentido objetivo e a revelia.

Mediante tal classificação, torna-se possível restringir o âmbito de incidência de determinadas limitações impostas à atuação do julgador, de modo que retira-se de sua atividade ordinária o exame de alguns limites, não havendo a obrigatoriedade de, em certas situações, serem analisados requisitos inaplicáveis a uma determinada conjuntura processual.

3.4. CLASSIFICAÇÃO DOS LIMITES EM FUNÇÃO DA EXCLUSIVIDADE

Por fim, em relação à exclusividade, os limites à iniciativa probatória de ofício podem ser classificados como sendo exclusivos do juiz ou comuns ao juiz e às partes. Exclusivos são aqueles que se aplicam somente ao juiz, não sendo possível a existência de paralelo com a conduta a ser adotada das partes. Comuns, ao revés, são aqueles aplicáveis ao juiz e às partes, quando de suas respectivas iniciativas probatórias.

Entre os limites exclusivos do juiz encontram-se a igualdade de partes, a imparcialidade, o ônus da prova, o princípio dispositivo em sentido processual[45] e o resultado útil do processo para as partes. Entre os limites comuns ao juiz e às partes, situam-se a adstrição ao objeto da prova, o princípio dispositivo em sentido material, a revelia e a razoável duração do processo.

A respeito de tal classificação, insta salientar, outrossim, que se enquadram na categoria de limites comuns aqueles advindos da análise dos requisitos necessários à integração da prova ao processo, tais como a admissibilidade, a obediência ao artigo 332 do CPC, a relevância, a adequação procedimental e a licitude da prova.

Dessa forma, tendo em vista que os requisitos para integração da prova ao processo

45 A respeito da divergência entre o aspecto processual e material do princípio dispositivo, conferir o item 4.4., *infra*.

também atuam como limites à iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que, em determinadas situações, tais limites se aplicarão indistintamente à iniciativa probatória das partes e do juiz.

Demais disso, a presente classificação contribui para que se constate que os limites à atividade probatória que, porventura, não possam ser enquadrados como exclusivos do juiz ou comuns ao juiz e às partes também não consistem em limites à iniciativa probatória de ofício, podendo ser classificados, contudo, como limites exclusivos das partes, quanto à sua respectiva iniciativa probatória.

4. LIMITES EM ESPÉCIE À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Uma vez realizada a classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, resta proceder à indicação específica de cada um deles, de modo a esclarecer em que medida exercerão a função limitadora à atuação do juiz. Não se trata, porém, de proceder à criação de tais limites, mas de identificá-los à luz daquilo que já foi exposto ao longo dos capítulos precedentes.

Conforme afirmado anteriormente, a verificação em espécie das restrições à utilização desse poder instrutório do julgador não deve ficar adstrita aos temas que serão objeto de estudo no presente capítulo. Isso porque também se faz necessária a retomada das noções afeitas à estruturação do processo, à persecução da verdade, à disciplina da prova e aos poderes instrutórios, a fim de que se compreenda, no contexto da sistemática processual, de que modo as bases teóricas do presente estudo se relacionam com os limites à atuação de ofício em âmbito probatório[46].

Daí se afirmar que o rol abaixo indicado não é exaustivo, devendo ser interpretado à luz da instrumentalidade do processo, no contexto da sistemática processual. Vale dizer, caso assim não se proceda, a interpretação estanque dos limites a seguir indicados pode abrir margem ao cometimento de arbítrio por parte do juiz e à fragilização de garantias conferidas aos jurisdicionados.

---

46 Corroborando o quanto contido no texto, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 182, afirmq que "estando a atividade cognitiva ligada aos poderes instrutórios, é certo que a *dimensão* desses poderes não se restringe apenas à fase de conhecimento, tampouco em atos do juiz que precedam a sentença, podendo tais poderes ser exercidos em toda situação que demande a busca de elementos pelo magistrado necessários para decidir e fundamentar uma decisão".

4.1. IGUALDADE DE PARTES

Apresentada processualmente sob a forma da isonomia, pode-se afirmar que a igualdade de partes consiste, genericamente, em conferir tratamento isonômico aos jurisdicionados, de modo a não serem negligenciadas as diferenças entre eles existentes, buscando-se minimizar eventual desequilíbrio existente na relação jurídica processual[47], por intermédio da utilização de mecanismos disponibilizados pela sistemática processual.

A definição do conteúdo jurídico da igualdade[48], porém, não é tarefa de fácil cumprimento, na medida em que circunstâncias alheias ao processo acentuam a desigualdade entre as partes, projetando tais diferenças para o âmbito da relação jurídica processual[49]. Não obstante a dificuldade inerente ao estudo do tema, para os fins da identificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, adota-se posicionamento no sentido de se permitir a igualação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual dentro de limites que não firam as garantias e os valores processualmente atuantes[50].

A respeito da maneira pela qual se deve observar tal limite, entende-se que a obediência aos ditames da instrumentalidade do processo aliada à observância das conjunturas processuais e dos critérios da iniciativa probatória de ofício devem pautar o julgador quando da determinação da produção de prova sem o requerimento da parte, a fim de que não se fira o limite sob exame[51].

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a igualdade de partes representa um limite, na

---

47 No âmbito das regras que não privilegiam a igualdade na relação jurídica processual, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 104-105, critica a plena disponibilidade de provas, asseverando que "muitas vezes, a inércia dos sujeitos parciais no processo na fase instrutória se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito".

48 Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello, In "*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*", *passim*.

49 Nesse sentido, Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 79, afirma que "o protagonismo do juiz é tido como condição essencial para se alcançarem a efetividade do processo e o ideal de justiça, porquanto favorece a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, permitindo ao juiz chegar mais próximo da verdade para oferecer a solução mais adequada".

50 Para Flávio Luiz Yarshell, In "Breves considerações acerca...", texto contido na obra coordenada por Fredie Didier Jr. et. al., "*Ativismo Judicial...*", p. 202, "o prolema é certamente complexo: nem sempre é fácil estabelecer a premissa da desigualdade, se ela não vem previamente reconhecida pelo ordenamento. Além disso, é preciso saber se o restabelecimento da igualdade real, particularmente no campo da prova, é tema reservado à lei ou se é tarefa do juiz, em cada caso concreto (…)".

51 Ao revés, entende-se que a adoção de critérios relacionados à condição econômica das partes ou ao refinamento técnico de seus defensores pode gerar, em última instância, distorções na relação jurídica processual, de modo que tais quesitos não consistem em balizas adequadas para o tratamento isonômico das partes. Nesse sentido, entende-se adequado o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque. In "*Poderes instrutórios...*", p. 108, quando afirma que "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. Nem o preparo técnico do advogado deve ser decisivo. O processo não é jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito".

medida que estabelece que o julgador deverá se valer da iniciativa probatória de ofício sem que sua atuação desiguale indevidamente os jurisdicionados[52]. Em outros dizeres, trata-se de limitar a atuação do julgador às hipóteses em que a iniciativa probatória de ofício não vulnera o tratamento isonômico que deve ser conferido às partes[53].

A título exemplificativo, retomando-se as considerações tecidas no item 2.3. do Capítulo I, a igualdade de partes limita a atuação do juiz no sentido de impedir que suas concepções pessoais[54] acerca da maior probabilidade de ocorrência de um fato alegado por uma determinada parte o levem a determinar a iniciativa probatória de ofício somente em relação àquele fato, negligenciando a utilização de referido poder instrutório em relação aos demais fatos alegados pela outra parte[55].

Analisando-se referido limite em função da classificação anteriormente adotada, pode-se afirmar que se trata de um limite explícito constitucional e legal, absoluto, genérico e exclusivo do juiz.

Trata-se de limite explícito constitucional em virtude da previsão constante do artigo 5º da Constituição Federal, assim como se diz explícito legal em razão do conteúdo do artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

Considera-se limite absoluto[56] tendo em vista que a atuação do julgador sempre deverá se pautar na isonomia em relação às partes[57], não devendo deixar de assim agir em

---

52 Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 153, afirma que o juiz "dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se travem em *paridade de armas*" (grifo do autor).

53 Nos dizeres de Flávio Luiz Yarshell, Op. Cit., *Loc. cit.*, "é preciso saber quando existe uma desigualdade real a ponto de justificar que o juiz intervenha no equilíbrio da relação jurídica processual que, vista em si mesma, dispensa tratamento igualitário às partes".

54 Sobre o assunto, Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 64, afirma que "ao juiz não é permitido julgar somente com as suas impressões pessoais, mas sim deverá formar a sua convicção de acordo com os elementos presentes nos autos".

55 A esse respeito, pode-se afirmar que a diferenciação entre os limites consistentes na igualdade de partes e na imparcialidade do juiz reside justamente na natureza dos fins aos quais se destina a atuação do julgador. No que diz respeito à igualdade de partes, pode o julgador desigualar os sujeitos parciais da relação jurídica processual, desde que de forma isonômica, dentro dos limites do ordenamento jurídico e sem a intenção deliberada de favorecer ou prejudicar, indevidamente, quaisquer deles. Ao revés, para que se identifique a parcialidade do juiz, como será indicado no próximo subitem, basta a existência do elemento volitivo do julgador no sentido de, indevidamente, privilegiar ou prejudicar uma determinada parte em detrimento da outra.

56 Conferir item 3.2., *supra*.

57 Em relação a tal afirmação, identifica-se posicionamento contrário por parte de Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 75, ao afirmar que "na hipótese de existir algum confronto entre princípios, há um compromisso maior dos magistrados com a verdade real do que com a isonomia". Entende-se, contudo, que pode se tratar de posicionamento isolado no contexto da obra, na medida em que, na sequência, referido autor afirma que "o juiz possui o poder-dever de buscar a melhor solução para a lide (…) nem que para isto signifique adotar determinada providência processual que, em tese, seria de responsabilidade de uma ou de outra parte" (*Ibidem*, p. 75).

virtude da incidência de outras garantias e valores processualmente atuantes[58].

Diz-se se tratar de limite genérico, na medida em que deverá nortear a atuação do julgador sempre que este vier a se valer da iniciativa probatória de ofício, independente da natureza específica da conjuntura processual que lhe seja apresentada, sendo, contudo, limite exclusivo do juiz, porquanto não é de observância obrigatória pelas partes.

4.2. IMPARCIALIDADE

A imparcialidade, por sua vez, diz respeito à garantia de julgamento por um órgão jurisdicional competente que atua com vistas a conferir prestação jurisdicional de qualidade, sem tender, deliberadamente, a privilegiar os interesses de qualquer dos jurisdicionados[59]. Nesse sentido, diz-se parcial o juiz que, pela adoção de comportamento comissivo ou omissivo[60], age com vistas a privilegiar uma ou outra parte, independente do fato de o favorecido merecer ou não a tutela jurisdicional[61].

Significa dizer que a parcialidade deverá ser aferida pelo elemento volitivo do julgador que, quando da iniciativa probatória de ofício, vier a exercer seu poder instrutório com o intuito de favorecer, deliberadamente, um dos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

Inegável se faz reconhecer, porém, que a determinação de provas de ofício tomada em consonância aos ditames do ordenamento jurídico pode gerar, em relação aos jurisdicionados, privilégio a uns em detrimento de outros. No entanto, referido privilégio

---

58 Nesse ponto, o caráter absoluto de tal limite não significa que ele não possa ser efetivamente infringido, mas que tal conduta será tida por desconforme ao ordenamento. É diante de tal possibilidade que se entende adequada a observação de Flávio Luiz Yarshell, In "*Breves considerações acerca...*", p. 202, no sentido de que "é muito difícil sustentar que a iniciativa probatória do magistrado não gere desigual tratamento às partes e que o exercício do poder de instrução não acabe se prestando a favorecer uma delas – a inerte – em desfavor de seu adversário".

59 Acerca da aferição da imparcialidade do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 117, afirma que "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, IC da CF/1988). Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes".

60 A omissão do juiz também é prejudicial aos escopos da jurisdição. Nesse contexto, vale a ressalva feita por Gustavo Gonçalves Gomes, In "*Juiz Participativo: meio democrático de condução do processo*", p. 77, quando afirma que "devemos ser cautelosos em não permitir que a atuação dos magistrados, com a bandeira de 'respeitar o princípio da imparcialidade', seja pautada por total falta de iniciativa na instrução probatória (…). Uma coisa, portanto, é o respeito ao princípio da imparcialidade. Outra é a atuação burocrática e pouco ousada de determinados juízes para a otimização do processo".

61 Nesse contexto, Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 15, afirma que "o julgador imparcial, atuante que observa os princípios e garantias constitucionais passa a ser também a chave para obtenção da entrega da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva".

deve advir da atuação isenta do julgador que, sem o intuito de favorecer uma determinada parte, utilizou a iniciativa probatória de ofício para esclarecer um fato que entendia necessário à formação de seu convencimento.

O que não se deve admitir é a atuação deliberada do julgador com o fito de favorecer qualquer das partes envolvidas, ainda que o resultado da prova determinada de ofício não a favoreça de fato. Em se verificando a existência de parcialidade, afirma-se que o órgão julgador não é *subjetivamente capaz*, de modo que haverá de ser reconhecida a falta de pressuposto processual necessário à validade do processo[62].

Sob a perspectiva da classificação adotada para os limites à iniciativa probatória de ofício, a imparcialidade se enquadra como limite implícito, absoluto, genérico e exclusivo do juiz.

Em que pese a importância que a imparcialidade do juiz representa para a relação jurídica processual, diz-se implícito tal limite, porque não há disposição específica determinando que o julgador deverá ser imparcial. Tal constatação advém do exame da sistemática processual, sendo certo que contribuem para a condensação do conteúdo jurídico da imparcialidade o artigo 95, incisos e § único, 5º, incisos XXXVII e LIV, todos da Constituição Federal, bem como o artigo 14, incisos II e IV e 134 a 138, todos do Código de Processo Civil.

Considera-se limite absoluto[63], tendo em vista que consubstancia dever que de observância obrigatória ao longo de toda relação jurídica processual, fazendo-se presente, outrossim, quando da iniciativa probatória de ofício, não sendo passível de mitigação em virtude da incidência de outros valores processualmente atuantes[64].

---

62 A esse respeito, tem-se que "a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*". (Ada Pelegrini Grinover, Antonio Carlos de Araujo Cintra e Candido Rangel Dinamarco. In *"Teoria Geral...*", p. 58).

63 Conferir item 3.2., *supra*.

64 A esse respeito, sob a perspectiva da ponderação de princípios e aplicação do critério da proporcionalidade, Artur Cesar de Souza, In "*A parcialidade positiva do juiz*", p. 59-65 tece considerações acerca da relativização da imparcialidade, quando da colisão entre ela e a igualdade de partes, no âmbito da relação jurídica processual. Nesse sentido, referido autor aduz que a atuação do juiz, no sentido de evitar a consubstanciação de desigualdades indevidas no processo representaria um aspecto da denominada "parcialidade positiva do juiz", hipótese de exceção à imparcialidade. Sob a perspectiva do presente estudo, porém, não se entende ser isso o que, de fato, ocorre. Defende-se a imparcialidade em seu caráter absoluto, porquanto, ao atuar para evitar a consubstanciação de uma desigualdade indevida, o julgador nada mais está a fazer do que agir de maneira imparcial. Isso inclusive é o que menciona José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 116. Dessa forma, entende-se possível conciliar a noção de parcialidade positiva com a de imparcialidade, tomando-se por certo que aquela, em verdade, representa uma faceta desta última, na qual o juiz, em vez de adotar postura omissiva, agirá para

Trata-se de limite genérico, na medida em que, assim como o que se dá em relação à igualdade de partes, sempre que se tratar de utilização do poder instrutório de determinar provas de ofício, a imparcialidade deverá estar presente, sob pena de prejuízo às partes e ao processo[65].

Por fim, é limite exclusivo do juiz, na medida em que somente ele deve obediência aos ditames da imparcialidade[66], sendo certo que as partes atuam na defesa de seus próprios interesses.

4.3. ADSTRIÇÃO AO OBJETO DE PROVA

Para que se examine a adstrição ao objeto da prova na condição de limite à iniciativa probatória de ofício, necessária se faz a retomada das concepções anteriormente abordadas no item 1.2. do Capítulo III, acerca da polêmica advinda da definição sobre o que seria o objeto da prova[67].

A esse respeito, pode-se afirmar que, independente da posição que se adote sobre o objeto de prova, fato é que somente poderá ser utilizada a iniciativa probatória de ofício em relação aos fatos ou alegações – a depender do posicionamento doutrinário ao qual venha a se filiar o magistrado[68] – cujo esclarecimento, além de ter sido insuficiente até o momento da utilização do poder instrutório, se faça necessário para a formação do convencimento do juiz.

Significa dizer que a adstrição ao objeto da prova representa limite à iniciativa probatória de ofício, porque esta não poderá se dar em relação a provas que não possuam,

---

restabelecer a igualdade de partes. A esse respeito, conferir o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, In "Reflexões sobre a imparcialidade do juiz", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: sétima série*", p. 29, relacionando a imparcialidade e a igualdade de partes.

65 Nesse sentido, exemplo crítico daquilo que se busca evidenciar no texto é expressado por Oreste Nestor de Souza Laspro, In "*A responsabilidade civil do juiz*", p. 236, ao afirmar ser inconcebível a hipótese na qual "o juiz, ao ter conhecimento dos fatos, forma sua convicção e a partir de então passa a conduzir o processo com o escopo de obter o resultado que preconcebeu, ou seja, em razão de sua plena convicção distorce a instrução probatória ou a aplicação do direito, caso em que deverá ser responsabilizado pelo erro judiciário".

66 A esse respeito, Oreste Nestor de Souza Laspro, In "*A responsabilidade civil do juiz*", p. 236, afirma ainda que "o julgador é obrigado a ter consciência inequívoca da forma como se exerce a atividade jurisdicional, não podendo ser absorvido por uma convicção formada antes da instrução e manipular o processo àquele fim, devendo ser considerada, portanto, dolosa essa ação".

