

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz

São Paulo

2014

MARIA DO CARMO SEFFAIR LINS DE ALBUQUERQUE

O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz

Dissertação apresentada à banca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

São Paulo

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou 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

Albuquerque, Maria do Carmo Seffair Lins de
A311p O princípio dispositivo, a instrução probatória e os
poderes do juiz / Maria do Carmo Seffair Lins de
Albuquerque. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014.
152 f.

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

1. Juiz. 2. Poder. 3. Reforma judiciária. 4. Direito
Processual Civil – Dissertação. I. Puoli, José Carlos
Baptista. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque

O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz

Dissertação apresentada à banca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Dedico a meus netos, Wellington Neto, Maria, Luiza, Pedro e Bernardo, que alegram minha vida todos os dias.

E ao meu marido, Wellington, pelo companheirismo, paciência e incentivo ao longo deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Desde o nascimento, a vida é uma sucessão de desafios e, só pela morte nos livraremos deles. O encerramento dessa etapa acadêmica constituiu para mim, até hoje, o maior de todos os desafios. Foram muitos os temores a serem vencidos entre eles, o medo de não conseguir superar o desafio de cursar um mestrado em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP, celeiro de grandes nomes do Direito, bem como ter de dividir-me entre Manaus e São Paulo ao longo de três anos.

A grande experiência, no entanto, tornou todos os temores insignificantes ante todo o aprendizado e experiência que adquiri e deu lugar a lembranças eternas e marcantes por toda a vida.

É preciso agradecer, portanto. Em primeiro lugar, a Deus que me cumulou de graças imensas ao longo de minha vida;

Ao Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli, meu orientador, pela coragem, estímulo e confiança depositada na minha pesquisa, responsável por abrir-me as portas da Faculdade e tornar-me agente dessa experiência acadêmica. Sem as suas valiosas considerações, feitas sempre com cortesia e atenção, não teria conseguido, decerto, desincumbir-me, como assim o considero, do maior desafio de minha vida.

Ao dileto amigo Prof. Dr. José Fernando Simão, grande civilista e incontestado incentivador de minha vinda para a São Francisco.

Ao Prof. Dr. José Rubens de Moraes, cujas preciosas críticas feitas em meu primeiro semestre, me ajudaram a desvendar os caminhos da pesquisa.

Ao Prof. Dr. Marcos Montoro, Prof.^a. Dr.^a Helena Abdo, Prof. Dr. Fernando Cais, pelas valiosíssimas contribuições e sugestões prestadas em sala de aula.

À minha irmã Maria Regina, em quem se resume, hoje, toda a minha família originária.

E, por fim, o mais importante agradecimento ao Wellington Junior, Leandro e Maria Eugênia, filhos amados por quem respiro todos os dias e me fazem sentir o ser mais inteligente do mundo.

"O ensino, como a justiça, como a administração, prospera e vive muito mais realmente da verdade e moralidade, com que se pratica, do que das grandes inovações e belas reformas, que se lhe o consagram."