67 Sobre o assunto, em síntese, pode-se afirmar que a divergência doutrinária diz respeito a identificar se o objeto da prova seriam os fatos mencionados em juízo ou se seriam as próprias alegações deduzidas pelas partes ao longo da relação jurídica processual.

68 Em atenção ao posicionamento adotado quando do enfrentamento do tema, reafirma-se que, em verdade, os fatos importantes ao julgamento da causa consistem no objeto da prova e não nas alegações deduzidas pelas partes. A esse respeito, conferir item 1.2. do Capítulo III.

em abstrato, aptidão para contribuir direta ou indiretamente para a demonstração de fatos que auxiliem no julgamento do processo[69].

Quanto à sua classificação, pode-se dizer que a adstrição ao objeto da prova é um limite implícito, absoluto, genérico e comum às partes e ao juiz.

Diz-se implícito, porque, em relação à iniciativa probatória de ofício, seu conteúdo jurídico advém da conjugação dos artigos 130, 131 e 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, bem como da cláusula geral do devido processo legal, na forma do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Considera-se absoluto[70], na medida em que não se perfaz adequada a iniciativa probatória de ofício determinada em relação a fatos que não favorecem direta ou indiretamente a formação do convencimento do juiz[71], não se sujeitando, assim, às inflexões derivadas de outros valores processualmente atuantes.

Trata-se de limite genérico, na medida em que deverá nortear a atuação do julgador sempre que este vier a se valer da iniciativa probatória de ofício, independente da natureza específica da conjuntura processual que a ele se apresente, sendo, por fim, limite comum às partes e ao juiz, porquanto a iniciativa probatória de todos deverá obedecer referido limite.

4.4. PRINCÍPIO DISPOSITIVO

A temática atinente ao princípio dispositivo é objeto de divergência doutrinária, sendo certo que o exame aprofundado dos diferentes posicionamentos acerca do tema não guarda relação direta com a temática da iniciativa probatória de ofício[72]. Assim, pode-se afirmar que, para os fins aos quais se presta o presente estudo, se perfaz suficiente a definição dos aspectos material e processual do princípio dispositivo, a saber.

Sob o viés material, tem-se que o princípio dispositivo diz respeito à faculdade que

69 Nesse aspecto, o posicionamento aqui adotado se assemelha ao de Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 74, quando afirma que um dos limites à utilização dos poderes instrutórios é o objeto do conhecimento do juiz, de modo que tal objeto "abarca todas as questões que lhe serão colocadas para apreciação, suscitadas pelas partes ou decorrentes de sua própria iniciativa".

70 Conferir item 3.2., *supra*.

71 Abordando o assunto de maneira mais específica, Eduardo Augusto Salomão Cambi, In "*A prova civil...*", p. 296, aborda o objeto de afirmando que "há, todavia, de ser feita uma pequena e às vezes insignificante distinção entre *thema probandum* e objeto da prova, designando a primeira expressão o conjunto de fatos que são necessários para servir de fundamento da decisão, e a segunda, ao fato particular que determinada prova tende a demonstrar". Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que o limite em exame se relaciona com ambas situações.

72 Para melhor compreensão acerca das diferentes concepções do princípio dispositivo, conferir o posicionamento Maria Elizabeth de Castro Lopes, In "*O juiz e o princípio dispositivo*", p. 91-108; José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 92-103; e Sidney da Silva Braga, In "*Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*", p. 104-117.

a parte tem de dispor de direitos disponíveis. A manifestação de tal princípio pode se dar fora do processo, por meio da renúncia a direitos disponíveis, bem como no bojo da relação jurídica processual, podendo a parte, nesse caso, renunciar expressamente ao direito, desistir do processo ou reconhecer juridicamente o pedido contra ela deduzido[73].

Sob a perspectiva processual, a manifestação do princípio dispositivo pode ser confundida, em um primeiro momento, com o princípio da inércia da jurisdição, trazido no artigo 2º do Código de Processo Civil. Sua projeção para o âmbito da relação jurídica processual já instaurada, por sua vez, se materializa na inércia do julgador em relação à prática de determinados atos processuais, dentre os quais se enquadraria a iniciativa probatória de ofício[74].

Dessa forma, divergências doutrinárias à parte, reputa-se correto afirmar que o princípio dispositivo, em seus aspectos material e processual, representa limite à iniciativa probatória de ofício. Em relação ao aspecto material, tem-se que a atuação da parte no sentido de renunciar ao direito, desistir do processo, transigir ou reconhecer juridicamente o pedido impede, em regra[75], que o julgador se utilize da iniciativa probatória de ofício.

Vale dizer, na condição de sujeito imparcial da relação jurídica processual, não cabe ao juiz, via de regra, deixar de conferir solução de continuidade ao feito quando não mais houver interesse da parte em seu prosseguimento, podendo-se afirmar, consequentemente, que é descabida a utilização de seu poder instrutório em tais situações[76].

Isso significa dizer que, em não havendo norma que vede a disposição do direito substancial, os atos praticados pela parte nesse sentido limitam a atuação do juiz, sendo genuínas manifestações do princípio dispositivo. Em tal situação, portanto, não poderá ser utilizada a iniciativa probatória de ofício[77].

A análise da situação sob o viés processual do princípio dispositivo demanda, no entanto, maior cautela, uma vez que, à luz da instrumentalidade do processo, não mais se

---

73 José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 101.

74 Sobre a rejeição da doutrina acerca do aspecto processual do princípio dispositivo, conferir José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes Instrutórios...*", p. 99.

75 Vale dizer, entende-se correto dizer que, em se verificando a ocorrência do previsto no artigo 129 do Código de Processo Civil, ainda que haja disposição do direito da parte, "*o julgador proferirá sentença que obste aos objetivos das partes*".

76 A esse respeito, Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional...*", p. 73, admite que, nos casos em que houver disposição do direito material, a atividade do julgador deverá se restringir à aferição dos requisitos formais para que o ato das partes produza seus regulares efeitos.

77 A exemplo do estabelecido por Sidnei Amendoeira Jr., *Op. Cit.*, p. 67, não se trata de levar em consideração a natureza disponível ou indisponível do direito. Nesse sentido, o posicionamento adotado é de que o ensejo à iniciativa probatória de ofício existe na medida em que, à vista do princípio dispositivo, não tenha havido renúncia, desistência, transação ou reconhecimento jurídico do pedido.

verifica adequada a adoção de posicionamento no sentido de que a iniciativa probatória caiba somente ou prioritariamente às partes.

A esse respeito, deve-se estabelecer como premissa que o princípio da cooperação processual não mais permite que a atuação do juiz na condução do processo e na prática de atos processuais seja tida por subsidiária à atuação das partes[78].

Partindo-se desse pressuposto, impende reconhecer que a dimensão processual do princípio dispositivo, à vista dos ditames da instrumentalidade do processo, tem seu conteúdo jurídico esvaziado, na medida em que, ainda que a parte não deseje a produção de determinada prova, se a conjuntura processual apresentada ao julgador lhe fizer entender por bem se utilizar da iniciativa probatória de ofício, ele deverá assim agir, cabendo à parte, caso queira, se utilizar dos meios processuais disponíveis para combater a determinação judicial[79].

Dessa forma, quanto à sua classificação, afirma-se que o princípio dispositivo representa limite explícito, relativo, genérico e comum às partes e ao juiz.

Diz-se explícito na medida em que há previsão expressa em relação às suas acepções substancial e processual. Sob a perspectiva substancial, tem-se que a disposição de direitos vem prevista no artigo 269, inciso V do Código de Processo Civil. Já no que tange ao aspecto processual do princípio, seu conteúdo é densificado pelos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil.

Considera-se se tratar de limite relativo na medida em que seu conteúdo jurídico é influenciado pelas garantias e valores processualmente atuantes, sendo possível afirmar que, ao contrário dos limites anteriormente mencionados, sua observância poderá deixar de ser obrigatória, a depender dos demais valores atuantes no processo.

Diz-se se tratar de limite genérico, na medida em que deverá nortear a atuação do julgador sempre que este vier a se valer da iniciativa probatória de ofício, independente da natureza específica da conjuntura processual que lhe seja apresentada, sendo, por fim,

---

78 Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 103, "ao contrário do sistema italiano, onde vige o denominado princípio *dispositivo atenuado*, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção da prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário – nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador – no Brasil, existe regra geral conferindo-lhe papel ativo na formação do conjunto probatório".

79 Nos dizeres de Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios...*", p. 283, "em relação ao conhecimento do objeto litigioso e atos de instrução necessários à efetiva entrega da tutela jurisdicional o juiz não fica adstrito à vontade dos litigantes. Isso porque na relação processual o interesse sempre será indisponível, porquanto sendo esta relação jurídica pública, caberá ao Estado-juiz realizar a concreta vontade da lei".

limite comum ao juiz e às partes, porquanto o conteúdo das limitações diz respeito à iniciativa probatória das partes e do juiz.

4.5. ÔNUS DA PROVA

No que tange ao ônus da prova, se faz necessária a retomada das concepções acerca da divisão dos encargos probatórios e da regra de julgamento, ambas objeto de estudo no item 1.4. do Capítulo III.

Assim sendo, em um primeiro momento, analisando-se a perspectiva subjetiva do ônus da prova, este pode ser entendido como um limite à iniciativa probatória de ofício, na medida em que, ao determinar a produção de provas, o julgador deverá se ater, na medida do possível, ao previsto no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil[80]. Essa limitação, portanto, torna necessário que a iniciativa probatória do juiz leve em consideração a natureza dos fatos que serão objeto de demonstração para que seja determinado o sujeito processual ao qual se destinará o comando judicial.

Em termos específicos, pode-se dizer que a limitação imposta pelo aspecto subjetivo do ônus da prova torna recomendável que o julgador, de ofício, determine ao autor a produção de provas relacionadas a fatos constitutivos de seu direito, bem como ao réu a produção de provas que digam respeito a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor[81].

Com isso, além de se evitar que seja determinada às partes a realização de atividade probatória contrária a seus interesses, também se potencializa o resultado útil a ser

---

80 No mesmo sentido, mas sem realizar a classificação do ônus da prova como sendo limite relativo à iniciativa probatória de ofício, Flávio Luiz Yarshell, In "*Breves considerações acerca...*", p. 200, esclarece que "tendo em mira apenas os poderes de instrução abrangentes da determinação e da produção da prova, a primeira – e talvez mais relevante – abordagem do tema se faz no confronto com os ônus das partes: quanto maior a ênfase para o encargo, menor para o poder; e vice-versa".

81 Em sentido contrário, Tricia Navarro Xavier Cabral, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 110-114, tece considerações no sentido de que o ônus da prova não limita a iniciativa probatória de ofício, concluindo seu raciocínio de modo a afirmar que "o ônus subjetivo da prova também não atende à conjugação dos critérios objetivos destinados a encontrar a restrição da atividade oficial. Inicialmente porque, ainda que considerado, relaciona-se com os aspectos psicológicos da parte, e não com o campo probatório, ocorrendo em momento anterior à iniciativa probatória de ofício". Todavia, entende-se que tal raciocínio não se aplica à perspectiva adotada para o presente estudo. Isso porque, em verdade, conforme indicado no item 1.4. do Capítulo III, o caráter lógico da regra do ônus da prova faz com que ele exista, em abstrato, servindo de norte para a atuação das partes e do juiz. Nesse sentido, entende-se equivocado afirmar que o ônus da prova, em sentido subjetivo, relaciona-se a momento anterior à iniciativa probatória de ofício. É que o ônus da prova, em sentido subjetivo, se faz presente ao longo de todo o processo, norteando a conduta das partes e do juiz. Em relação a este último aspecto, inclusive, em situações nas quais seja possível a observação da regra abstrata do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, deverá o julgador se utilizar de sua iniciativa probatória em conformidade a tais ditames, a fim de que não se cause prejuízo às partes, nem ao processo.

alcançado pela iniciativa probatória de ofício, na medida em que cada qual deverá proceder, em regra, à demonstração daquilo que for favorável às suas pretensões[82].

Em relação ao aspecto objetivo do ônus da prova, a utilização deste como regra de julgamento também representa limite à iniciativa probatória de ofício. Isso se dá nas hipóteses em que, esgotadas as diligências que poderiam ser determinadas para o esclarecimento dos fatos, a regra de julgamento baseada no ônus da prova impõe ao juiz que decida com base naquilo que foi possível obter no processo, sem mais utilizar a iniciativa probatória de ofício[83].

Com isso, inclusive, privilegia-se a razoável duração do processo[84], na medida em que se confere ao julgador mecanismo destinado a por termo ao processo, julgando o mérito de acordo com aquilo que foi possível ao juiz conhecer, no bojo do processo.

Quanto à sua classificação, pode-se afirmar que o ônus da prova é limite explícito legal, relativo, exclusivo do juiz, sendo certo que, sob seu aspecto subjetivo é genérico e sob o aspecto objetivo é específico.

Diz-se explícito e legal porque vem disciplinado na forma do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

Considera-se se tratar de limite relativo, porque poderá, a depender da natureza do direito substancial e das conjunturas processuais com as quais o julgador vier a se deparar, ter seu conteúdo jurídico não observado, tendo em vista a insuficiência da regra geral do ônus da prova, nos termos do quanto observado nos itens 1.4. e 1.5. do Capítulo III[85-86].

Quanto à especificidade, o ônus da prova em sentido subjetivo pode ser classificado como genérico, em virtude da necessidade de observância e compatibilização, na medida do possível, entre a iniciativa probatória de ofício e a regra abstratamente prevista no artigo 333 e incisos do CPC, a qual determina, *a priori*, a qual das partes incumbe o ônus de

---

82 No entanto, como será demonstrado na sequência, o aspecto subjetivo do ônus da prova poderá deixar de ser obedecido em determinadas situações.

83 Trata-se aqui, portanto, da conjugação das noções afeitas às limitações impostas à persecução da verdade e dos critérios aplicáveis à iniciativa probatória de ofício, tendo sido tais temas abordados, respectivamente, no subitem 3.3.1. do Capítulo II e no subitem 3.3. e seguintes do Capítulo IV.

84 Conferir item 4.8., *infra*.

85 Afirma-se, com isso, que em, determinadas situações, haverá a possibilidade de determinação, por parte do juiz, no sentido de que os sujeitos parciais da relação jurídica processual procedam à produção de provas que não guardam relação específica com os fatos objetos de suas próprias alegações ou, ainda, que não se enquadrem nas classes de fatos indicadas nos incisos do artigo 333 do Código de Processo Civil.

86 Nesse contexto, há acentuada relativização de tal limite. Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell, In "*Breves considerações...*", p. 200, afirma que "visto o tema do ônus da prova sob o ângulo subjetivo (e não apenas como regra de julgamento e, portanto, sob o prisma objetivo), a determinação oficial exclui a atuação – e, portanto, o ônus – da parte".

provar determinados fatos. No entanto, sob o aspecto objetivo, o ônus da prova pode ser classificado como específico, porque, na condição de regra de julgamento, somente limitará o juiz quando este se deparar com uma situação de perplexidade em relação aos fatos alegados, sem que seja possível, à luz dos ditames do ordenamento jurídico, a determinação de outras diligências[87].

Por fim, trata-se de limite exclusivo do juiz, porquanto as partes, desde que atendidos os requisitos para integração da prova ao processo, podem produzir provas que não guardam relação necessária com a divisão de encargos prevista no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

4.6. REVELIA

O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 319 que "*se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*", prevendo, mais adiante, no artigo 330, inciso II, que, em referida situação, "*o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença*".

Em um primeiro momento, a análise perfunctória dos dispositivos acima transcritos sinaliza para a existência de hipótese na qual não se faz possível a utilização da iniciativa probatória do juiz. Isso porque, em ocorrendo a revelia e seus efeitos, não se faria necessária a prova dos fatos alegados pelo autor, porquanto estes seriam presumidamente tidos por verdadeiros, a teor do disposto na parte final do artigo 319 do CPC. Desse modo, uma vez que o *caput* do artigo 330 do CPC determina ao julgador que profira sentença diante de tal situação, a conclusão inexorável seria a procedência dos pedidos deduzidos pelo autor e a condenação do réu, sem que houvesse margem para a utilização do poder instrutório do juiz.

No entanto, não é isso que ocorre. Em verdade, além de haver exceções legais[88] à regra prevista no artigo 319 do CPC, nem sempre a ausência de contestação por parte do réu gerará a procedência dos pedidos do autor.

A esse ponto, retomando-se as considerações tecidas ao longo do Capítulo II e do item 3.3.2. do Capítulo III do presente estudo, pode-se afirmar que os fatos alegados pelo

---

87 Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell, *Op. Cit.*, p. 200, afirma que "se, depois e apesar da prova determinada por iniciativa das partes e daquela eventualmente ordenada de ofício, subsistir a obscuridade, isso – porque somente relacionado com o aspecto objetivo do ônus da prova – não infirma a relação assim estabelecida, fundada no aspecto subjetivo do citado encargo".

88 Tais exceções se encontram previstas nos incisos do artigo 320, incisos I, II e III do CPC.

autor somente poderão ser tidos por verdadeiros caso estes estejam aptos a gerar, no julgador, o convencimento necessário para que decida pela procedência dos pedidos deduzidos.

Vale dizer, afirmar que a norma extraída da conjugação dos artigos 319 e 330, inciso II do Código de Processo Civil é suficiente, por si só, para que se conceda tutela jurisdicional, sem que seja necessária a observância dos valores e garantias que atuam durante o processo, seria legitimar a decisão judicial pelo argumento do poder[89], contrariando todos os ditames relacionados à persecução da verdade como elemento legitimador da prestação jurisdicional.

Transportando-se tais considerações para o âmbito dos limites à iniciativa probatória de ofício, entende-se que a revelia se apresentará na condição de limite somente[90] quando, verificadas as hipóteses legais para que produza seus regulares efeitos, os fatos alegados pelo autor na inicial se encontrarem qualificados por provas que possibilitem ao juiz a formação do convencimento necessário para julgar procedentes os pedidos deduzidos pelo autor[91].

Caso contrário, uma vez ausente a verossimilhança do alegado, os efeitos da revelia, na condição de limites à iniciativa probatória de ofício, poderão ser relativizados por comando judicial[92] que determine a produção das provas necessárias à formação do convencimento do julgador, haja vista, inclusive, a inexistência de vedação legal para tanto.

Quanto à classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, a revelia se

---

89 A respeito do tema, conferir item 2.1. do Capítulo II do estudo.

90 Em que pese o caráter excepcional conferido ao limite em comento, o posicionamento de Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 87, se dá no sentido de que, em não sendo apresentada tempestivamente a contestação, a parte inerte "terá contra si a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor, não sendo permitida ao juiz, neste caso, a determinação de produção de provas de ofício para contrariar a presunção, sob pena de violação da regra do art. 319".

91 No sentido do texto, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 161-162, afirma que "tem-se entendido que nada obsta determine o juiz, mediante decisão fundamentada, a produção de provas se, apesar da revelia, os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis", posicionando-se no mesmo sentido do texto ao afirmar que "excetuada essa hipótese, é inadmissível a determinação oficial para que o autor demonstre a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito, verossímeis e incontroversos".

92 Insta salientar que a aferição prática acerca da ausência de verossimilhança é tarefa de difícil cumprimento, uma vez que se faz necessário verificar o motivo pelo qual o julgador deixou de proferir sentença e determinou a produção de provas. Nesse contexto, somente se entende por correta a iniciativa probatória nas situações em que o julgador não tenha se convencido da procedência do pedido em virtude da insuficiência das provas apresentadas pelo autor. Vale dizer, a justificativa da utilização de referido poder instrutório calcada em outros motivos, poderia representar, em última instância, violação ao tratamento isonômico e à imparcialidade do julgador.

enquadra como limite explícito legal, relativo, específico e comum às partes e ao juiz. Diz-se explícito legal na medida em que encontra previsão expressa na forma dos artigos 319 e 330, inciso II do Código de Processo Civil.

Considera-se relativo, porque, em não sendo verossimilhantes as alegações sobre os fatos que fundam a pretensão do autor, poderá ser adotada a iniciativa probatória de ofício, a fim de privilegiar garantias, valores processualmente atuantes e o fornecimento da tutela jurisdicional a quem dela demonstrar ser merecedor[93].

Trata-se de limite específico, porque somente se impõe nas situações em que o julgador se deparar com conjunturas processuais ensejadoras da aplicação dos efeitos da revelia, sendo, contudo, comum ao juiz e às partes, na medida em que os efeitos da revelia limitam a iniciativa probatória de todos os sujeitos da relação jurídica processual.

4.7. RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO PARA AS PARTES

O enquadramento do resultado útil do processo como limite à iniciativa probatória de ofício se relaciona com a identificação das pretensões jurídicas deduzidas em juízo pelas partes, bem como com as noções afeitas à efetividade e à instrumentalidade do processo. Dessa forma, renovam-se as considerações realizadas no subitem 1.3.1. do Capítulo I e no item 2 do Capítulo IV.

Em termos específicos, o resultado útil do processo para as partes deve ser aferido em função das pretensões deduzidas pelos sujeitos parciais da relação jurídica processual, sendo considerada, também, sob a perspectiva do julgador, a qualidade e a efetividade da tutela a ser prestada aos jurisdicionados[94].

Nesse sentido, afirmar que o resultado útil do processo às partes deve ser entendido como limite à iniciativa probatória de ofício significa dizer que o julgador, quando da utilização de referido poder instrutório, deverá levar em conta elementos que vão além das conjunturas processuais com as quais esteja se deparando naquele momento, avaliando, outrossim, em que medida o custo da produção da prova[95] será adequado ao proveito que o

93 Em sentido favorável à iniciativa probatória de ofício nos casos mencionados no texto, conferir Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 68.

94 Trata-se, mais uma vez, de serem adotadas as concepções advindas da instrumentalidade do processo. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 351-352, afirma que "propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (universalidade da jurisdição), indicam-se caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas".

95 Atento a tal perspectiva, Antonio Carlos Marcato, In "Algumas considerações sobre a crise da justiça",

destinatário da tutela jurisdicional poderá dela extrair[96].

O resultado de referido juízo, se favorável à iniciativa probatória, permitirá a adoção da medida, mas, se negativo à utilização de referido poder instrutório, sinalizará para a impossibilidade de atuação do julgador. A título exemplificativo, tomando de empréstimo algumas noções previamente estabelecidas em relação ao ônus da prova, à vista do quanto estabelecido no artigo 19, §2º do Código de Processo Civil, pode-se dizer que a análise do resultado útil do processo para o autor será o critério que atuará como limite à iniciativa probatória de ofício quando as despesas[97] que decorrerem da produção da prova vierem a sobrepujar o proveito econômico[98] que a parte poderá obter caso seus pedidos sejam julgados procedentes[99].

Demais disso, além das implicações que advém do custo de produção das provas, pode-se mencionar também que a natureza do direito substancial subjacente à relação jurídica material cuja crise ensejou a demanda deve ser considerada quando da análise da iniciativa probatória de ofício em função do resultado útil do processo para as partes[100].

texto contido na obra organizada por Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell, "*40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*", p. 25, afirma que os doutrinadores "analisam os 'danos marginais' resultantes da duração e encargos processuais sem atentarem para consequências de outras ordens – como, por exemplo, os *custos variáveis* do processo, entre eles, por exemplo, os relativos à assistência técnica a ser dispensada às partes" (grifo do autor).

96 Trata-se, em síntese, do resgate das noções abordadas no item 2.2.2. do Capítulo IV.

97 Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições do juiz*", p. 82, cita hipótese na qual "pode o juiz determinar que se produza, a expensas do autor (art. 33 do CPC), uma prova pericial, a qual ambas as partes não estão dispostas e sejam expressamente contrárias, seja em razão do seu custo, do desgaste e exposição pessoal que produzirá ou por causa do tempo que demandará".

98 Torna-se oportuno o momento para a realização de um paralelo entre o tema abordado no texto e a noção de valor abordada por Richard A. Posner, In "*A economia da justiça*", p. 73, quando afirma que "a coisa mais importante que devemos ter em mente sobre o conceito de valor é que este se funda naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não na felicidade que extrairão de sua aquisição. É claro que valor está relacionado a felicidade: uma pessoa não compraria uma mercadoria se não obtivesse com esta mais felicidade, no sentido utilitarista mais abrangente, do que obteria com outras mercadorias ou serviços (incluindo-se o ócio) dos quais teria de abrir mão para tê-la. Mas, enquanto valor implica necessariamente utilidade, esta não implica necessariamente valor. O indivíduo que gostaria muito de ter uma determinada mercadoria, mas não está disposto a pagar por ela ou é incapaz de fazê-lo (talvez por ser pobre), não a valoriza no sentido em que estou usando o termo 'valor'". É isso que ocorre com o limite em apreço: o juiz deverá deixar de utilizar a iniciativa probatória de ofício quando for possível identificar que, em função do resultado útil do processo para as partes, a prova se torna inviável.

99 A esse respeito, apesar do caráter genérico conferido à previsão legal contida no artigo 19, §2º do CPC, entende-se necessário o estabelecimento de parâmetros específicos que, em determinadas situações processuais, transfiram os encargos financeiros da iniciativa probatória de ofício para a parte que alegou determinado fato e não procedeu à sua devida comprovação. Dessa forma, evita-se que, em uma situação na qual o réu alegou determinado fato e não requereu produção de prova a seu respeito, seja atribuído ao autor o encargo financeiro derivado da produção da prova não requerida anteriormente pelo réu.

100 Nesse sentido, Samuel Meira Brasil Junior, In "*Justiça, direito e processo...*", p. 40, afirma que "um processo civil de resultados demanda uma verdadeira interdependência do binômio direito-processo, com o sacrifício, por vezes, de regras e dogmas processuais para que se resguarde o direito material. E o princípio do resultado justo amplia ainda mais a relação entre direito e processo, para admitir uma integração entre justiça e processo, permitindo flexibilizar não apenas o direito processual, mas o próprio

Cuida-se, aqui, das situações em que a natureza do direito substancial demanda tutela jurisdicional cuja efetividade pode ser prejudicada por eventual demora na produção da prova. Nessa situação, vale dizer, trata-se de hipótese na qual a incidência concomitante dos valores representados pela persecução da verdade e pela efetividade da tutela jurisdicional deverão ser sopesados à luz do direito substancial envolvido[101].

É nesse sentido que se entende por correto afirmar que, apesar de a iniciativa probatória de ofício ser instrumento da jurisdição que se presta à consecução dos escopos da jurisdição, não pode ela ser analisada de maneira dissociada da influência que a demora na produção da prova poderá surtir em relação à efetividade do processo[102].

Quanto à classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, o resultado útil do processo para as partes é um limite implícito, relativo, genérico e exclusivo do juiz. Diz-se implícito, porque seus contornos advém da análise conjugada do artigo 5º, *caput* e incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII da Constituição Federal e dos artigos 14, incisos IV e V, 19, §2º, 130, 131 e 133, inciso II do Código de Processo Civil.

Considera-se se tratar de limite relativo, porque, em situações excepcionais, a depender da natureza do direito substancial subjacente à relação jurídica e dos demais valores atuantes no processo, a iniciativa probatória de ofício poderá ser determinada, ainda que haja riscos ao resultado útil do processo para as partes[103].

Diz-se se tratar de limite genérico, na medida em que deverá nortear a atuação do julgador sempre que este vier a se valer da iniciativa probatória de ofício, independente da natureza específica da conjuntura processual que lhe seja apresentada, sendo, ainda, limite

---

direito material".

101 Em referidas situações, é inegável que o resultado útil do processo atua como limite à iniciativa probatória de ofício. O que se deve avaliar, no entanto, é a possibilidade de relativização desse limite, levando-se em consideração a natureza do direito substancial envolvido e o grau de perplexidade do julgador diante das provas já produzidas em juízo.

102 Em especial, no que tange ao resultado útil do processo, a problemática que envolve os custos advindos do processo estatal tem suas feições atuais delineadas por Antonio Carlos Marcato, In "*Algumas considerações sobre...*", p. 25-28.

103 Ressalte-se que se trata de situação excepcional e que, em regra, o resultado útil do processo para as partes deverá ser tido por limite que, de ordinário, se aplica à iniciativa probatória de ofício. Não se trata de afirmar, porém, que a iniciativa probatória de ofício seja mais cara ao processo do que seus próprios resultados. Isso porque a situação objeto de exame, a rigor, representa a contraposição entre os interesses da parte, consubstanciada na forma da preservação do resultado útil do processo na perspectiva delas, e, de outra ponta, a consecução do escopo jurídico da jurisdição que exige, no caso, a iniciativa probatória de ofício, em situações nas quais não seja possível ao julgador sair do estado de perplexidade acerca das pretensões deduzidas em juízo. Vale dizer, em referidas situações, o juiz pode, ainda, utilizando-se da gama de poderes que lhe é conferida, determinar a adoção de medidas que preservem o resultado útil do processo para as partes.

exclusivo do juiz[104], porquanto o resultado útil do processo a ambas as partes somente limita a atuação do julgador, não consubstanciando, contudo, restrição à iniciativa das partes.

4.8. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Prosseguindo-se na indicação dos limites à iniciativa probatória de ofício, tem-se que a razoável duração do processo se relaciona, em certa medida, com o resultado útil do processo para as partes[105], sendo certo que a compatibilização de valores como a efetividade e a celeridade se faz necessária quando da avaliação acerca da tomada da iniciativa probatória de ofício[106].

Inicialmente, salienta-se que referido limite se utiliza de conceito juridicamente indeterminado, consubstanciado pelo adjetivo *razoável*. Nesse sentido, a noção de razoabilidade retira a possibilidade de se aferir objetivamente o tempo dentro do qual deverá o processo se findar, porquanto aquilo que é razoável para um julgador pode não ser para outro[107].

Partindo-se dessa premissa, a condensação do conteúdo jurídico da razoável duração do processo[108] depende das individualidades de cada relação jurídica processual iniciada, devendo ser levado em conta, também, o direito substancial com o qual se relacionam as pretensões deduzidas em juízo[109].

---

104 Aplicável à espécie a observação realizada por Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios do juiz...*", p. 100, quando afirma que "na medida em que cada uma das partes pretende normalmente sair vitoriosa, pouco lhe valendo contentar-se com a justiça da decisão, e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar a conclusão do pleito, ao juiz cabe atuar imparcialmente para que o processo tenha marcha regular, de sorte que venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade".

105 Tratando de ambos os temas, sob a perspectiva da aferição da qualidade do sistema judiciário, Mariano Sciacca, In "Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacita orgaizzativa del giudice", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 3*, 2007, p. 645, afirma que "la qualità del sistema giudiziario nel suo complesso si misura almeno su tre componenti principali: l'adeguatezza ad emettere decisioni imparziali e conformi alla prescrizioni di diritto sostanziale; l'essere poco costoso sia in termini di impegno di risorse per lo Stato che per il cittadino stesso; l'essere tempestivo".

106 A duração razoável do processo vem prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, tendo sido adicionada ao texto pela Emenda Constitucional nº. 45/04.

107 É nesse sentido que, mais uma vez, retomam-se as considerações tecidas no item 2.3. do Capítulo I.

108 Sobre o assunto, Luigi Paolo Comoglio, In "La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela", texto contido na *Rivista di Diritto Processuale 3*, 2007, p. 602-603, afirma que a razoável duração do processo "si tratta, dunque, di una componente primaria del c.d. *diritto al processo* o del *diritto alla tutela giurisdizionale*, da inserirsi – aggiungo io – nel novero dei *diritti inviolabili dell'uomo*" (grifos do autor).

109 No intuito de definir os contornos do que se poderia entender por *razoável*, em relação à duração do processo, Nelson Nery Jr., In "*Princípios do processo na Constituição Federal*", p. 330, estabelece alguns requisitos, como "a) natureza do processo e complexidade da causa; b) comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas

Trata-se da mesma problemática abordada quando da avaliação do resultado útil do processo para as partes, qual seja, a necessidade de se proceder ao sopesamento, em abstrato, das consequências que a iniciativa probatória do juiz poderá gerar no que diz respeito ao desnecessário prolongamento do processo[110]. Nesse sentido, deve-se avaliar se o prolongamento temporal do processo, decorrente da utilização dos poderes do juiz, colocará em risco a efetividade do provimento jurisdicional de maneira a fazer com que a razoável duração do processo exerça papel de maior relevância em relação à persecução da verdade em juízo.

Em síntese, pode-se afirmar que, tal qual acontece em relação ao resultado útil do processo para as partes, a iniciativa probatória de ofício não poderá ser utilizada de maneira que impeça o processo de se desenrolar dentro de um período razoável de tempo[111].

É nesse diapasão que ganha importância o sistema de preclusões estabelecido no Código de Processo Civil. Vale dizer, em âmbito probatório, a preclusão incide de maneira acentuada sobre a atuação das partes, sendo certo que a inércia destas importa, em princípio, impossibilidade de ulterior produção de uma prova[112] sobre a qual a parte não deduziu requerimento no momento oportuno.

Por outro lado, não se pode afirmar que a preclusão represente um limite à atuação do julgador. Isso porque a iniciativa probatória de ofício não fica sujeita à preclusão processual aplicável às partes, uma vez que não advém da iniciativa probatória destas, mas do juiz. Nesse sentido, a inexistência de vedação legal para a atuação do julgador, independente de ter ocorrido ou não a preclusão para as partes, lhe confere um poder que somente deverá ser utilizado se não implicar esvaziamento da finalidade à qual se presta o sistema de preclusões[113].

---

competentes; d) fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa".

110 Na perspectiva da instrumentalidade, Cândido Rangel Dinamarco, In "*A instrumentalidade...*", p. 356, afirma que "toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem, finalmente, tem sua eficácia perenemente ameaçada pelo *passar do tempo*, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo".

111 Para Nelson Nery Jr., In "*Princípios do processo na Constituição Federal*", p. 330, pode-se afirmar que "a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc.".

112 Conferir os artigos 183 e 473 do Código de Processo Civil.

113 Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 164, afirma que "a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes probatórios do juiz. Inexiste aqui regra que legitime solução diversa.

Isso significa dizer que, ainda que a preclusão não seja aplicável à iniciativa probatória de ofício, a razoável duração do processo é privilegiada pelo sistema de preclusões, de modo que, em tendo a parte perdido o direito de produzir determinada prova, o juiz deverá reservar a utilização de seu poder instrutório somente para as situações em que isto não represente atraso desnecessário à marcha processual.

Dessa feita, pode-se afirmar que a razoável duração do processo representa um limite à iniciativa probatória de ofício, não sendo possível, contudo, extrair dela parâmetros universais para a atuação do julgador, devendo ser avaliada em função da conjuntura processual com a qual o julgador vier a se deparar e do direito substancial cuja satisfação é buscada pelo jurisdicionado[114].

Quanto à classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, pode-se afirmar que a razoável duração do processo consiste em limite explícito constitucional, relativo, genérico e comum ao juiz e às partes.

Diz-se consistir em limite explícito constitucional na medida em que ela é extraída do artigo 5º, inciso LXXVIII.

Considera-se limite relativo, porque, em se tratando de situações nas quais não haja prejuízo excessivo ou injustificável à marcha processual e sejam obedecidos os critérios necessários à utilização da iniciativa probatória de ofício, a celeridade da tramitação do feito pode ser mitigada, a fim de que sejam produzidas as provas determinadas de ofício pelo juiz.