RUI BARBOSA

RESUMO

ALBUQUERQUE, M. C. S. L. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz.** 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A busca de soluções capazes de imprimir maior eficiência e efetividade ao processo tem norteado as diversas reformas processuais nas últimas décadas. Com esse escopo, aumentaram os poderes do juiz, para justificar essa ampliação no caráter público do processo. Consequência desse aumento de poderes, verificou-se uma alteração no comportamento dos sujeitos envolvidos em um processo, outrora fundamentado nas premissas do princípio dispositivo, fato esse justificado pelos escopos sociais e políticos do processo na busca por uma decisão mais justa. Além disso, a busca por maior efetividade fez com que a duração razoável do processo ganhasse “status” de Direito Constitucional expressamente reconhecido, de modo a exigir do juiz uma conduta mais ativa na busca de melhor prestação jurisdicional. Como consequência, relegou-se a um plano secundário a participação das partes no processo, que se restringiu, praticamente, à instauração da demanda, de modo que a instrução probatória, cuja premissa maior era a igualdade formal balizada pelos limites do princípio dispositivo, passou, então, a ser influenciada pela iniciativa do juiz. O presente trabalho busca, seguindo os influxos das novas tendências e tendo em vista ser da essência da própria jurisdição a equidistância do magistrado dos interesses em conflito e, como o princípio dispositivo resulta da autonomia da vontade que reina no âmbito de grande parte dos “Direitos” atuados pelo processo civil, estimular a reflexão sobre o fato de a revalorização deste princípio, que, embora mitigado, ainda orienta o processo civil brasileiro, para confiar às partes, integralmente, tarefas que hoje incumbem aos magistrados no âmbito da instrução probatória, constituiria uma alternativa capaz de solucionar o problema da morosidade que afeta o Judiciário e compromete a efetividade processual. Dentro dessa perspectiva, o presente estudo se desenvolverá em três partes e enfatizará as questões ligadas ao tema proposto. Na primeira parte, será feito um estudo do princípio dispositivo para avaliar os impactos da sua mitigação no processo civil brasileiro contemporâneo, bem como a importância de sua subsistência como limite à atuação do juiz na busca de maior efetividade processual. Na segunda parte, o estudo será dirigido aos poderes do juiz, para refletir se a sua postura proativa realiza, de fato, os escopos da jurisdição, visto que, em geral, no âmbito do processo, se cuida de direitos disponíveis. Na terceira parte, buscar-se-á traçar um panorama atual da instrução probatória no processo civil brasileiro e, ao compará-la a outros ordenamentos estrangeiros, estimular a reflexão, sob a perspectiva da instrumentalidade, quanto ao fato de a maior valorização do princípio dispositivo constituir uma forma de evitar dilações temporais desnecessárias no curso do processo, visto que, não obstante o fortalecimento dos poderes do juiz, a realidade demonstra que o interesse das partes é sempre a mais eficiente “mola propulsora” da vida dos direitos e da sua efetividade.

Palavras-chave: Princípio dispositivo. Poderes instrutórios do juiz. Instrução probatória. Ativismo judicial e garantismo.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE, M. C. S. L. **The dispositive principle, the evidential statement and the powers of the judge.** 2014. 152 p. Dissertation (Master of Laws) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

The seek for solutions capable of bringing more efficiency to the due process of law has guided the variety of procedural law reforms in the last decades. Aiming to deliver more effectiveness to procedural mechanisms, these reforms enhanced the judge's power, using the public aspect of procedure to justify such increase. As a consequence of this increase of powers, there was a change into the parties' behavior. Erstwhile this behavior was based on the premises of the dispositive principle, justified by the social and political goals and their seek for a fair solution. Furthermore, the seek for more effectiveness make the question regarding the length of a action receive a clearly recognized Constitutional law "status", requiring a better management from the judge during the jurisdictional duty. Thus, the parties' participation in the process assumed a marginal role. The parties practically were segregated only to the introduction of the claim. The evidence production, which previously had as a major concept the formal equality, became influenced by the judge proactivity. Once the new tendencies are the essence of jurisdiction and the freedom of choice is an fundamental principle of the "rights" defended by the civil procedure, this dissertation aims to stimulate the reflection regarding the reanalysis of this principle that, even mitigated, are the main guide to the Brazilian civil procedure law. Inserted in this perspective, the present study will be divided into three parts and will emphasize the issues concerning the theme. The first part will be done a study regarding the dispositive principle. The objective is to evaluate the impact of its mitigation in the current Brazilian procedural law, as well as the importance of its existence as a boundary of the judge's power in the quest for greater procedural effectiveness. The second part will be dedicated to the judge's discretionary powers. It will bring a reflection if the proactive posture brings, in fact, the main jurisdictional goals, since it generally deals with available entitlement under the procedural law. In the third part, the dissertation will attempt to draw an actual outlook regarding evidence statement on the Brazilian civil procedure law. This work will compare the Brazilian system with foreign jurisdictions and stimulate a debate if the instrumentality perspective is a way to avoid unnecessary time delays in the procedures or not, considering that despite the strengthening of the powers of judge, reality shows that the parties' interests is always the most efficient "driving force" of rights life and its effectiveness.