Trata-se de limite genérico, na medida em que deverá nortear a atuação do julgador sempre que este vier a se valer da iniciativa probatória de ofício, independente da natureza específica da conjuntura processual que lhe seja apresentada, sendo, contudo, limite comum ao juiz e às partes, porquanto, quando de sua iniciativa probatória, não poderão quaisquer dos sujeitos da relação jurídica processual atuar de modo a vulnerar a razoável duração do processo.

Nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, ela parte, da faculdade de produzir determinada prova".

114 Trata-se, assim, de atuar da melhor maneira possível, de modo a, conforme preconiza José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e Processo*", p. 72-73, "conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão: a de instrumento voltado para fora de seu próprio sistema, pois tem o escopo imediato de conferir eficácia a outro direito – o material (escopo jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos e mediatos, que se confundem com os objetivos das demais funções do Estado (escopos social e político)".

5. RELATIVIZAÇÃO E DESOBEDIÊNCIA AOS LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Partindo-se das considerações tecidas ao longo do presente capítulo, torna-se possível chegar a algumas importantes conclusões acerca da iniciativa probatória de ofício e seus respectivos limites. Inicialmente, pode-se afirmar que a indicação dos limites em espécie não afasta a necessidade de observação dos critérios anteriormente indicados para a determinação de produção de provas pelo juiz[115].

Dessa forma, para que a utilização de referido poder instrutório se dê em conformidade aos ditames do ordenamento jurídico, a atuação do julgador não poderá contrariar os fundamentos do ativismo judicial, os critérios da iniciativa probatória de ofício e seus respectivos limites.

No entanto, deve-se reconhecer que a identificação abstrata de tais requisitos não impede que, em certas situações, a aferição da adequação da conduta do juiz seja tarefa de acentuada complexidade. Isso porque, a depender da conjuntura processual na qual houve a utilização do poder instrutório, examinar a conformidade da iniciativa do juiz aos ditames do ordenamento exige análise acerca da interação entre as diretrizes da instrumentalidade do processo, os motivos que deram ensejo à atuação do julgador e os valores atuantes naquela relação jurídica[116].

Dessa feita, faz-se necessário retirar, da análise a ser realizada no presente tópico, o exame da casuística que envolve as situações nas quais não é possível identificar, de maneira suficientemente clara, os limites aplicáveis ao julgador quando da utilização dos poderes instrutórios. Assim, em termos gerais e à luz dos limites especificados anteriormente, trata-se de examinar em que medida é possível a relativização dessas restrições e quais as consequências nocivas ao processo advindas de sua infringência.

Iniciando-se o enfrentamento do tema a partir da classificação em função do grau de observância dos limites à persecução da verdade, tem-se que a igualdade de partes, a imparcialidade e a adstrição ao objeto da prova não podem ser relativizados ou negligenciados quando da atuação do julgador[117].

115 Conferir item 3 e subitens do Capítulo IV.

116 Diante disso, não se faz possível examinar todos os casos concretos passíveis de incidência dos limites à iniciativa probatória de ofício, razão pela qual se procedeu à tentativa de sistematização de tais limitações.

117 Em sentido aparentemente contrário, Artur César de Souza, In "*A parcialidade positiva do juiz*", p. 60, ao abordar a imparcialidade, afirma que "nenhum princípio ou direito fundamental constitucional apresenta caráter absoluto (…)". Em que pese a aparente divergência, entende-se superada a discussão quando referido autor afirma que o fato de preceder outros valores "não significa nenhum caráter absoluto do princípio da imparcialidade, mas, sim, que não existem razões jurídico-constitucionais essenciais que

Quanto à igualdade de partes, o desrespeito a tal limite gera a desigualdade indevida entre os sujeitos parciais da relação jurídica processual, prejudicando, indiretamente, a consecução do escopo social da jurisdição, na medida em que, ainda que a iniciativa probatória de ofício tenha contribuído para a correta aplicação da norma à espécie, o exercício da jurisdição terá sido realizado mediante infringência a uma garantia das partes[118].

Em outros dizeres, ainda que a decisão judicial seja tecnicamente acertada, a consequência da não observância do limite em apreço será a existência de óbice à consecução dos aspectos do escopo social da jurisdição, em virtude da má utilização do poder instrutório juiz[119].

A exemplo do que ocorre com a igualdade de partes, a desobediência à garantia da imparcialidade do julgador também traz prejuízo à consecução dos escopos da jurisdição. Além de consistir em pressuposto processual de validade do processo, a imparcialidade do juiz representa uma garantia do jurisdicionado, não podendo ser vulnerada, sob pena de invalidação dos atos praticados pelo juiz na relação jurídica processual[120].

A bem da verdade, não há que se falar nem em relativização[121] da obediência a tal limite à iniciativa probatória do juiz, na medida em que a prática de qualquer ato do juiz com prejuízo à sua imparcialidade representa presumidamente a ocorrência de prejuízo às partes e ao processo[122].

possam fazer prevalecer a aplicação de outros princípios. *Porém, essa tese, em certas condições, vale igualmente para outros princípios*" (*Ibidem*, p. 63, grifo nosso). Dessa forma, à vista da ausência de maior utilidade no alongamento da discussão, entende-se que o conteúdo do texto se amolda ao posicionamento anteriormente reproduzido, na medida em que, no âmbito da iniciativa probatória de ofício, não são encontradas razões jurídicas idôneas ao prevalecimento de outros valores em detrimento da imparcialidade, igualdade de partes e adstrição ao objeto da prova.

118 Tratando da igualdade de partes, Daniel Penteado de Castro, In "*Poderes instrutórios...*", p. 245, se manifesta no sentido de que "se a parte deixa de requerer determinada prova, por carecer-lhe capacidade técnica suficiente para reconhecer que aquele meio de prova eventualmente lhe beneficiaria, não soa razoável que o juiz, por essa exclusiva razão, se obrigue a determinar a produção daquela prova".

119 Partindo-se do pressuposto que a infringência à igualdade de partes deriva do mau uso da técnica consubstanciada na forma da iniciativa probatória de ofício, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 111, afirma que é "imprescindível que o juiz participe ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia, em seu aspecto substancial, não sendo mais admissível a figura do juiz espectador".

120 Em contrapartida, a determinação de ofício no sentido de que fosse produzida uma prova, nas hipóteses em que isso não viesse a implicar vulneração ao princípio da imparcialidade, no entendimento de Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz e tutela jurisdicional...*", p. 70, não trataria da "proteção de quaisquer das partes, mas da proteção do próprio escopo do processo".

121 Conforme ressaltado anteriormente, a parcialidade positiva do juiz não consiste em relativização do limite da imparcialidade, mas em um aspecto de sua aplicação. A esse respeito, conferir item 4.2., *supra*.

122 Vale dizer, na melhor das hipóteses, ter-se-á deixado de observar o escopo social consistente na pacificação social com justiça, na medida em que não se pode tomar por justa a atuação de julgador que, quando da iniciativa probatória de ofício, utiliza a produção de provas com o intuito de favorecer uma

Não obstante tal constatação, em termos específicos, deve-se ressaltar que é muito tênue a linha existente entre a parcialidade do julgador e sua atuação dolosa, sendo certo que, caso verificada esta última hipótese, haverá também que se proceder à responsabilização civil do magistrado[123].

No que tange à adstrição ao objeto da prova, também se afirma que se trata de limite que não admite relativização, na medida em que, à luz da sistemática processual, não se perfaz adequada a atuação judicial dissociada da consecução dos fins aos quais se presta o processo. Nesse sentido, uma vez deduzidas as pretensões e delimitado o objeto do processo, a prova deve se restringir àquilo que é necessário para a formação do convencimento do julgador, não podendo a iniciativa probatória de ofício dizer respeito a fatos que direta ou indiretamente não contribuam, em tese[124], para o julgamento do mérito[125].

As consequências advindas da infringência a tal limite se expressa na forma da desnecessária imposição de custos às partes, bem como no desnecessário prolongamento do processo, o que, em última instância, pode gerar a inefetividade do provimento jurisdicional[126].

Passando-se à análise do princípio dispositivo, sua classificação como sendo um limite relativo sinaliza para a existência de situações nas quais a iniciativa probatória de ofício não ficará adstrita aos rumos que as partes pretendam conferir à instrução processual. No entanto, há hipóteses nas quais, em que pese o caráter relativo de referido princípio, a utilização do poder instrutório do julgador em desatenção ao conteúdo jurídico de tal limite gerará consequências nocivas ao processo.

Sob o aspecto material do preceito, pode-se afirmar que a iniciativa probatória de

---

determinada parte ou, ao contrário, deixa de determinar que seja produzida alguma prova para que não seja prejudicada a parte que pretende favorecer.

123 Conferir o artigo 133 do Código de Processo Civil.

124 Frise-se que o limite deve ser aferido em abstrato, ou seja, antes de ser produzida a prova determinada de ofício. Isso porque, sob a perspectiva do objeto do estudo, a limitação imposta ao juiz se aplica somente no que diz respeito à análise da adequação entre a prova que vai ser determinada de ofício e sua potencial aptidão para esclarecimento de fatos importantes à formação do convencimento do juiz. Isso significa dizer que, após sua produção, se ela não se mostrar útil ao processo, ainda assim não terá o julgador infringido os limites à utilização de seu poder instrutório.

125 A esse respeito, conferir o item 4.3., *supra*.

126 A temática remete ao relacionamento entre efetividade e técnica processual, sobre o qual José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Efetividade do processo...*", p. 109, afirma que "entre as diversas sugestões destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça – não meio de que se valem os inadimplentes para protelar ainda mais a realização do direito – , interessa, aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias".

ofício que desconsidera a renúncia ao direito, a desistência do processo, o reconhecimento jurídico do pedido ou o acordo celebrado entre as partes dá lugar à ocorrência de prejuízos às partes e ao processo. No que tange às partes, o prejuízo advém do não reconhecimento de sua prerrogativa de disponibilidade do direito e de eventual ausência de interesse na obtenção de tutela jurisdicional. Nesse sentido, elas serão obrigadas a participar de uma relação jurídica processual a qual não mais lhes é útil, devendo arcar, ainda, com os custos da participação em um processo do qual não desejam fazer parte. Na perspectiva do processo, em referidas situações, a utilização da iniciativa probatória de ofício estende temporalmente a duração do feito, impedindo sua normal extinção[127].

Sob o aspecto processual[128], o desrespeito ao princípio dispositivo pode gerar consequências nocivas à parte que teve a oportunidade de provar e não quis fazê-lo. A título exemplificativo[129], trata-se da hipótese na qual a parte, ao avaliar o proveito econômico que obteria em caso de procedência do pedido, entendeu por bem litigar sem requerer a produção de uma determinada prova demasiadamente custosa, sendo tal medida, contudo, determinada de ofício pelo julgador.

O ônus da prova, por sua vez, se enquadra como limite relativo à iniciativa probatória de ofício, havendo hipóteses em que a iniciativa probatória pode ser levada a cabo em desacordo com a regra prevista no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, gerando consequências nocivas às partes e ao processo.

A esse respeito, afirma-se que a iniciativa probatória de ofício que não se atém à norma do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil pode gerar custos indevidos ao autor, por força do estabelecido no artigo 19, §2º do mesmo diploma.

Demais disso, a utilização do poder instrutório do julgador em lugar da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento, nas situações nas quais não mais se afigura possível a obtenção de provas acerca dos fatos ainda não esclarecidos, implica prolongamento indevido do feito e imposição de custos desnecessários às partes[130].

---

127 Sidney da Silva Braga, In "*Iniciativa probatória do juiz...*", p. 107, afirma que, em relação ao princípio dispositivo, "costumam ser colocadas as seguintes manifestações de subordinação do juiz à iniciativa das partes: a) provocação do exercício da jurisdição, através da propositura da ação; b) delimitação do objeto da demanda e, em conseqüência, do alcance da sentença; c) impulso processual; d) indicação, produção e aporte de provas ao processo; e) *extinção do processo por atos dispositivo, tais como a transação, a desistência, a renúncia ou o reconhecimento do pedido*" (grifo nosso).

128 Renovam-se aqui as ressalvas realizadas no item 4.4., *supra*, acerca do aspecto processual do princípio dispositivo.

129 Outro exemplo diz respeito à situação na qual a parte não produziu determinada prova em virtude de questões de foro íntimo, relacionadas à sua intimidade ou privacidade.

130 Eduardo Chemale Selistre Peña, In "*Poderes e atribuições...*", p. 106, tratando da sobrecarga que é

Em relação à revelia, por se tratar de limite relativo, há hipóteses em que, em virtude da impossibilidade de formação do convencimento do julgador em sentido favorável à pretensão deduzida pelo autor, a utilização dos poderes instrutórios pode implicar relativização das restrições impostas em virtude da verificação de seus efeitos.

No entanto, fora de tais hipóteses, o desrespeito aos limites impostos pela revelia gera desequilíbrio entre as partes da relação jurídica processual, na medida em que, havendo elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador em sentido favorável à pretensão deduzida pelo autor, a iniciativa probatória de ofício se destinará somente ao rechaço das provas por ele apresentadas, favorecendo aquele que, em juízo, permaneceu inerte.

Vale dizer, a depender da situação de fato verificada no processo, tal conduta poderia derivar de infringência aos limites representados pela igualdade de partes e pela imparcialidade do juiz, devendo a situação ser analisada com o devido tempero, na medida em que estes dois últimos representam limites absolutos à iniciativa probatória do juiz.

Assim sendo, as consequências advindas do desrespeito à revelia se revelam na forma do desnecessário prolongamento do processo[131] e, a depender daquilo que venha a dar ensejo à atuação do julgador em desconformidade com as restrições impostas por tal limite, na vulneração da igualdade de partes e da imparcialidade do juiz.

Quanto ao resultado útil do processo às partes, a relativização de tal limite diz respeito às hipóteses em que, ainda que exista prejuízo às partes em relação à tutela jurisdicional que pretendem obter, a depender da natureza do direito substancial envolvido e da conjuntura processual que se apresenta ao julgador, far-se-á necessária a utilização da iniciativa probatória de ofício, uma vez não tenha sido possível ao julgador sair do estado de perplexidade em relação a determinadas provas e, ao mesmo tempo, não se afigure adequada, naquele momento, a utilização do ônus da prova como regra de julgamento[132].

No âmbito de incidência de tal limite, o desrespeito ao resultado útil do processo às partes pode estimular a descrença no processo jurisdicional estatal para a resolução das crises jurídicas, na medida em que a atuação inadequada do julgador resulte na perda da

imposta aos juízes em razão da utilização de seus poderes, afirma que "poderes acentuados importam, forçosamente, em responsabilidade também acentuada, o que deságua, inafastavelmente, em aumento de trabalho, de custo processual e, até em razão das leis da física, de tempo do processo, pois o juiz não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo".

131 Referindo-se a julgados de sua autoria, José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 162, afirma que, em regra, diante da revelia, não seria possível a iniciativa probatória de ofício, pois o legislador teria optado, *a priori*, pelo valor efetividade em detrimento da segurança jurídica".

132 A esse respeito, conferir o item 3.3.2. do Capítulo IV.

utilidade do provimento jurisdicional, em razão do elevado custo do processo[133], ou na ausência de efetividade da tutela jurisdicional, em razão da demora na sua prestação[134].

O mesmo se dá, vale dizer, em relação à duração razoável do processo. A par das considerações tecidas acerca da subjetividade inerente à aferição do que seria a razoável duração do processo judicial, pode-se dizer que desobediência a tal limite, em determinadas situações, pode vir a gerar a inefetividade da tutela a ser concedida ao jurisdicionado[135].

Em relação a esse limite, porém, a situação é agravada em função do fato de que, ainda que o provimento seja efetivo, a contrapartida à excessiva demora na prestação jurisdicional é o estímulo ao cometimento de irregularidades no âmbito das relações jurídicas materiais, porquanto, ainda que cometa um ato passível de sanção, o perpetrador de tal conduta agirá tendo consigo a noção de que a punição pela prática contrária ao ordenamento jurídico poderá não ser efetiva ou, em sendo, somente lhe será imposta após o decurso de um considerável período de tempo.

Diante de tais considerações, pode-se concluir que a relativização dos limites à iniciativa probatória de ofício somente deverá ocorrer diante de situações nas quais se esteja diante de um limite relativo cuja observância, em uma determinada situação específica, possa causar prejuízo à preservação de outro valor processualmente atuante que, naquele caso, se revela de maior importância para a consecução dos escopos da jurisdição.

Vale dizer, fora dessas situações, o desrespeito aos limites à iniciativa probatória de ofício gera prejuízo às partes e ao processo, não se coadunando com as bases teóricas relacionadas à instrumentalidade do processo, as quais norteiam a utilização dos poderes instrutórios do juiz e, em especial, a iniciativa probatória de ofício.

---

133 Antonio Carlos Marcato, In "*Algumas considerações sobre...*", texto contido na obra organizada por Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell, "*40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*", p. 23, entende "interessante observar, a esta altura, que de trabalhos elaborados por juristas de diversas nacionalidades sobre a crise da Justiça de seus Países extrai-se que nos Países da *common law*, notadamente a Inglaterra e os Estados Unidos, o elevado custo do processo, mais que sua duração, é a principal fonte de preocupação, a ensejar normas pontuais".

134 Pela via oblíqua, tal situação não deixa de estimular a autotutela, porquanto, em sendo titular do direito substancial, a parte que optou por vê-lo tutelado pela via judicial foi prejudicada pela atuação do julgador que, ao se valer da iniciativa probatória de ofício, não levou em consideração, dentro dos limites aplicáveis à matéria, o efeito prático que o processo deveria surtir em relação ao jurisdicionado.