Keywords: Dispositive principle; Instructive powers of the judge; Evidential statement; Judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO	17
1.1 Origem e evolução do princípio dispositivo no Direito Processual	17
1.2 Fundamentos do princípio dispositivo, significado e alcance	25
1.3 Panorama doutrinário “clássico”– aspectos terminológicos	40
1.4 Considerações acerca dos escopos da jurisdição e seus efeitos sobre o princípio dispositivo	48
1.5 Princípio dispositivo e princípios constitucionais do processo	55
1.6 O sistema adversarial e o sistema inquisitório	57
2 A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	62
2.1 Prova: origem e noções gerais	62
2.2 Sistema probatório: do Estado liberal ao Estado social.....	69
2.3 A iniciativa probatória do juiz no processo civil	73
2.4 Reflexos da publicização do processo na instrução probatória.....	76
2.5 O problema do ônus da prova e sua eventual inversão.....	79
2.6 Algumas teorias sobre o ônus da prova	85
2.6.1 <i>Teoria de Jeremy Bentham</i>	85
2.6.2 <i>Teoria de Weber</i>	85
2.6.3 <i>Teoria de Carnelutti</i>	86
2.6.4 <i>Teoria de Chiovenda</i>	87
2.6.5 <i>Teoria da carga dinâmica da prova</i>	87
2.7 A questão da igualdade no processo civil: vulnerabilidade ou hipossuficiência?	90
2.8 O problema da verdade no processo civil.....	93
2.9 A instrução probatória no sistema (inquisitivo) inquisitório e no sistema (acusatório) ou dispositivo.....	98
3 OS PODERES DO JUIZ	100
3.1 Considerações sobre os poderes instrutórios no processo civil brasileiro e em alguns ordenamentos estrangeiros	100
3.2 Fundamentos para o aumento dos poderes do juiz e a imparcialidade no processo	108

3.3 Poderes instrutórios e contribuições para a efetividade processual	108
3.4 Os poderes do juiz no Código de Processo Civil.....	112
3.5 A “liberdade” do juiz e seus limites – livre convencimento e motivação judicial....	114
3.6 A preclusão: prova <i>ex officio</i> e segurança jurídica	118
3.7 Autonomia da vontade e Direito Processual Constitucional	127
3.8 Os limites do pedido – <i>ne eat iudex ultra petita partium</i>	129
4 PRINCÍPIO DISPOSITIVO: PERSPECTIVAS FUTURAS	131
4.1 Ativismo e garantismo: um “novo” enfoque para um antigo problema	131
4.2 O Novo Código de Processo Civil.....	134
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

A busca de soluções capazes de imprimir maior eficiência ao processo tem sido, de fato, o maior desafio dos estudiosos da ciência processual nos últimos anos. Sintomaticamente, na mesma proporção em que foram implementadas reformas¹ com o objetivo - dentre outros, de imprimir maior efetividade ao processo – leia-se realização de suas finalidades essenciais em razoável espaço de tempo – aumentaram os poderes dos magistrados, justificando essa ampliação no caráter público do processo.²

A consequência desse aumento de poderes foi uma alteração no comportamento dos sujeitos envolvidos em um processo, outrora fundamentado nas premissas do princípio dispositivo.

Historicamente é possível verificar que o princípio dispositivo gozou de domínio ininterrupto até meados do século XX³ e, nessa fase, como ainda não se tinha essa visão publicística do processo,⁴ atribuíam-se às partes não só poderes para dar início à demanda, como também total responsabilidade no que dizia respeito à instrução probatória⁵, limitando-se os poderes do juiz à direção formal do processo.⁶

¹ Desde o advento do Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, foram nove as reformas mais importantes ocorridas.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³ MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução Dr.ª Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, S.A. Editores, 1945. p.69.

⁴ “Este equívoco somente começou a ser corrigido quando, ainda no século XIX, ocorreu a polêmica entre Windsheid e Muther a respeito do conceito da *actio romana*, momento a partir do qual se começou a compreender que a ação se endereçava contra o Estado, que, em decorrência do uso da chamada autotutela, passou a ser devedor da prestação jurisdicional” (PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.p. 16).

⁵ Como assevera Ovídio A. Baptista da Silva: “Embora antigo o processo, é moderníssima a ciência processual. Mesmo que a partir da ordenança francesa, outorgada por Luís XIV em 1667, a regulação do processo tenha tomado fisionomia legislativa própria, continuou sendo ele tratado como apêndice do direito material.”

⁶ Contrariando essa explicação, juristas como Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, Montero Aroca e Alvarado Velloso, chamados “garantistas”, consideram que o aumento dos poderes do juiz se deu por motivos políticos gestados sob a égide da ideologia fascista e totalitária que imperava em alguns países europeus.

No Brasil, a exemplo do que ocorreu em outros ordenamentos, a partir de um dado momento⁷, a preocupação central dos operadores do direito e dos jurisdicionados com a morosidade dos processos conduziu a dinâmica processual no sentido de se proporem soluções capazes de alterar esse panorama quase caótico⁸, inclusive, revisitando, o conceito de jurisdição, que hoje não se limita ao clássico poder de dizer o direito⁹, mas apresenta-se como verdadeira expressão de soberania popular, fato amplamente comprovado pela intensa produção jurisprudencial emanada dos Tribunais Superiores.¹⁰

Essa vasta produção de normas processuais com ritos e procedimentos diferenciados, aliada à existência de lacunas deixadas pelo legislador favorecem e justificam, até certo ponto, o aumento da intervenção jurisdicional não só no plano processual, mas também no direito material¹¹.

⁷ A explicação de José Roberto Bedaque é de que: “Encerrada a fase puramente científica e técnica da ciência processual no Brasil, iniciou-se o que a autorizada doutrina identifica como visão instrumentalista do processo. É a conscientização de que a importância do mecanismo estatal de solução de controvérsias está diretamente relacionada aos resultados por ele produzidos.(...) Segurança e celeridade, eis as palavras-chave para explicar o método ideal de solução de controvérsias.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

⁸ Dados do CNJ (última atualização disponível no site) apontam que existem no país – em números redondos – 84,2 milhões de ações ajuizadas, total de 2010, das quais foram julgadas apenas 25 milhões. Os últimos relatórios atualizados do CNJ apontam que, em 2010, foram ajuizadas 24,2 milhões de ações nas três esferas, o que significa dizer que 60 milhões se referem a processos acumulados. Dos processos ajuizados, 20,5 milhões referem-se a processos em 1.ª instância e desses 70% são processos de conhecimento.

⁹ Se classicamente os autores se referem à jurisdição como o poder de dizer o direito, meio pelo qual se busca a solução de conflitos para reconhecimento do direito material, hoje, vários são os autores que assentem que esse conceito se ampliou para além desses limites, difundindo-se a noção de que ao juiz incumbe a tarefa de adequar o direito à sua realidade histórico-social por meio de suas decisões e sentenças. Dentre os autores, citem-se: Nicola Picardi, Sergio La China e Andrea Proto Pisani.

¹⁰ A jurisdição constitucional se impõe, em todas as vertentes de sua manifestação, na ambiência sincrética que a Democracia estabelece para os poderes estatais, havendo de compor a engrenagem que se mova da efetiva expressão da soberania popular, positiva na Constituição e exercida no processo que se desenvolva aberto à participação e à dialética, alcançando, dessa participação e dialética a fundada solução dos conflitos. Em resposta à indagação se a jurisdição constitucional não seria antidemocrática em virtude do princípio majoritário, anunciado como ícone do regime democrático, enquanto no Estado Democrático, os governantes e legisladores elegem-se pelos votos da maioria – expressão mais direta da soberania popular enquanto aos juízes não se outorgam mandatos desse jaez, tem-se que, ao pronunciarem suas decisões em sede de jurisdição constitucional, tanto impondo condutas ao governo, como declarando a invalidade das leis e atos normativos dissonantes, a seus julgamentos por meio das ações declaratórias de inconstitucionalidades, eles estão dando cumprimento a sua função de resguardar a suprallegalidade da Constituição, oriunda do Poder Constituinte que apresenta teor de legitimidade muito mais democrático que o princípio majoritário, que não permite aos vencedores das eleições se apresentarem como únicos porta-vozes da soberania popular. O caráter político do processo e jurisdição constitucional de João Armando Costa Menezes, artigo publicado na RIDB ano 2 (2013) n. 8. Também a respeito do tema, “Da queste norme si desume che la giurisdizione è una funzione statutale, espressione diretta della sovranità popolare”(PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto Processuale civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996, p.10.).

¹¹ Mauro Cappelletti já advertia que, “embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado que a maior intensificação da criatividade da

O fato é que, no Brasil, a partir da segunda metade do século XX, o processo civil, a exemplo do que aconteceu em outros ordenamentos jurídicos, ultrapassou os limites impostos pelo princípio dispositivo para preocupar-se com metas políticas e sociais na busca por uma decisão mais justa¹².