135 Situação deste jaez, inclusive, é utilizada como argumento, por Girolamo Monteleone, In "*Limiti alla prova di ufficio...*", p. 868-869, ao afirmar que, por não ser aplicável a preclusão ao julgador, a utilização de seus poderes instrutórios contribui para o alongamento indevido do processo.

CAPÍTULO VI – LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ante aquilo que já foi abordado acerca da iniciativa probatória e seus respectivos limites, cumpre, por fim, identificar de que forma referido tema se relaciona com os projetos do Novo Código de Processo Civil, de modo a serem destacados os dispositivos afeitos à matéria, bem como as modificações, avanços e eventuais retrocessos decorrentes da eventual aprovação do modelo projetado.

Assim, faz-se necessária a retomada de conceitos anteriormente explorados, bem como o exame dos dispositivos contidos no Anteprojeto do Novo CPC e nos textos aprovados pelo Senado Federal (PLS nº. 166/2010) e pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº. 8.046/2010). Dessa forma, por intermédio da análise comparativa entre tais textos e o Código de Processo Civil vigente, poderão ser identificadas as propostas que, porventura, representem modificações na disciplina da iniciativa probatória de ofício, caso convertidas em lei[1].

Com isso, pretende-se evidenciar em que medida os posicionamentos anteriormente adotados acerca dos poderes do juiz são acolhidos ou rechaçados pelos juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto e pelas comissões encarregadas da realização das alterações a este impostas durante o trâmite legislativo.

Dessa forma, visa-se examinar a iniciativa probatória de ofício nos diferentes textos aprovados nas casas legislativas, de modo a destacar as mudanças relacionadas, por exemplo, aos encargos financeiros de custeio da prova, à disciplina do ônus probatório e à cooperação entre os sujeitos do processo, dentre outros.

Não se trata, contudo, de analisar todas as propostas de mudança trazidas pelos projetos do Novo CPC, porquanto tal exame fugiria ao objeto do estudo. Trata-se, ao revés, de identificar as alterações que incidirão sobre a iniciativa probatória de ofício e, a partir delas, verificar em que medida há ou não modificações sensíveis no que diz respeito àquilo que foi objeto de análise nos capítulos precedentes.

Para tanto, em um primeiro momento, serão tecidas considerações iniciais sobre os

1 Para melhor realização da correspondência entre os dispositivos dos diferentes textos propostos para o Novo CPC, estabelece-se, desde logo, que as referências ao PLS nº. 166/2010 e ao Projeto de Lei nº. 8.046/2010 farão menção somente à redação adotada nos textos aprovados nas respectivas casas legislativas.

poderes do juiz no Anteprojeto do Novo CPC e nos textos aprovados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, realizando-se, na sequência, uma análise crítica no que diz respeito à existência ou não de um caráter inovador nas respectivas propostas legislativas.

Em seguida, dentre as alterações sugeridas no Novo CPC, proceder-se-á ao exame de temas ligados diretamente à iniciativa probatória de ofício, a exemplo da distribuição do ônus da prova, cooperação entre os sujeitos da relação jurídica processual, encargos financeiros advindos da prova determinada de ofício e vedação à produção de provas contra si mesmo.

Por fim, serão examinados os limites à iniciativa probatória de ofício no âmbito das propostas de alteração legislativa, dando-se ênfase à identificação de limites não previstos no Capítulo V do estudo, bem como à supressão ou modificação daqueles ali indicados.

1. PODERES DO JUIZ NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de se iniciar o exame do Anteprojeto do Novo CPC[2] e das alterações nele realizadas pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, faz-se necessário realizar uma ressalva no sentido de que os dois últimos textos aprovados nas casas legislativas diferem muito do primeiro, elaborado pela comissão de juristas[3].

Analisando-se referidas propostas sob a perspectiva do objeto do presente estudo, é possível identificar que o caráter inovador no Anteprojeto não mais se faz presente nos dispositivos que regulam a matéria no PLS nº. 166/2010 e no Projeto de Lei nº. 8.046/2010[4].

2 As referências relacionadas ao Anteprojeto do Novo CPC dizem respeito ao texto elaborado no ano de 2010, pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº. 379, de 2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cujo conteúdo pode ser consultado por meio do endereço eletrônico <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>, acessado em 02 de dezembro de 2014, às 22:43 horas. Referida comissão foi integrada por Luiz Fux (presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora-Geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

3 Desnecessário recorrer a exame aprofundado acerca do conteúdo jurídico das disposições contidas nos textos projetados. A título exemplificativo, em termos objetivos, verifica-se a existência de sensível diferença entre o número total de artigos constantes do Anteprojeto e do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

4 Exemplificando tal constatação, tem-se a retirada do artigo 314 do Anteprojeto do Novo CPC, que assim dispunha: "*Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação este no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido*

Isso porque, ao longo do processo legislativo, as alterações realizadas no texto originário contribuíram para aproximar os projetos de lei à atual redação do Código de Processo Civil, de modo que, em relação à disciplina dos poderes do juiz, algumas inovações importantes tiveram seu alcance reduzido ou, ainda, foram completamente suprimidas[5].

Dessa forma, o estudo realizado neste capítulo se aterá, em um primeiro momento, aos aspectos inovadores da disciplina conferida aos poderes do juiz, de forma a indicar quais as maiores modificações propostas em relação ao tema para que, posteriormente, seja realizada uma análise crítica acerca das modificações realizadas no Anteprojeto do Novo CPC, ao longo do processo legislativo destinado à aprovação do texto do Novo Código de Processo Civil.

1.2. OS PODERES DO JUIZ

A comparação entre o texto do Código de Processo Civil vigente e os paradigmas utilizados para o desenvolvimento do presente capítulo (Anteprojeto, PLS nº. 166/2010 e Projeto de Lei nº. 8.046/2010) revela a existência de acentuada preocupação com os temas afeitos aos poderes do julgador[6].

Porém, verifica-se que as modificações propostas nem sempre representam inovações na disciplina legal conferida à matéria[7]. Diz-se isso na medida em que os textos utilizados como paradigma contém muitas diferenças entre si, de modo que inovações previstas no Anteprojeto do Novo CPC não foram mantidas no PLS nº. 166/2010 e no Projeto de Lei nº. 8.046/2010[8].

No entanto, faz-se necessário reconhecer que, em que pese a supressão de alguns dispositivos do Anteprojeto do Novo CPC, as alterações ainda mantidas pelos textos

contraposto e à respectiva causa de pedir".

5 Menciona-se, a esse respeito, a alteração imposta ao artigo 107, inciso V do Anteprojeto, à vista da redação conferida aos seus correspondentes no PLS nº. 166/2010 (art. 118, inciso V) e no Projeto de Lei nº. 8.046/2010 (art. 139, inciso VI).

6 A título exemplificativo, o artigo 125 do CPC vigente, que trata especificamente dos poderes e deveres do juiz, conta com quatro incisos, ao passo que o artigo a ele correspondente conta com nove incisos tanto no Anteprojeto (art. 107), como no PLS nº. 166/2010 (art. 118) e dez incisos no Projeto de Lei nº. 8046/2010 (art. 139).

7 Em parte, pode-se afirmar que referida ausência de inovações se dá em razão das modificações já realizadas no Código de Processo Civil vigente. Sobre o assunto, José Carlos Barbosa Moreira, In "Refornas processuais e poderes do juiz", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: oitava série*", p. 53-67, discorre acerca das reformas processuais relacionadas aos poderes do juiz genericamente considerados, no âmbito do CPC vigente.

8 As considerações acerca da ausência de inovações substanciais relacionadas ao tema foram realizadas no item 1.1., *supra* e serão retomadas no item 1.3., *infra*.

aprovados nas casas legislativas representam inovações no campo dos poderes do julgador.

A esse respeito, o Projeto de Lei nº. 8.046/2010 disciplina, no artigo 139, inciso X, a utilização de um poder não previsto expressamente no CPC vigente, qual seja, a possibilidade de o julgador determinar a expedição de ofícios para o Ministério Público e Defensoria Pública, a fim de que estes adotem as providências que entenderem cabíveis, quando identificada a existência de demandas individuais repetitivas, às quais poderá ser conferido eventual tratamento coletivo[9].

Inovando em relação ao CPC/73, o PLS nº. 166/2010, por sua vez, inclui expressamente no rol dos poderes-deveres do juiz a dilação de prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova, "*adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico*"[10].

Inegável, porém, que a maior parte das sugestões de alteração nos dispositivos que versam especificamente sobre os poderes do juiz foram trazidas pelo Anteprojeto do Novo CPC. O que se verifica, contudo, é que as alterações realizadas no Anteprojeto, pelo Senado Federal, e, no PLS nº. 166/2010, pela Câmara dos Deputados, implicam supressão de dispositivos os quais confeririam nova feição à atuação dos juízes, no sentido de que estes assumissem posição mais ativa na condução do processo, a fim de tornar efetiva a tutela jurisdicional prestada, por intermédio da utilização dos poderes a eles atribuídos.

Na seara das alterações advindas da aprovação do PLS nº. 166/2010 e do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, o artigo 107, inciso V do Anteprojeto do Novo CPC previa expressamente, entre o rol de poderes-deveres do juiz, que a este incumbiria "*adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa*".

Tal dispositivo reunia, em um só inciso, a previsão expressa acerca da adaptabilidade procedimental[11], sob o prisma da tutela diferenciada e da efetividade do processo, estabelecendo como preceito fundamental a obediência ao contraditório e à

---

9 Artigo 139, inciso X do Projeto de Lei nº. 8.046/2010: "*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a qe se referem os arts. 5º da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva*".

10 Artigo 118, inciso V do PLS nº. 166/2010.

11 Sobre a adaptabilidade procedimental, conferir Fernando da Fonseca Gajardoni, In "*Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na Teoria Geral do Processo*", texto contido na obra organizada por Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell, "*40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*", p. 305-325.

ampla defesa. Outrossim, não obstante a previsão de referida conduta dentre os poderes-deveres do juiz, o artigo 151, §1º do Anteprojeto do Novo CPC ainda previa que "*quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste*".

Diante disso, pode-se afirmar que os artigos 107, inciso V e 151, §1º do Anteprojeto do Novo CPC previam, a um só tempo, que a adequação das fases e atos processuais era um poder-dever do juiz, estabelecendo que sua atuação deveria se pautar pela efetividade do processo, sem que isso implicasse desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

Tal previsão, contudo, foi suprimida do PLS nº. 166/2010 e não resgatada pelo Projeto de Lei nº. 8.046/2010[12], de modo que, em seu lugar, fez-se constar a previsão no sentido de que incumbe ao juiz "*dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico*"[13], tendo sido suprimida a disposição genérica anteriormente prevista no artigo 151, §1º do Anteprojeto do Novo CPC.

Não se pode olvidar, todavia, que os dispositivos constantes dos textos aprovados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados disciplinam com maior detimento os poderes do juiz. Nesse sentido, podem ser citados, por exemplo, os artigos 118, 356 e 358 do PLS nº. 166/2010 e os artigos 139, 379 e 380, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

1.3. ANÁLISE CRÍTICA

Sob a perspectiva dos Projetos do Novo Código de Processo Civil, a existência de dispositivos diversos daqueles existentes no CPC vigente acerca dos poderes do juiz agrega importância ao estudo, revelando a necessidade de aprofundamento no exame do tema e de sua utilidade para o dimensionamento do papel exercido pelo julgador na consecução dos escopos da jurisdição.

No entanto, a análise sobre as modificações realizadas no Anteprojeto do Novo CPC permite constatar que, no que diz respeito aos poderes do juiz, os textos aprovados pelas casas legislativas não são qualificados pelo caráter inovador que deveria se esperar

12 Sobre a adaptabilidade procedimental no Projeto de Lei nº. 8.046/2010, conferir Guilherme Peres de Oliveira, In "*Adaptabilidade judicial*", p. 124-128.

13 Artigo 118, inciso V do PLS nº. 166/2010 e Artigo 139, inciso VI do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 da Câmara dos Deputados.

de um Novo Código de Processo Civil[14].

Alguns dispositivos constantes de referidos textos, inclusive, vêm apenas para fazer constar do Novo CPC medidas as quais, apesar de não previstas expressamente em lei, já são passíveis de serem adotadas pelo julgador, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil vigente[15].

É o que se verifica, por exemplo, quando da análise dos incisos IV, VI, VII, VIII IX e X do Projeto de Lei nº. 8.046/2010. Diz-se isso na medida em que os poderes-deveres ali incluídos, em verdade, também existem na atual sistemática processual, sendo certo que apenas não se encontram alocados dentre os incisos do artigo 125 do atual Código de Processo Civil[16].

A ausência de indicação expressa de tais poderes-deveres no CPC vigente não significa, porém, que não deva o julgador "*determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais*"[17] ou "*alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*"[18].

A esse respeito, partindo-se do pressuposto de que o artigo 125 do Código de Processo Civil, o artigo 118 do PLS nº. 166/2010 e o artigo 139 do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 não enumeram taxativamente os poderes do juiz[19], pode-se afirmar que a mera inclusão dos outros poderes-deveres previstos nos textos aprovados pelo Senado e pela Câmara dos Deputados não consubstancia modificação substancial a respeito do tema.

Nesse contexto, impende destacar, ainda, que o Projeto de Lei nº. 8.046/2010 inclui, dentre os poderes-deveres do juiz, aquele que permite a ele "*dilatar os prazos processuais*"[20], não sendo feita, em referido dispositivo, distinção acerca da natureza dilatória ou peremptória dos prazos ali mencionados.

---

14 A esse respeito, conferir os itens 1.1. e 1.2., *supra*.

15 Também realizando críticas em relação ao excesso de alterações legislativas e evidenciando a importância de estudos prévios e posteriores às reformas, conferir o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, In "O futuro da justiça: alguns mitos", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: oitava série*", p. 10-12.

16 Em sentido favorável ao aumento do rol dos poderes instrutórios do juiz por ocasião dos textos projetados do Novo CPC, conferir Cássio Scarpinella Bueno, In "*Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*", p. 93.

17 Artigo 139, inciso IX do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

18 Artigo 139, inciso VI, segunda parte do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

19 Corroborando o caráter meramente exemplificativo do rol do artigo 125 do CPC vigente, conferir Sidnei Amendoeira Jr., In "*Poderes do juiz...*", p. 36-37.

20 Artigo 139, inciso VI, primeira parte do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

Todavia, as alterações impostas ao texto do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil representam, por sua vez, a perda de uma oportunidade de disciplinar aspectos importantes dos poderes-deveres do julgador.

Nesse sentido, a primeira modificação a ser destacada em relação ao rol previsto no artigo 139 do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 diz respeito ao seu inciso II, do qual se fez constar que incumbe ao juiz "*velar pela razoável duração do processo*". O destaque negativo se deve à modificação da redação anteriormente conferida ao dispositivo correspondente, no PLS nº. 166/2010 e no próprio Anteprojeto do Novo CPC, os quais previam que incumbia ao juiz "*promover o andamento célere da causa*"[21].

O cotejo entre os dispositivos acima reproduzidos evidencia que a alteração promovida pela Câmara dos Deputados retira a carga semântica que conferia ao juiz a postura ativa representada pelo verbo "*promover*", atribuindo-lhe uma conduta passiva representada pelo verbo "*velar*". A adoção do verbo utilizado no PLS nº. 166/2010 e no Anteprojeto do Novo CPC vai ao encontro da assunção de uma postura ativa do juiz na condução do processo e na utilização de seus poderes, sendo certo que, em que pese a impossibilidade de se prever quais seriam os efeitos práticos da alteração legislativa em relação ao texto do artigo 125, inciso II do CPC vigente, ao menos em tese, o julgador seria compelido[22] a assumir uma postura ativa, em obediência ao comando ali inserido.

O mesmo se dá no que diz respeito à supressão do artigo 107, inciso V do Anteprojeto do Novo CPC[23]. Verifica-se que a substituição de referido dispositivo pelo artigo 118, inciso V do PLS nº. 166/2010 e pelo artigo 139, inciso VI do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 representa o esvaziamento do caráter inovador conferido pelo Anteprojeto à atuação do juiz na condução do processo.

Isso porque o preceito genérico constante do artigo 107, inciso V do Anteprojeto previa a possibilidade de o julgador adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, sem restringi-lo somente às hipóteses de dilação de prazo ou de

---

21 Artigo 118, inciso I do PLS nº. 166/2010 e artigo 107, inciso I do Anteprojeto do Novo CPC.

22 A redação do dispositivo com vistas a demandar do julgador a assunção de postura ativa vai se justifica em razão da deficiente utilização dos poderes do juiz, conforme restou indicado por José Carlos Barbosa Moreira, In "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 53-54, ao associar a pouca utilização das iniciativas instrutórias oficiais ao comodismo dos juízes e ao receio de adoção de posicionamento parcial em benefício de alguma das partes.

23 Anteprojeto do Novo CPC – "***Art. 107.*** *O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do em jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa*".

alteração da ordem de produção das provas como fazem o artigo 118, inciso V do PLS nº. 166/2010 e o artigo 139, inciso VI do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

A esse respeito, inclusive, o Código de Processo Civil vigente já permite ao julgador conceder prazo suplementar às partes, nas hipóteses previstas no artigo 182 e parágrafo do CPC, bem como alterar a ordem de produção de provas, por meio da utilização de seus poderes instrutórios[24].

No entanto, ampliando o regramento vigente, o mencionado dispositivo do Anteprojeto não tratava simplesmente de permitir ao juiz dilatar prazos peremptórios ou inverter a ordem de produção das provas, mas de adequar todo e qualquer procedimento às necessidades impostas pelo direito substancial.