Nesse passo, o fenômeno da constitucionalização¹³, aliado busca por maior efetividade¹⁴, fez com que a duração razoável do processo ganhasse “status” de Direito Constitucional expressamente reconhecido, desencadeou ações que alteraram a dinâmica processual e deram a ela um novo sentido, que prioriza a cobrança por melhores resultados, redução de custos e tempo na duração do trâmite processual.¹⁵

Tal postura, devidamente fundamentada em um aprofundamento da consciência sobre o caráter instrumental do processo, fez com que, a partir de um determinado momento, não mais se coadunasse com os seus escopos um juiz com uma conduta passiva e insensível, de modo que se passou a exigir dele uma conduta mais ativa na busca da melhoria da prestação jurisdicional, como bem assevera José Carlos Baptista Puoli:

função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.” Destacado pelo autor o fato de que, segundo o filósofo Morton G. White, a tônica para essa exacerbação da criatividade judiciária foi a “revolta contra o formalismo”, que, em diferentes ordenamentos, mirou alvos diversos, mas sobretudo contra o positivismo jurídico, que descrevia, na concepção montesquiana, o juiz como a “inanimada boca da lei”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p.31-33.).

¹² A justiça da decisão é tema que, de per si, renderia assunto para várias teses. Para Chiovenda, a ideia de decisão passava pela máxima de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Por isso, embora não exista a possibilidade de se afirmar com cem por cento de certeza que uma decisão foi justa – as partes nunca concordarão sobre isso.

¹³Para Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do direito consiste no “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 22 dez. 2013). Também a respeito do tema, LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006, p. 64.

¹⁴ Embora a doutrina não tenha um conceito preciso de efetividade, nesse contexto, efetividade significa a busca do equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, proporcionando às partes o resultado mais próximo do desejado pelo direito material, ou seja, o processo visto como instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer ao titular de interesse protegido pelo ordenamento jurídico material (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.12/15).

¹⁵ Conforme José Roberto Bedaque (2011, p.29): “Deve haver compatibilização entre a técnica processual e o escopo do processo. O processualista moderno está comprometido com resultados”.

no que toca aos poderes do juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública, cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio.¹⁶

Na esteira desse pensamento, desde então, relegou-se a um plano secundário a participação das partes no processo e restringiu-se esta, praticamente, à instauração¹⁷ da demanda. A instrução probatória, que, à época do Estado liberal, tinha como premissa maior a igualdade formal balizada pelos limites do princípio dispositivo,¹⁸ passou, então, a ser influenciada pela iniciativa do juiz¹⁹.

Essa linha de raciocínio, no entanto, comporta digressões, uma vez que, se o processo civil é uma encruzilhada na qual se defrontam o Direito Privado e o Público²⁰, se é da essência da própria jurisdição a equidistância do magistrado dos interesses em conflito, e sendo o princípio dispositivo resultante da autonomia da vontade que reina no âmbito de grande parte dos “Direitos” atuados pelo processo civil²¹, não se tem dúvida de que seu estudo ainda demanda atenção, a fim de que se possa aferir com segurança qual é, de verdade, o seu grau de influência e âmbito de aplicação na distribuição dos ônus e deveres processuais²².

¹⁶PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.p.21.

¹⁷Liebman explica que a iniciativa do processo é, ao mesmo tempo, ônus – posto que é ato necessário – mas também um direito da parte, ou seja, o direito de provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ela é interessada, visando a obter do juiz a proteção de um direito próprio ameaçado ou violado (cf. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. V.I. 3. ed. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

¹⁸Dinamarco ressalta que: “Em qualquer sistema processual, é imenso o valor da oferta de meios de participação aos litigantes, porque ordinariamente são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conhecendo melhor os fatos relevantes e os meios de prova disponíveis em cada caso.” (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.518).

¹⁹ O artigo 130 do Código de Processo Civil dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo”.

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. Campinas-SP: Millenium, 2000. p.101.

²¹ CALAMANDREI, Piero. **Instituciones del derecho procesal civil, segun el nuevo código**. VI. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1992.

²² A doutrina brasileira não é pacífica a respeito do alcance do poder do juiz a este respeito. Moacyr Amaral dos Santos por exemplo já afirmava que o poder de iniciativa judicial no campo da instrução probatória, deverá ser entendido como supletivo a iniciativa das partes. Em sentido contrário, José Roberto Bedaque entende que a atividade probatória deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas. Lenio Streck, fazendo uma retrospectiva do Direito brasileiro, aponta que, na prática, continua(re)mos reféns do

Ultrapassadas algumas etapas, o tema volta a fomentar discussões e, em alguns países,²³ de forma bem vigorosa, é revisitado sob a nomenclatura de “ativismo judicial” e “garantismo”²⁴, em discussões que dividem a doutrina processualista em ativistas e garantistas, conforme a corrente a que se filiam.