Tal disposição, portanto, conferia ao julgador amplos poderes de condução do processo para que a tutela jurisdicional fosse a mais adequada à relação jurídica material que deu ensejo à demanda[25]. Nesse sentido, a retomada do conceito de poder-dever explorado no item 1.1. do Capítulo IV do presente estudo, permite evidenciar que referido dispositivo não implicava aumento exacerbado dos poderes do juiz, uma vez que estabelecia uma baliza para a atuação do órgão jurisdicional, na medida em que, em todo e qualquer procedimento, deveria o julgador se valer de seus poderes, para prestar a tutela jurisdicional diferenciada em função do direito substancial, "*respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa*"[26].

Em síntese, tem-se que, no que diz respeito aos poderes do juiz, as modificações realizadas sobre o texto original Anteprojeto do Novo CPC permitiram, apenas, a inclusão de dispositivos os quais consubstanciam medidas as quais já podem ser adotadas ante a atual sistemática do Código de Processo Civil vigente, apesar de não estarem previstas expressamente em lei. Ao mesmo tempo, o exame das alterações realizadas ao longo do processo legislativo sinaliza para a supressão de importantes inovações sugeridas no Anteprojeto do Novo CPC, as quais se faziam salutares à atuação do julgador na condução do processo, com vistas a deste extrair a maior efetividade possível.

---

24 É o que se depreende da análise conjugada dos artigos 130 e 340, inciso III do Código de Processo Civil.

25 Trata-se da tutela diferenciada, que, nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Direito e processo...*", p. 47-48, diz respeito à "exata correspondência entre o tipo de tutela e as diferentes situações da vida".

26 A expressão destacada constava do Artigo 107, inciso V, *in fine* do Anteprojeto do Novo CPC. Por ocasião de sua supressão por ocasião da aprovação dos textos pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, a alusão ao contraditório e à ampla defesa ficou sem correspondência nos róis dos poderes-deveres do juiz no PLS nº. 166/2010 e no Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

2. INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O exame acerca das alterações sugeridas à disciplina da iniciativa probatória de ofício permite identificar propostas de modificações pontuais no regramento aplicável à utilização de referido poder instrutório pelo julgador, não se fazendo possível afirmar, porém, que um novo Código de Processo Civil, baseado nos textos aprovados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, estabelecerá uma sistemática consideravelmente diferente daquela já existente.

Isso porque as premissas teóricas da iniciativa probatória de ofício se relacionam com temas afeitos à estruturação do processo, à cognição, à persecução da verdade e à prova no Processo Civil[27], sendo certo que as diretrizes contidas no Código de Processo Civil vigente foram, em grande parte, mantidas tanto no Anteprojeto do Novo CPC, como nos demais textos aprovados pelas casas legislativas. Significa dizer que, sob esse aspecto, em que pese a existência de diferentes propostas de modificação da redação de dispositivos relacionados aos poderes instrutórios do juiz, o substrato teórico que fundamenta a iniciativa probatória de ofício é idêntico ao existente no CPC vigente.

Ou seja, a ausência de modificações substanciais no que diz respeito a) ao modo pelo qual o processo se forma, b) à maneira pela qual o juiz toma conhecimento dos fatos e alegações, c) à atuação da verdade como um valor processual e d) à função atribuída à prova em juízo não permite afirmar, em um primeiro momento, que a iniciativa probatória de ofício tenha sido submetida a alterações substanciais.

Por outro lado, verifica-se que a modificação na redação de dispositivos relacionados aos poderes instrutórios genericamente considerados gera repercussões sensíveis relacionadas a temas afeitos à iniciativa probatória de ofício, tais como a repartição dos encargos financeiros advindos da utilização dos poderes instrutórios, a modificação das regras relacionadas à divisão dos encargos probatórios, o estímulo à cooperação entre os sujeitos da relação jurídica processual e a vedação de produção de provas contra si mesmo, de modo que se passa ao exame de referidos assuntos, na forma que segue.

---

27 Referidos temas foram abordados ao longo dos Capítulos I, II e III do presente estudo.

2.1. ENCARGO FINANCEIRO DA PROVA DETERMINADA DE OFÍCIO

Em relação ao encargo financeiro da prova determinada de ofício, o Código de Processo Civil vigente estabelece, em seu artigo 19, §2º, que "*compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público*". Dessa forma, em regra, a iniciativa probatória de ofício gera, para o autor, o encargo financeiro de arcar com as despesas destinadas à sua produção. A esse respeito, o Anteprojeto do Novo CPC, o PLS nº. 166/2010 e o Projeto de Lei nº. 8.046/2010 trazem disposições similares ao dispositivo acima reproduzido[28].

O destaque, no entanto, diz respeito ao conteúdo do artigo 262, §2º do Anteprojeto, reproduzido no artigo 358, §2º do texto aprovado pelo Senado Federal, na medida em que ambos dispõem que "*a inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção*".

Com efeito, voltando-se a análise para o texto aprovado pela Câmara dos Deputados[29], constata-se que referido dispositivo não foi mantido, sendo certo que sua retirada representa avanço na redação do Projeto do Novo CPC. Diz-se isso na medida em que se faz desnecessária a existência das disposições específicas contidas no Anteprojeto e no PLS nº. 166/2010, quando analisado o tema à luz da regra geral prevista no CPC vigente, a qual já dispõe sobre a atribuição dos encargos financeiros ao autor, em situações nas quais a iniciativa probatória deriva da utilização dos poderes instrutórios do juiz.

Para além de tal constatação, é de se ressaltar que o texto suprimido no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados fazia referência à "*inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial*" em um contexto no qual se tratava não apenas da inversão do ônus da prova propriamente dita, mas também de sua distribuição dinâmica[30]. Dessa forma, entende-se que a supressão levada a cabo pela Câmara dos Deputados contribuiu para a melhor disciplina da matéria, corrigindo impropriedade técnica anteriormente reproduzida nas propostas do Novo CPC.

No entanto, sob a perspectiva daquilo que foi objeto de estudo nos capítulos anteriores, faz-se possível questionar a manutenção da regra geral prevista no artigo 19, §2º do Código de Processo Civil vigente no âmbito das propostas do Novo CPC. Isso porque,

28 Artigo 71, §único do Anteprojeto, Artigo 85, §único do PLS nº. 166/2010 e artigo 82, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

29 Vide artigo 380 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados.

30 Sobre ônus da prova, cfr. item 1.4., Capítulo III.

em determinadas conjunturas processuais, a iniciativa probatória de ofício se referirá à produção de provas as quais poderiam ter sido produzidas anteriormente pelo réu, às suas expensas, não tendo este, contudo, agido de tal forma.

Nessa situação, a iniciativa probatória de ofício, apesar de conforme aos escopos da jurisdição, atribuirá ao autor encargos financeiros os quais não lhe competiriam se o réu tivesse atuado de maneira adequada em relação ao desincumbimento de seus encargos probatórios. Dessa forma, a incidência da regra geral anteriormente mencionada gera distorção, na medida em que permite que a iniciativa probatória de ofício favoreça economicamente o réu que não deseja arcar com os encargos financeiros da produção de uma determinada prova.

Demais disso, pode-se afirmar que tal omissão do réu gerará prejuízo à persecução da verdade quando se estiver diante de uma situação na qual o autor não se enquadra nos termos da lei nº. 1.060/50[31] e, ao mesmo tempo, não dispõe de meios para arcar com os encargos financeiros necessários à produção da prova, uma vez que, diante de tal conjuntura, a prova não será produzida[32] e, consequentemente, subtrair-se-á do conhecimento do julgador uma parcela das informações necessárias à formação do seu convencimento[33].

2.2. ÔNUS DA PROVA, PODERES INSTRUTÓRIOS E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Para melhor análise acerca da relação existente entre ônus da prova, poderes instrutórios e iniciativa probatória de ofício, as propostas de alteração do CPC vigente serão examinadas sob dois enfoques distintos. Em um primeiro momento, enfrentar-se-á o tema sob a perspectiva da iniciativa probatória de ofício para, posteriormente, proceder-se

31 A temática referente aos encargos financeiros da produção de prova em situação na qual a parte é beneficiária da justiça gratuita é tratada parcialmente pela Resolução nº. 127, de 15 de março de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.

32 A situação mencionada no texto foi tratada por José Roberto dos Santos Bedaque, In "*Poderes instrutórios...*", p. 132, ao afirmar que "haverá situações em que, não obstante entenda o juiz ser imprescindível a realização da prova, óbices intransponíveis impeçam a produção. Imagine-se, por exemplo, que o autor se recuse a antecipar os honorários do perito judicial (art. 33 do CPC), por entender absolutamente desnecessária a prova técnica, ou por não ter condições econômicas de arcar com a despesa. Nesse caso, se também o réu não concordar com o pagamento e o conjunto probatório for insuficiente para formação de seu convencimento, não terá o julgador alternativa. Para poder julgar, será necessário recorrer às regras de distribuição previstas no art. 333 (…)".

33 Atento às dificuldades advindas das condições econômicas dos litigantes, José Carlos Barbosa Moreira, In "A função social do processo civil moderno...", texto contido na obra do mesmo autor "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 46, destaca a atuação do Ministério Público e do juiz, no que diz respeito à adoção de medidas relacionadas à instrução processual.

à indicação das modificações afeitas à disciplina dos poderes instrutórios genericamente considerados.

Tal ordem de enfrentamento dos temas leva em consideração o fato de que as modificações propostas pelos projetos do Novo CPC à disciplina do ônus da prova não conferem ao fenômeno da iniciativa probatória de ofício feições substancialmente diversas daquelas já existentes, ao passo que, em relação à disciplina dos poderes instrutórios genericamente considerados, o Anteprojeto e os Projetos de Lei votados no Senado Federal e na Câmara dos Deputados trazem alterações que merecem ser analisadas com maior detimento.

2.2.1. ÔNUS DA PROVA E INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

O exame dos artigos relacionados ao ônus da prova, que constam das propostas de criação do Novo Código de Processo Civil, permite constatar, em um primeiro momento, que houve manutenção da regra contida no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, haja vista a redação conferida ao artigo 261, incisos I e II do Anteprojeto, ao artigo 357, incisos I e II do PLS nº. 166/2010 e ao artigo 380, incisos I e II do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 da Câmara dos Deputados[34].

Em termos específicos, a inovação fica a cargo da existência de previsão legal no sentido de que o juiz poderá distribuir ou atribuir[35] o ônus da prova de modo diverso, em função da maior facilidade que uma parte tenha para produzir uma determinada prova.

No entanto, a implementação da redação conferida ao artigo 358 do PLS nº. 166/2010 ou daquela dada ao artigo 380, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 não traz mudanças que mereçam menção, no que tange à utilização da iniciativa probatória de ofício.

A esse respeito, as propostas do Novo CPC não representam alterações substanciais, na medida em que a maior facilidade que uma parte tem em produzir a prova já pode ser utilizada pelo julgador como critério norteador da iniciativa probatória de

34 Referida constatação permite afirmar, desde logo, que os textos dos Projetos do Novo CPC não resolvem o problema da insuficiência da classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, nos moldes do que restou explicitado no item 1.4. do Capítulo III.

35 A expressão 'distribuir' é utilizada no artigo 261, §1º do Anteprojeto do Novo CPC e no artigo 358 do PLS nº. 166/2010, ao passo que, no texto aprovado pela Câmara dos Deputados, utiliza-se a expressão 'atribuir'. A esse respeito, entende-se acertada a modificação realizada pela Câmara, na medida em que a expressão 'distribuição do ônus da prova' guarda pertinência com o julgamento baseado no ônus da prova, ao passo que a 'atribuição do ônus da prova' remete à divisão de encargos probatórios em momento anterior ao julgamento. Sobre o assunto, conferir item 1.4. do Capítulo III.

ofício, com base na norma extraída do artigo 130 do Código de Processo Civil vigente[36].

Com efeito, as propostas do Novo CPC representam inovação em relação ao conteúdo do artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, mas não inovam no campo da técnica processual relacionada especificamente à iniciativa probatória de ofício. Isso porque as modificações sugeridas apenas sinalizam que, à luz de uma conjuntura processual[37] consistente na maior facilidade que uma parte tem para produzir uma determinada prova, a regra do ônus da prova poderá servir de fundamento para a iniciativa probatória de ofício, no sentido de determinar que referida parte produza determinada prova em juízo.

2.2.2. ÔNUS DA PROVA E PODERES INSTRUTÓRIOS

O mesmo não se pode dizer, contudo, das alterações relacionadas aos poderes instrutórios do juiz que são trazidas pelos projetos do Novo CPC. A esse respeito, em que pese o fato de não interferirem na disciplina já conferida à iniciativa probatória de ofício, o conteúdo dos artigos 358 do PLS nº. 166/2010 e 380, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010 representa a implementação de um poder-dever não previsto no Código de Processo Civil vigente.

Trata-se da positivação do poder-dever de determinar que a parte que estiver em melhores condições de produzir a prova deverá fazê-lo, ainda que isso implique alteração na regra do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente ou nos artigos a ele correspondentes no Anteprojeto do Novo CPC, no PLS nº. 166/2010 e no Projeto de Lei nº. 8046/2010[38].

Tal afirmação se dá na medida em que não se trata, necessariamente, de hipótese de utilização da iniciativa probatória de ofício baseada no critério da facilidade de produção da prova. Trata-se, diferentemente, de situação na qual o juiz não determinará qual prova deverá ser produzida pela parte, mas qual fato deverá ser objeto da prova a ser produzida[39] pela parte.

---

36 Ressalte-se que não se trata, neste momento, de examinar eventuais alterações relacionadas aos encargos financeiros à luz da disciplina conferida ao ônus da prova, porquanto, à vista do que restou indicado no item 2.1., *supra*, os projetos do Novo CPC mantém a regra prevista no artigo 19, §2º do CPC vigente.

37 Sobre as conjunturas processuais e os critérios norteadores da iniciativa probatória de ofício, conferir itens 3.2. e 3.3. do Capítulo IV.

38 Trata-se aqui do artigo 261, incisos I e II do Anteprojeto, artigo 357, incisos I e II do PLS nº. 166/2010 e do artigo 380, incisos I e II do Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

39 É o que se extrai do conteúdo do artigo 380, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, quando este faz menção à "*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*".

Assim, pode-se afirmar que referida situação implica ampliação dos poderes instrutórios do juiz, sendo estabelecidos dois critérios condicionantes da utilização de referidos poderes. O primeiro critério diz respeito à existência de situação na qual uma das partes não poderá ou não conseguirá se desincumbir do encargo legalmente atribuído a ela pela divisão de encargos preestabelecida pela lei. O segundo critério, por sua vez, consiste na constatação de que é possível, à parte não onerada pela divisão legal prévia de encargos probatórios[40], produzir a mesma prova que se constatou ser de impossível ou difícil produção pela outra parte, ou, ainda, de produzir uma outra que permita ao julgador ter acesso às informações necessárias para formação de sua convicção acerca da existência ou não do fato objeto de prova.

Uma vez obedecidos identificadas tais situações, apresenta-se ao julgador o poder-dever de determinar que a prova seja produzida pela parte que estiver em melhores de fazê-lo, independente de não ter ela sido onerada pela previsão legal que estabelece previamente a maneira pela qual se dará a divisão de encargos probatórios.

Sob tal perspectiva, é de rigor reconhecer que não se trata de hipótese de iniciativa probatória de ofício, mas de utilização de poderes instrutórios genericamente considerados[41]. Corroborando tal constatação, tem-se que os artigos das propostas do Novo CPC não preveem a hipótese de indicação específica da prova que será produzida pela parte que se encontra em melhores condições, limitando-se a mencionar o fato que deverá ser objeto de prova, no intuito de refutar a alegação cujo conteúdo não foi devidamente demonstrado pela parte inicialmente incumbida de tal ônus.

A esse respeito, importante que se destaque que a concessão do poder-dever de determinar a realização de prova sobre fatos sem que seja necessário ao julgador indicar especificamente o meio de prova que deverá ser utilizado pela parte no desincumbimento de seu encargo representa evolução da técnica processual utilizada na iniciativa probatória de ofício.

Isso porque, ao não determinar que a parte produza uma prova específica, mas sim que ela demonstre que um determinado fato existiu ou não existiu, o julgador potencializa os efeitos benéficos de sua atuação, ao indicar para a parte que, independente do meio de prova a ser por ela utilizado, o resultado de sua atividade probatória deverá dizer respeito a

40 Artigo 333 do CPC vigente e correspondentes do Anteprojeto, PLS nº. 166/2010 e Projeto de Lei nº. 8046/2010.

41 Sobre a diferença existente entre poderes do juiz, poderes instrutórios e iniciativa probatória de ofício, conferir itens 1.1., 1.2. e 1.3. do Capítulo IV do estudo.

um determinado fato sobre o qual o julgador não pôde, até o momento, formar seu convencimento.

Dessa forma, sinaliza-se para a parte que a importância de sua atividade probatória não é a mera produção da prova determinada de ofício pelo juiz, mas o esclarecimento de fatos importantes ao julgamento da causa, independente do meio de prova do qual venha a lançar mão[42].

Assim sendo, em que pese não dizer respeito especificamente à iniciativa probatória de ofício, as alterações legislativas anteriormente exploradas vão ao encontro das premissas adotadas no Capítulo II do presente estudo, porquanto privilegiam a persecução da verdade nas situações em que a regra previamente estabelecida acerca da divisão de encargos probatórios se revela insuficiente para o esclarecimento de fatos que podem contribuir para que a tutela jurisdicional se adeque de maneira mais precisa à relação jurídica material cuja crise que deu ensejo à demanda.

2.3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E PODERES INSTRUTÓRIOS

A relação entre a cooperação processual e as propostas do Novo CPC gera consequências importantes no que diz respeito ao papel dos poderes instrutórios na consecução dos escopos da jurisdição.