Embora incipiente no Brasil, o debate começa a ganhar corpo com vários doutrinadores de peso manifestando-se por meio de declarações, que, inclusive, negam ou atestam a existência de um ativismo judicial no Brasil²⁵.

Amparada nessas considerações e ciente de que, como assevera Barbosa Moreira,²⁶ o julgamento da maior parte dos litígios implica necessariamente a solução de questões de fato, e, embora reconhecendo o papel do juiz como fundamental na avaliação de provas, entende-se que o incremento de seus poderes instrutórios, por vezes, acarreta um congestionamento tanto em primeira instância quanto nas vias recursais²⁷.

O mister de julgar, por si só, já é extremamente complexo e demanda um tempo razoável para que o juiz ainda tenha de se ocupar com produção de provas e sua pertinência. Além disso, é de se relevar que a sua discricionariedade²⁸ não pode extrapolar certas balizas, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

protagonismo judicial já que a defesa da existência de "escopos metajurídicos"justifica uma atuação mais ativa do magistrado.

²³ Na Itália (Franco Cipriani e Girolamo Monteleone), Espanha (Juan Montero Aroca) e Argentina (Adolfo Alvarado Velloso).

²⁴ Alvarado Velloso explica que o tema é o reflexo atualizado do antigo enfrentamento dos dois sistemas de “*enjuizamento*” que subsistem nos ordenamentos processuais, quais sejam, o inquisitivo e o dispositivo.

²⁵ Lênio Luiz Streck, Luiz Roberto Barroso, dentre outros.

²⁶ “Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios.”

²⁷ Hoje é possível se fazer com maior segurança uma correta valoração do resultado das reformas processuais e o impacto produzido por elas no cotidiano forense. Se antes, como afirmava Barbosa Moreira, as estatísticas judiciárias não eram nosso forte (*in* Reformas processuais e poderes do juiz) para uma correta avaliação do congestionamento das vias judiciais, hoje dados do Conselho Nacional de Justiça (Justiça em números 2011) apontam com bastante segurança os elevadíssimos estoques processuais, com dados atualizados, diariamente, em todo o território nacional. Os números mostram que o panorama é realmente, caótico, especialmente, no que se refere à litigiosidade de primeira instância.

²⁸ “Poder de decidir dentro da moldura legal, mediante uma valoração objetiva, adequando o direito ao caso *sub judice*, quando houver omissão normativa ou quando sua eficácia apresentar sintomas de inadaptabilidade em relação à realidade fático-social e aos valores positivos.” Maria Helena Diniz *in* *Dicionário Jurídico*. O termo aqui é colocado como na definição de Cappelletti de que “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”.

Por isso, considerando que o próprio interesse superior, de ordem coletiva, inspirador de uma solução da contenda sem o emprego da força bruta, com vistas à manutenção da paz social, impôs a alheação e a indiferença do órgão julgador aos pedidos das partes e ao objeto da lide²⁹; considerando todas as reformas que ao longo das últimas décadas, foram implementadas e, dado que algumas propiciaram uma atuação mais oficiosa do juiz, entende-se que é preciso refletir à luz dos resultados obtidos.

Para tanto, leva-se, também, em consideração o atual panorama processual no Brasil, que nos mostra juízes sobrecarregados de serviço, o que, na contramão da economia processual almejada, acarretou ao processo dilações temporárias indevidas, para indagar se uma revalorização do princípio dispositivo que, embora mitigado, ainda orienta o processo civil brasileiro contemporâneo, para confiar, integralmente, às partes tarefas que hoje incumbem aos magistrados, no âmbito da instrução probatória, não seria uma alternativa para solucionar nossos problemas?

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo se desenvolverá em três partes distintas e enfatizará as questões ligadas ao tema proposto.

Na primeira parte, será feito um estudo do princípio dispositivo para avaliar os impactos da sua mitigação no processo civil brasileiro contemporâneo, bem como a importância de sua subsistência como limite à atuação do juiz na busca de maior efetividade processual. Para tanto, será feita uma análise dos institutos com, inclusive, referência a alguns ordenamentos jurídicos, para observar o desempenho daqueles em que se mantém a leitura tradicional do princípio dispositivo e daqueles em que prepondera o inquisitivo, por meio dos resultados obtidos.

Na segunda parte, o estudo será dirigido aos poderes do juiz³⁰, para refletir se a sua postura proativa, realiza, de fato, os escopos da jurisdição, visto que, em regra, no âmbito do processo, se cuida de direitos disponíveis³¹; ou se o juiz pode buscar a verdade real sem

²⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.119.

³⁰ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “a questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado ‘princípio dispositivo’, haja vista que a maioria da doutrina processual estabelece nexos entre esses dois fenômenos, principalmente nas questões relativas à instrução probatória”.

³¹ Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. A jurisdição, seria, assim uma das expressões deste poder caracterizando-se como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões, cujo traço distintivo seria sua finalidade maior de pacificação dos conflitos. Na realidade, os escopos visados pelo Estado no exercício da jurisdição são também de ordens sociais (educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios), políticos (preservação do valor da liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da Nação e do Estado e

violar os princípios constitucionais da imparcialidade e do contraditório, sem se sujeitar à preclusão *pro judicato* e comprometer a segurança jurídica e, quais as medidas que ele pode manejar para garantir a eficácia da tutela jurisdicional sem extrapolar os limites impostos pelo princípio dispositivo.

Na terceira parte, buscar-se-á traçar um panorama atual da instrução probatória no processo civil brasileiro e, comparando-a a outros ordenamentos estrangeiros, estimular a reflexão se, sob a perspectiva da instrumentalidade³², maior valorização do princípio dispositivo não seria uma forma de evitar dilações temporais desnecessárias no curso do processo, tendo em vista que, não obstante o fortalecimento dos poderes do juiz, a realidade demonstra que o interesse das partes é sempre a mais eficiente “mola propulsora” da vida dos direitos e da sua efetividade³³.

Por fim, merece destaque o fato de que, nesse texto, embora a doutrina contemporânea,³⁴majoritariamente, costume reservar a locução princípio dispositivo apenas para regra regeadora da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão, optamos por filiar-nos àqueles que, a exemplo de Carnelluti, consideram os princípios da demanda e o princípio dispositivo como faces de um único princípio, já que ambos justificam o poder da parte de iniciar o processo ou de propor determinada prova, com amparo em uma única razão³⁵: a vontade de dispor de suas relações jurídicas privadas em juízo³⁶.

preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste) e jurídicos (atuação da vontade concreta do direito).

³² Na lição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu poder (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial, também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. O processo é, assim, um instrumento a serviço da paz social.

³³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.518.

³⁴CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini,; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.70.

³⁵CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução Niceto Alcalá-Zamorra Y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p.16-17.

³⁶LIEBMAN, Enrico Tulio. Fundamento del principio dispositivo. In: **Rivista di Diritto Procesuale** n.15, p551-565.

1. O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

1.1 Origem e evolução do princípio dispositivo no Direito Processual

O valor da História como ciência, não mais considerada como relato cronológico de fatos ocorridos, ajuda no processo de compreensão e alcance das relações e transformações por que passou e passa a humanidade¹.

Para que se possa estudar o processo civil atual, é imprescindível fazer uma análise histórica de sua evolução no tempo, visto que esse ramo do direito, mais do que qualquer outro talvez, tenha suas origens fincadas no Direito Romano, do qual se originaram muitos de seus institutos até hoje em pleno vigor.

Por tais razões, embora sem pretensões de fazer um levantamento histórico minucioso, uma vez que este não é o objeto principal de nosso estudo, não há como negar a importância de se traçar o percurso evolutivo do processo civil e procurar, assim, situar nesta trajetória o princípio dispositivo, a fim de possibilitar, deste modo, a exata compreensão de sua importância na hierarquia das normas nas suas origens e no atual estágio no direito contemporâneo.

Com efeito, muito se tem escrito sobre o princípio dispositivo nas últimas quatro décadas, mas, com poucas variantes, a maior parte dos doutrinadores fê-lo apenas em contraposição a outros princípios e, especialmente, ao princípio inquisitivo, ou, ainda, inserido em questões relativas ao direito das partes e técnica processual.