A redação conferida ao Anteprojeto do Novo CPC evidencia a preocupação existente com a criação de dispositivos legais que contribuam para a condensação do conteúdo jurídico do princípio da cooperação[43]. A esse respeito, destacam-se as previsões contidas no artigo 5º[44] e 8º[45] do Anteprojeto, de acordo com os quais, em linhas gerais, a cooperação entre as partes e o juiz deve se dar no sentido de privilegiar a rápida solução da lide, a prolação de decisões, realização de atos executivos e a adoção de medidas de

---

42 Abordando o tema sob o enfoque da correção da desigualdade de partes havida em função de fatores como condição econômica e capacidade técnica dos patronos, José Carlos Barbosa Moreira, In "A função social do processo civil moderno...", texto contido na obra do mesmo autor "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 52, afirma que a adoção de medidas "*ex officio* relacionadas com a instrução do feito" é "o mais valioso instrumento 'corretivo'" da desigualdade de partes.

43 Indo além da ampliação do campo de incidência do princípio da cooperação para afirmar que o Anteprojeto cuida de estabelecer um verdadeiro sistema cooperativo, conferir Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, In "*O Projeto do CPC: Crítica e Propostas*", p. 72.

44 Anteprojeto do Novo CPC – "*Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência*".

45 Anteprojeto do Novo CPC – "*Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios*".

urgência.

Com efeito, as poucas alterações impostas a referidos dispositivos durante o trâmite legislativo permitem constatar que os textos aprovados nas Casas Legislativas também adotam a cooperação como diretriz destinada a disciplinar a conduta dos sujeitos da relação jurídica processual[46].

Transportando-se tais constatações para o âmbito dos poderes do juiz, verifica-se que a densificação do princípio da cooperação gera, para o julgador, consequências que alteram sensivelmente as hipóteses nas quais seus poderes-deveres serão utilizados.

Em um primeiro momento, sob a perspectiva do juiz, a adoção do princípio da cooperação gera um dever de utilizar os poderes que lhe foram conferidos, no sentido de obter da parte as informações que esta possa fornecer para o melhor julgamento da causa, ficando a cargo do órgão jurisdicional, ainda, o dever de alertar, esclarecer, prevenir e dialogar com os sujeitos parciais da relação jurídica processual[47].

Analisando-se a temática sob a perspectiva da parte, se se adotar a premissa de que a cooperação é apenas um direito a ela conferido, poucas serão as mudanças identificáveis no âmbito do papel que exercem durante o processo. Isso porque, conforme restou mencionado no item 1.2. do Capítulo II do presente estudo, a caracterização da cooperação como sendo um direito das partes somente fará com que estas, ao verificarem que sua atuação poderá ser prejudicial às suas pretensões, simplesmente deixem de exercer esse direito, beneficiando-se de sua própria inércia[48].

No entanto, se se adotar posicionamento no sentido de que a cooperação com o juízo é um dever do sujeito parcial da relação jurídica processual, pode-se afirmar que, em tese, ao menos no que diz respeito ao objeto do presente estudo, a obediência da parte ao dever de cooperação culminará na redução das situações nas quais o julgador deverá se valer especificamente da iniciativa probatória de ofício.

Trata-se de conclusão que advém da própria natureza do fenômeno estudado. Isso porque a sujeição das partes ao dever de cooperação, em relação à produção de provas,

---

46 Nesse sentido, conferir Cassio Scarpinella Bueno, In "*Projetos de Novo Código de Processo Civil...*", p. 43.

47 A relação entre o princípio da cooperação e o objeto do estudo foi anteriormente abordada no item 3 do Capítulo I do estudo.

48 Abordando a temática sob a perspectiva da parte que deixa de atuar em virtude de "inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes", José Carlos Barbosa Moreira, In "*A função social do processo civil moderno...*", texto contido na obra do mesmo autor "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 53, destaca "a importância social" da utilização dos poderes do juiz.

enseja a diminuição do número de situações em que os elementos de cognição apresentados ao julgador não são suficientes para a formação de seu convencimento acerca dos fatos importantes ao julgamento do mérito[49].

Dessa forma, analisando-se a temática em função das propostas legislativas destinadas à condensação do conteúdo jurídico do princípio da cooperação, pode-se afirmar que a utilização dos poderes instrutórios do juiz será diretamente influenciada pela natureza que venha a ser conferida à cooperação no Novo CPC.

Vale dizer, se esta for entendida somente como um direito da parte, possivelmente não haverá maiores repercussões no âmbito do objeto de estudo. Se compreendida como dever dos sujeitos parciais da relação jurídica processual, pode-se estar diante de situação que, além de diminuir as hipóteses de utilização dos poderes instrutórios genericamente considerados, ensejará redução drástica das situações nas quais se fará necessária a utilização da iniciativa probatória de ofício[50].

2.4. PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO

Como se pode extrair da análise do item 4 do Capítulo V, a vedação à produção de provas contra si mesmo não foi indicada como sendo um limite em espécie à iniciativa probatória de ofício. Isso porque, com base nas premissas adotadas para o desenvolvimento do presente estudo, não é recomendável que a sistemática processual conceda à parte a prerrogativa de, em toda e qualquer ocasião, se negar, injustificadamente, a produzir provas que possam resultar na demonstração de fatos contrários às suas pretensões.

Vale dizer, sabendo-se que as partes atuam em juízo buscando obter uma decisão favorável a seus interesses, a existência de previsão legal que permite à parte se negar à produção de toda e qualquer prova que possa ser contrária ao seu interesse serve de estímulo ao abuso do processo, prejudicando a persecução da verdade e, direta ou indiretamente, a consecução dos escopos da jurisdição, na forma daquilo que foi abordado ao longo do Capítulo II do estudo.

A esse respeito, insta salientar que, sob a perspectiva daquilo que se aplica à disciplina da atividade probatória, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil vigente não conferem aos sujeitos parciais da relação jurídica processual, de maneira

---

49 Tal consideração advém justamente das noções afeitas à estruturação do processo, realizadas ao longo do item 1 e subitens do Capítulo I do estudo.

50 A temática será abordada de maneira mais detida no item 2.5., *infra*.

irrestrita e ilimitada, a prerrogativa de não produzirem provas contra si mesmos[51].

Justamente nesse sentido que, apesar de se saber que as partes atuam em juízo buscando obter tutela favorável às suas pretensões, o artigo 339 do CPC vigente preconiza que "*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*"[52], de modo que referido diploma prevê as situações específicas nas quais as partes poderão deixar de fornecer as informações e produzir as provas solicitadas pelo julgador[53].

Todavia, diferentemente do Código de Processo Civil vigente e das propostas constantes do Anteprojeto e do PLS nº. 166/2010, o Projeto de Lei nº. 8.046/2010 inovou, em seu artigo 386[54], incluindo a vedação à produção de provas contra si mesmo dentre os direitos da parte. A esse respeito, em sendo adotada a redação conferida ao inciso III de referido dispositivo, pode-se concluir que, nas situações em que se estiver diante de determinação judicial para que a parte produza uma prova, esta poderá se negar a cumprir o comando proferido pelo órgão jurisdicional, com fulcro no direito de não produzir prova contra si própria.

A existência de tal previsão, além de incompatível com o estímulo à cooperação entre as partes, impõe limite até então inexistente à iniciativa probatória de ofício, na medida em que condiciona o cumprimento da determinação judicial à preservação do direito da parte de não produzir prova contra si própria, sem estabelecer, contudo, parâmetros destinados balizar o exercício de tal direito pelo jurisdicionado.

Com efeito, falta ao Projeto de Lei nº. 8.046/2010 conferir densidade ao conteúdo jurídico do direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo certo que tal omissão impede a adoção de critérios objetivos que permitam avaliar se a recusa à produção da prova está sendo realizada em conformidade aos ditames do ordenamento jurídico.

Demais disso, importante destacar que a ausência de limites para o exercício do

---

51 Nesse sentido, a jurisprudência também não privilegia a prerrogativa da parte no sentido de não produzir prova contra si mesma. A esse respeito, a súmula nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "*em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*".

52 A esse respeito, tem-se que a redação do artigo 339 do CPC vigente teve sua redação reproduzida pelo artigo 268 do Anteprojeto do Novo Código Civil, bem como pelo artigo 364 do texto aprovado pelo Senado e pelo artigo 385 daquele aprovado pela Câmara dos Deputados.

53 A título exemplificativo, pode-se mencionar o contido nos artigos 347 e 363 do Código de Processo Civil vigente.

54 Projeto de Lei nº. 8.046/2010. "*Art. 386. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II – colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III – praticar o ato que lhe for determinado*".

direito de não produzir provas contra si mesmo poderá, em última instância, permitir que a parte se negue a produzir provas determinadas de oficio, nas situações em que o conjunto probatório já existente for, em sua opinião, favorável às suas pretensões[55].

Em tais situações, sob a ótica da parte favorecida pelas provas já produzidas ou mesmo pela ausência de provas, o desinteresse na produção da prova determinada de ofício se dará em função do fato de sua atividade probatória poder infirmar as suas próprias alegações ou comprovar aquelas deduzidas pela outra parte. Com isso, em havendo o direito irrestrito de não produzir provas contra si mesmo, em ambas as situações anteriormente mencionadas, a parte terá permissão legal para deixar de produzir a prova determinada de ofício pelo juiz, alegando que esta poderá ser contrária a seus interesses[56].

Vale dizer, nessa situação específica, a prerrogativa conferida ao jurisdicionado deixará de exercer sua função garantista, gerando prejuízo à cognição do julgador e ao resultado pretendido mediante a utilização dos seus poderes instrutórios.

Ante tais considerações, tem-se que a positivação do direito de não produzir provas contra si mesmo, sem a devida indicação dos limites para seu exercício, prejudica a efetividade da iniciativa probatória de ofício, na medida em que haverá disposição de lei permitindo que a parte se negue a produzir a prova determinada pelo juiz, sob a alegação de que o resultado da atividade probatória poderia ser contrário às suas próprias pretensões.

2.5. A INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NA SISTEMÁTICA DO NOVO CPC

À vista dos temas enfrentados nos itens precedentes, torna-se necessário destacar alguns aspectos das modificações impostas à iniciativa probatória de ofício na sistemática prevista pelos projetos do Novo Código de Processo Civil.

Apesar de as alterações dos dispositivos relacionados ao tema não representarem grandes modificações no âmbito da técnica processual a ser utilizada pelo julgador quando da determinação de produção de provas sem o requerimento da parte, algumas modificações na sistemática processual implicarão mudança no papel exercido pela iniciativa probatória de ofício.

---

55 Renovam-se aqui as considerações tecidas acerca da problemática relacionada ao interesse das partes e a persecução da verdade, em juízo, realizada no item 1.2. do Capítulo II do estudo.

56 Em última instância, tal situação pode derivar de comportamento abusivo da parte. Sobre o assunto, na perspectiva do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, conferir Maria Carolina Silveira Beraldo, In "*O comportamento dos Sujeitos Processuais como Obstáculo à Razoável Duração do Processo*", p. 191 e seguintes.

A inserção de disposições acerca da cooperação entre as partes e o juiz e a ampliação dos poderes deste no que diz respeito à divisão de encargos probatórios permitem constatar que a disciplina conferida à matéria pelos projetos do Novo CPC estimula a participação dos sujeitos da relação jurídica processual e, ao mesmo tempo, reduz as hipóteses nas quais se faz necessária a iniciativa probatória de ofício.

A par do mandado de otimização que representa a positivação da cooperação entre os sujeitos do processo, deve-se atentar para o fato de que, em tese, quanto mais participativas as partes, maior será o conjunto probatório a ser examinado pelo julgador para formar seu convencimento, sendo certo que muitas das informações, que eventualmente seriam obtidas por intermédio da utilização da iniciativa probatória de ofício, chegarão ao conhecimento do juiz antes que se faça necessária a utilização de referido poder instrutório.

Somando-se a tal situação a criação do poder-dever de atribuir o encargo probatório à parte que tiver melhores condições de produzir uma determinada prova, verifica-se que o campo de incidência da iniciativa probatória de ofício poderá ser sensivelmente reduzido.

Em termos específicos, afirma-se que o estímulo a uma atuação mais intensa das partes e do juiz diminui a importância que o meio de prova a ser utilizado para demonstração dos fatos possui no contexto da iniciativa probatória de ofício, ao mesmo tempo em que agrega importância à eficiência da atividade probatória considerada em função dos fatos a respeito dos quais o julgador precisa tomar conhecimento, independente do meio pelo qual as informações venham a ser veiculadas em juízo.

Isso significa dizer que a prova determinada pelo juiz, por meio da iniciativa probatória de ofício, deixa de ser o centro da disciplina dos poderes instrutórios, dando lugar aos benefícios advindos da utilização de tais poderes no contexto da cooperação processual e da efetividade do processo.

Em outros dizeres, se, hoje, o meio de prova indicado pelo juiz é elemento determinante do ato a ser praticado pela parte, as modificações propostas nos projetos do Novo CPC mitigam a importância da iniciativa probatória de ofício, na medida em que explicitam a possibilidade de o órgão jurisdicional, por meio de seus poderes instrutórios genericamente considerados, determinar à parte que demonstre a ocorrência de um fato, independente do meio de prova específico a ser por ela utilizado.

Em síntese, o eixo da utilização dos poderes instrutórios deixa de ser o meio de

prova indicado na iniciativa probatória de ofício e passa a ser o resultado passível de ser obtido com sua produção.

Por conseguinte, tal constatação permite asseverar que, em tese, a implementação da sistemática contida nas propostas do Novo CPC implicará diminuição das situações nas quais será necessária a utilização específica da iniciativa probatória de ofício.

A título exemplificativo, em sendo adotada a redação conferida ao artigo 380, §1º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, haverá situação na qual, em vez de utilizar a iniciativa probatória de ofício, o julgador terá o poder-dever de atribuir o encargo probatório à parte que dele puder se desincumbir de maneira mais fácil, sem determinar especificamente o meio pelo qual deverá a fonte de prova ser veiculada ao processo.

Nesse sentido, o aumento dos poderes instrutórios do juiz não implica, necessariamente, ampliação das hipóteses de utilização da iniciativa probatória de ofício. Vale dizer, partindo-se do pressuposto de que o processo é estruturado de forma a permitir ao julgador a apreensão do maior número possível de informações fornecidas pelas partes[57], o mandado legal que estimula a atuação destas contribui para a redução das hipóteses de utilização da iniciativa probatória de ofício, ainda que isso não implique, necessariamente, redução dos poderes instrutórios do juiz.

3. LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No que diz respeito aos limites à iniciativa probatória de ofício constantes das propostas do Novo Código de Processo Civil, impende salientar que, em virtude de a abordagem realizada no capítulo precedente não ter se restringido à indicação dos dispositivos legais relacionados às restrições à iniciativa probatória de ofício, as sugestões elaboradas nos Projetos do Novo CPC não engendram modificações sensíveis na disciplina conferida a referidos limites.

Em relação à igualdade de partes e à imparcialidade do juiz, pode-se afirmar que, em razão de pertencerem à disciplina da teoria geral do processo, as mudanças propostas no Novo CPC não alteram seus contornos, quando consideradas no contexto da iniciativa

57 A estruturação referida no texto se assemelha, em certa medida, a uma das diretrizes do processo ideal, mencionado por José Carlos Barbosa Moreira, In "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", texto contido na obra do mesmo autor, "*Temas de direito processual: terceira série*", p. 27, ao afirmar que, no processo ideal, "impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade".

probatória de ofício[58]. Vale dizer, o mesmo se dá em relação à adstrição ao objeto da prova, tendo em vista que este limite, por sua vez, relaciona-se diretamente com a teoria geral da prova, renovando-se aqui as considerações realizadas no capítulo precedente[59].

Todavia, é de rigor o reconhecimento no sentido de que a redação conferida a alguns artigos é capaz de modificar aspectos daquilo que restou indicado ao longo do item 4 do Capítulo V do presente estudo. Em termos genéricos, é isso que ocorre com a menção expressa, nas propostas do Novo CPC, a alguns limites em espécie que não encontram dispositivos correspondentes no texto do Código de Processo Civil vigente.

É o que ocorre, por exemplo, com a razoável duração do processo que vem expressamente mencionada nos artigos 4º e 8º do PLS nº. 166/2010 e nos artigos 4º e 6º do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, que tomam de empréstimo a expressão já existente no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, referindo-se à razoabilidade como elemento qualificador da duração do processo.

Extrapolando-se a esfera da mera referência expressa a determinados limites, constata-se que as propostas de alteração legislativa também implicam modificação na disciplina conferida ao ônus da prova como limite à iniciativa probatória de ofício[60]. Nesse sentido, o resgate das considerações tecidas no item 2.5., *supra*, permite conferir ao ônus da prova um papel ainda mais importante no contexto da determinação de produção de provas, pelo julgador, sem o requerimento da parte.

Isso porque a adequada utilização dos poderes instrutórios do juiz relacionados ao ônus da prova resultará numa divisão de encargos probatórios que, em situações específicas, tornará desnecessário ao julgador lançar mão da iniciativa probatória de ofício, nos moldes dentro dos quais esta é disciplinada no CPC vigente.

Em razão disso, entende-se correto afirmar que o ônus da prova assume papel de maior relevância como limite à iniciativa probatória de ofício, uma vez que o julgador, valendo-se de poderes instrutórios diversos da iniciativa probatória de ofício, deverá deles se utilizar, desde que, na forma proposta pelos textos do Novo CPC, tais poderes sejam instrumentalizados por técnicas processuais mais eficientes à obtenção das informações necessárias ao julgamento do mérito.

Tal constatação não deixa de colocar em evidência a existência de dois vetores de

---

58 Sobre a imparcialidade e a igualdade de partes, conferir itens 4.1. e 4.2. do Capitulo V, respectivamente.
59 Sobre a adstrição ao objeto da prova, conferir item 4.3. do Capítulo V.
60 Sobre o ônus da prova como limite à iniciativa probatória de ofício, conferir o item 4.5. do Capítulo V.

sentidos diversos: de um lado, aumentam-se os poderes do juiz genericamente considerados e, de outra ponta, reduzem-se as hipóteses de utilização da iniciativa probatória de ofício.

Ante tais considerações é de rigor reconhecer que a classificação anteriormente realizada acerca dos limites em espécie à iniciativa probatória de ofício é passível de sofrer alterações, em virtude de modificações legislativas que, porventura, venham a influenciar a matéria.

Para além disso, apesar de se reconhecer que os limites em espécie indicados no item 4 do Capítulo V do estudo foram mantidos por ocasião da elaboração dos projetos do Novo CPC, deve-se destacar a mudança advinda da criação de um novo limite, qual seja, a vedação de produção de provas contra si mesmo, na forma do artigo 386 do Projeto de Lei nº. 8.046/2010, conforme mencionado no item 2.4., *supra*.

Ante tal panorama, pode-se dizer que, apesar de os limites em espécie anteriormente estudados terem sido mantidos pelas propostas do Novo CPC, a sistemática proposta pelos projetos de lei implica alteração substancial no conteúdo jurídico de tais limitações.

Em um primeiro momento, é possível afirmar que as modificações impostas aos limites à iniciativa probatória de ofício advém do aumento dos poderes instrutórios genericamente considerados e do estímulo à cooperação processual. Com efeito, pode-se dizer que um processo estruturado com base na cooperação das partes com o juízo gera, pela via oblíqua, redução das situações nas quais as informações deixarão de chegar ao julgador em razão da inércia dos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

Vale dizer, em razão disso, ainda que o julgador se depare com a insuficiência de informações relacionadas a fatos importantes para o julgamento do mérito, a incidência do princípio da cooperação permite que o juiz, antes de lançar mão da iniciativa probatória de ofício, utilize seus demais poderes instrutórios para obter as informações necessárias, sem determinar à parte a produção de uma prova específica. Com isso, reforça-se o caráter democrático do processo, propiciando-se à parte a oportunidade de influenciar o convencimento do julgador, através da utilização dos meios de prova que estejam ao seu alcance, sem que fique adstrita a um meio especificamente indicado pelo juízo.

Dessa maneira, entende-se correto afirmar que, em sendo adotados quaisquer dos textos dos Projetos do Novo CPC aprovados pelas casas legislativas, haverá elastecimento

de alguns dos limites e retração de outros, haja vista a necessidade de estes serem interpretados à luz da sistemática na qual se encontram insertos.

A esse respeito, por exemplo, os parâmetros utilizados para aferir a imparcialidade ou a igualdade de partes deverão ser interpretados à luz da cooperação processual, sendo certo que algumas situações que implicariam infringência aos limites à iniciativa probatória de ofício na vigência do atual Código de Processo Civil poderão vir a ser entendidas por consoantes à sistemática estabelecida pelo Novo CPC.

CONCLUSÃO

A iniciativa probatória de ofício não deve ser analisada sem que se tenha em vista a consecução dos escopos da jurisdição, sob pena de se chegar a conclusões baseadas em compreensão incompleta acerca do papel ocupado pelos poderes do juiz no processo civil. Daí a razão pela qual se fez importante o enfrentamento, nos três primeiros capítulos do estudo, de temas afeitos à estruturação do processo, cognição, persecução da verdade e prova, para, somente depois, adentrar-se especificamente no campo dos poderes instrutórios.

Vale dizer, em referidos capítulos, que compuseram a primeira parte do estudo, foram estabelecidas premissas que influenciaram o exame da iniciativa probatória de ofício e dos limites a ela aplicáveis, a fim de que fosse conferido ao tema o devido enquadramento na sistemática processual.

Em termos específicos, o estudo acerca da estruturação do processo e da cognição evidenciou os primeiros contornos dos limites aplicáveis à iniciativa probatória de oficio. Por assim dizer, a compreensão da iniciativa probatória de ofício, a partir dessa perspectiva, permite concluir, inicialmente, que os limites aplicáveis ao juiz advêm do modelo processual preestabelecido para o exercício da jurisdição e para a prestação de tutela jurisdicional.

No entanto, para que se pudesse conferir contornos mais fortes aos limites à iniciativa probatória de oficio, foi necessária a identificação da problemática relacionada à persecução da verdade, durante o processo. A esse respeito, o exame das dificuldades enfrentadas pelo julgador quando da realização de juízos sobre as informações que lhe são apresentadas, permitiu concluir que, apesar de ser um pressuposto legitimador do exercício da jurisdição, a persecução da verdade não consiste em um dos escopos desta, sujeitando-se às consequências decorrentes do juízo de ponderação dos valores processualmente atuantes.

O dimensionamento do papel da verdade em juízo, por sua vez, permitiu concluir que a disciplina da prova como instituto processual não se relaciona somente com a demonstração dos fatos cujo conhecimento é importante para o julgamento do mérito, mas também com as técnicas disponibilizadas ao julgador no intuito de permitir que este, utilizando-se de seus poderes instrutórios, obtenha as informações necessárias para

resolver a crise instaurada no âmbito da relação jurídica material.

A adoção de tais premissas foi fundamental para o desenvolvimento do trabalho, na medida em que as conclusões extraídas a partir do três primeiros capítulos do estudo evidenciaram que os poderes do juiz existem a serviço dos escopos da jurisdição, devendo ser utilizados somente quando destinados à consecução destes.

Por um lado, isso significa dizer que a existência de poderes do julgador somente se justifica em função da tutela jurisdicional a ser fornecida às pessoas, podendo-se concluir, pela via oblíqua, que a adoção de concepções demasiadamente restritivas em relação à atuação do juiz retira deste a possibilidade de se valer das técnicas processuais idealizadas com o fito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional por parte do Estado.

Transportando-se tais considerações para o âmbito dos poderes instrutórios, pôde-se verificar que a iniciativa probatória de ofício representa uma técnica destinada ao aprimoramento da decisão judicial, na medida em que amplia o objeto da cognição do julgador, em relação a fatos cujo conhecimento se faz necessário para o julgamento do mérito.

Ainda assim, em que pese a evidenciação dos benefícios advindos da existência de poderes instrutórios do juiz, verificou-se que a instrumentalidade do processo não permite que a iniciativa probatória de ofício permaneça infensa às limitações inerentes à sistemática processual. Em razão disso é que se pode concluir que, do mesmo modo que se faz importante utilizar a iniciativa probatória de ofício com vistas à consecução dos escopos da jurisdição, também se faz necessário evidenciar e obedecer os limites a ela impostos pela sistemática processual.

A análise em espécie de referidos limites, contudo, adveio da condensação do conteúdo das premissas adotadas, na primeira parte do estudo, acerca da estruturação do processo, da cognição, da persecução da verdade e da disciplina da prova, justificando-se, assim, a afirmação inicial no sentido de que o estudo dos limites à iniciativa probatória de ofício apartada dos escopos da jurisdição leva apenas à compreensão parcial da dimensão deste fenômeno, no processo civil.

Sob este aspecto, pode-se concluir que a identificação em espécie dos limites à iniciativa probatória de ofício nada mais é do que a condensação das concepções adotadas para o desenvolvimento do estudo, sob o enfoque da iniciativa probatória de ofício. A esse respeito, em relação ao Capítulo I, por exemplo, pode-se afirmar que a estruturação do

processo e a própria forma pela qual os fatos são apresentados ao julgador atuam, em um primeiro momento, como limitadores do conhecimento do juiz, advindo daí a necessidade de serem criados instrumentos a serviço da jurisdição que possibilitem ao magistrado superar o estado inicial de perplexidade acerca dos fatos que deram ensejo à demanda.

Nessa senda, as considerações tecidas no Capítulo II, por sua vez, permitem identificar que a problemática relacionada à verdade e seu critério em juízo também se aplica à teoria dos poderes instrutórios, na medida em que, apesar de não representar um fim em si mesma, a persecução da verdade se faz necessária para a legitimação da decisão judicial. Em outros dizeres, pode-se afirmar que, sob a perspectiva da parte, a iniciativa probatória de ofício exerce, em tese, influência psicológica sobre os jurisdicionados, no sentido de estabelecer em favor destes a garantia de que, em juízo, far-se-á o possível para que a decisão judicial se amolde às circunstâncias de fato que originaram a crise jurídica.

O mesmo se dá no que diz respeito à prova no processo civil, na medida em que restou evidenciado, ao longo do Capítulo III, que as etapas necessárias à integração da prova ao processo devem ser observadas, guardadas as devidas proporções, tanto pela parte como pelo julgador, por ocasião de suas respectivas iniciativas probatórias.

Afora tais constatações, a classificação dos limites à iniciativa probatória de ofício, realizada no Capítulo V, permitiu identificar alguns limites que não se submetem ao juízo de ponderação em relação aos demais valores processualmente atuantes, como é o caso da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes, tendo sido possível, outrossim, identificar aqueles que, apesar de aplicáveis ao julgador, podem ser relativizados, diante de determinadas conjunturas processuais.

Vale dizer, a abordagem da temática sob tais perspectivas dota o estudo da generalidade necessária à sua adequação às eventuais mudanças advindas de alterações legislativas, bem como lhe confere a especificidade suficiente para identificar o conteúdo jurídico das limitações impostas ao julgador quando da utilização da iniciativa probatória de ofício.

No entanto, as conclusões anteriormente referidas não são suficientes para esgotar a temática afeita à iniciativa probatória de ofício. Isso porque, apesar de os poderes instrutórios serem objeto de diversos estudos, a relação existente entre eles e a iniciativa probatória de ofício ainda não tem seus contornos suficientemente definidos.

A exemplo das constatações realizadas nos itens 2.5. e 3 do Capítulo VI, as

alterações realizadas na disciplina legal dos poderes instrutórios genericamente considerados, como não poderia deixar de ser, resultam em modificações no âmbito da iniciativa probatória de ofício.

Nessa senda, impende salientar que, a depender do conteúdo das reformas legislativas, pode-se fazer necessária, inclusive, a adoção de posicionamento diverso em relação à natureza jurídica dos poderes instrutórios e à possibilidade de utilização da discricionariedade por parte do julgador.

Projetando-se tais considerações para o âmbito dos textos das propostas do Novo CPC, afirma-se que as principais modificações em relação à iniciativa probatória de ofício podem advir da utilização dos poderes do juiz genericamente considerados, principalmente no que diz respeito à divisão de encargos probatórios, à luz da incidência do princípio da cooperação.

Diante disso, nota-se a existência de um movimento antitético, no qual, ao contrário do que ocorre com os poderes do juiz genericamente considerados, a iniciativa probatória de ofício tende a ser utilizada com menor frequência à medida que se estimule uma maior interação entre os sujeitos da relação jurídica processual, mormente no que diz respeito às provas a serem produzidas em juízo.

Afirma-se, com isso, que a conjugação dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação processual poderá resultar no aumento das situações nas quais o julgador lançará mão de seus poderes sem que isso signifique, necessariamente, que, para tanto, deva ser utilizada a iniciativa probatória de ofício.

Tal conclusão não representa, contudo, demérito ao objeto do presente estudo. Analisando-se a temática sob a perspectiva da instrumentalidade do processo e da consecução dos escopos da jurisdição, a redução das hipóteses em que se faz necessária a utilização da iniciativa probatória de ofício é consequência da otimização das técnicas processuais.

A esse respeito, inclusive, pode-se afirmar que mencionada redução é desejável, na medida em que ela significa uma diminuição das situações nas quais o se revela impossível ao julgador formar seu convencimento acerca dos fatos levados ao seu conhecimento. Isso porque, conforme constatado ao longo do estudo, não se pode olvidar que a iniciativa probatória de ofício se relaciona, no mais das vezes, com situações nas quais os elementos constantes do processo não são suficientes para a formação do convencimento do juiz.

Dessa forma, a redução das hipóteses em que o julgador se vê obrigado a lançar mão de tal recurso pode significar, ao revés, a otimização dos mecanismos processuais idealizados para propiciar ao julgador o melhor conhecimento dos fatos cuja demonstração é importante para a otimização da tutela jurisdicional a ser fornecida.

Diante de tais considerações, entende-se correto afirmar que o aumento dos poderes instrutórios do juiz pode, de fato, significar uma redução das situações nas quais seja necessária a determinação de produção de provas sem o requerimento da parte, sendo certo, porém, que tal diminuição pode, a seu turno, conferir contornos ainda mais definidos aos limites à iniciativa probatória de ofício.

Em contrapartida, também é possível afirmar que a adoção de um modelo cooperativo de processo pode gerar, por sua vez, modificações no conteúdo jurídico dos limites à iniciativa probatória de ofício, demandando a revisitação de conceitos relacionados, por exemplo, à imparcialidade, à igualdade de partes e à razoável duração do processo.

Em meio a tais incertezas quanto aos rumos da iniciativa probatória de ofício no processo civil, o que se entende correto afirmar é que o estudo dos limites à iniciativa probatoria do juiz deve ser realizado sob a perspectiva da instrumentalidade do processo, com vistas a permitir que o julgador se utilize das técnicas processuais colocadas à sua disposição, de modo a privilegiar a persecução da verdade sem que isso signifique comprometimento das garantias conferidas ao jurisdicionado.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo e BARROS, Mariana Carneiro de. Os poderes do juiz e seus limites – uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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: Atlas, 2006.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 2ª Edição. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no Processo Civil – Contributo para o esclarecimento de base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

_____. (Coord.). *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia,*

dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006.

_____. *La prueba en el proceso civil*. 2ª Edição. Madrid: Editorial Civitas. 1998.

ARONNE, Ricardo. *O Princípio do livre convencimento do juiz*. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Edição. 10ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Edição, 20ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. *A ação declaratória no processo civil brasileiro*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolai, 1962.

BARBOSA, Cássio Modenesi. *A vontade na decisão judicial – crítica à ideologia do formalismo jurídico*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

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

_____. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes a direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

_____. Os Poderes do Juiz na Direção e na Instrução do Processo. In: *Temas de Direito Processual: quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. In: *Temas de Direito Processual: quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. El neoprivatismo en el proceso civil. In: AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade – teoria do conhecimento*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probarório*. São Paulo: Método, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos Sujeitos Processuais como Obstáculo à Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5ª Edição. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo. *Extensão e limites do direito processual de resultados justos*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2ª Edição. São Paulo:

Saraiva, 2010.

_____. *Impactos processuais do direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2008.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

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

_____. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª Edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Alguns aspectos relevantes sobre o sistema probatório. A taxatividade do art. 212 do Código Civil e o art. 332 do Código de Processo Civil. Provas Plenas. Os arts. 231 e 232 do Código Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Impactos processuais do direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2008.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes Instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALLONE, Bruno. Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice. *Rivista di diritto processuale 4.* Padova: CEDAM, julho-agosto/2009.

CHIAVARIO, Mario. Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo del Giuliani <<interdisciplinare>>. *Rivista di Diritto Processuale 3*. Padova: CEDAM, maio-junho/2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I – Conceptos fundamentales la doctrina de las acciones. Trad. E. Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial

Revista de Derecho Privado, 1954.

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

CIPRIANI, Franco. L'avvocato e la verità. In: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ Editora , 2007.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of proof revisited*. In: Vermont Law Review, vol. 33. 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1998.

_____. La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela. *Rivista di Diritto Processuale 3*. Padova: CEDAM, maio-junho/2007.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo nº. 133*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad.: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva e Cia. – Livraria acadêmica, 1946.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 15ª Edição, Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume II. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil.* Volume II. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14º Edição, São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

_____. *Nova era do processo civil*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Documentos indispensáveis à propositura da demanda. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* 1ª Edição. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FIUZA, César; SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coords.). *Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad.: Enio Paulo Giachini. 2ª Edição. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na Teoria Geral do Processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Orgs.) *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo: meio democrático de condução do processo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Juiz ativista x Juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GÓES, Ricardo Tinoco de. *Efetividade do processo e cognição adequada*. São Paulo: MP Ed., 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª Edição refundida do Ensaio e discruso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1996.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova – Teorias da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

_____ (Coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

KOMATSU, Roque. Notas em torno dos Deveres Processuais dos Juízes. In: SALES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro – com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.

LIMA, Newton de Oliveira. *Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

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

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução da 3ª Edição de 1912. São Paulo: CONAN Editora Ltda., 1995.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 14ª. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Orgs.) *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 1ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 1ª Edição atualizada. Campinas: Millennium, 2000.

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

MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e Ativismo Judiciais: é preciso compreendê-los. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2004.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A produção da prova no direito processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Gil de Ferreira. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Um Caminho para Concretização dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São

Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTELEONE, Girolamo. Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato). Rivista di Diritto Processuale 4, Padova: CEDAM, julho-agosto, 2007.

_____. Intorno al concetto di verità <<materiale>> o <<oggettiva>> nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale 1*. Padova: CEDAM, janeiro-fevereiro/2009.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: Instrumento de afirmação da pessoalidade no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coords.). *Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probarório*. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade Judicial: A modificação do procedimento pelo juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais*. Campinas: Servanda Editora, 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PICARDI, Nicola. La responsabilità del giudice: la storia continua. *Rivista di Diritto Processuale 2.* Padova: CEDAM, março-abril/2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006.

POSNER, Richard A..A economia da justiça. Tradução: Evandro Ferreira e Silva; Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Poderes do juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. *Filosofia do direito*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SALES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

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

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Volume I. 4ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SCIACCA, Mariano. Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacita orgaizzativa del giudice. *Rivista di Diritto Processuale 3*. Padova: CEDAM,

maio-junho/2007.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad.: Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A., 1990.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e constituição: limites da "relativização' da coisa julgada*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009.

_____. *La prueba de los hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. 2ª Edição. Editorial Trotta: Madrid, 2005.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

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

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo:

Saraiva, 1987.

_____. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Láuria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Publblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino: Jovene Editore, 1974.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª Edição. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Estudos em Homenagem*

à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora , 2007.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Orgs.) *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.