Além disso, embora trilhe percurso similar, relativamente a este último tópico, a abordagem do tema é feita sempre envolvendo a questão da atividade judicial no processo, porque, como assevera José Roberto Bedaque, o princípio dispositivo está intimamente ligado aos poderes instrutórios do juiz², com que realmente concorda a maioria dos processualistas³.

¹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996.

² “A questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado ‘princípio dispositivo’. Pelo menos, assim tem entendido a maioria da doutrina processual, que estabelece um nexo entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p.87).

³Moacyr Amaral Santos, Frederico Marques, Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior dentre outros.

De fato, tem razão Bedaque, visto que, na mesma proporção em que a doutrina se debruçou em estudos e artigos sobre o aumento dos poderes instrutórios do juiz, quase nada se escreveu em defesa da subsistência deste princípio⁴ em nosso ordenamento processual. De fato, o que se lê nos artigos e literatura processual apenas reforça a tese de que este se encontra superado dentro de um regime probatório cujo objetivo é a verdade real.⁵

Nesse diapasão, segundo os doutrinadores⁶ que defendem esse protagonismo judicial, seria uma incompatibilidade lógica a subsistência do princípio dispositivo no contexto da dinâmica processual contemporânea, que retoma um esquema quase inquisitório.

A impressão, é de que sua importância, teria sido relegada a uma posição inferior na hierarquia dos princípios fundamentais do processo, embora nem sempre tenha sido assim.

O princípio dispositivo teve posição de destaque e domínio quase pleno até meados do século XX⁷, quando ocorreu sua plena e máxima extensão em diversos sistemas jurídicos, especialmente no sistema germânico primitivo⁸; no qual os magistrados exerciam funções judiciais mínimas⁹, no sistema romano e, posteriormente, nos sistemas que se originaram de ambos (romano-germânico), ainda perceptíveis nitidamente em vários institutos processuais de ordenamentos jurídicos diversos até nossos dias.

⁴Lembrando que valorizar o princípio dispositivo significa valorizar a participação das partes no processo, especialmente, no que diz respeito à coleta e apresentação de provas no curso do processo.

⁵ “Da quando, anniadietro, il Carnacini há ridestato l’interesse degli studiosi sul tema com um sagio ormai clássico (1), levoce contrarie ala conservazione di quel princípios i sono moltiplicate; si è sostenuto com ricchezza di argomenti, che próprio nel suo superamenti siede una dele tappe fondamentali da percorrere verso un regime probatório realmente teso ala scoperta dela verità, deginodiun processo moderno(2); si è notata in diritto comparato uma accentuata tendenza del processo civile ad evolversi verso schemi inquisitori(3)”. RICCI, Edoardo F. Il princípio dispositivo come problema di diritto vigente. **Rivista di diritto processuale**. V.XXIX (II Serie) – Padova, 1974.

⁶ Para a maioria da doutrina, no que toca aos poderes instrutórios, estes seriam amplos de modo que o princípio dispositivo seria relativo à relação de direito material que repercutem no processo.

⁷MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, SA. Editores, 1945. p.69.

⁸Vem do sistema germânico a chamada *Verhandlungsmaxime*, ou princípio da demanda, como tratam alguns doutrinadores, e expressa a ideia de que incumbe às partes determinar o conteúdo e os limites da demanda. Merece relevo a controvérsia entre doutrinadores que consideram a *Verhandlungsmaxime* e a *Dispositionsmaxime* como manifestações do princípio dispositivo e os que consideram que a denominação princípio dispositivo seja reservada somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo.

⁹ Idem.

Na longa evolução do Direito Processual, este princípio está relacionado à passagem da justiça privada para a justiça estatal, momento em que se delegou a uma autoridade estranha ao conflito, a tarefa de resolvê-lo.

Como explica Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o próprio interesse superior, de ordem coletiva, inspirador de uma solução da contenda sem o emprego de força bruta, com vistas à manutenção da paz social, impõe a alheação e indiferença do órgão julgador aos pedidos das partes e ao objeto da lide.”¹⁰

Resulta daí a provável origem deste princípio que é um dos maiores legados do sistema processual romano¹¹ e que é a garantia do jurisdicionado contra o arbítrio judicial. Essa garantia expressa em máximas¹² refletiam suas várias faces e que, embora mitigadas, ainda hoje permeiam nosso ordenamento processual e deixam claro o fato de que incumbe às partes a tarefa de determinar o conteúdo, objeto e impulso do processo.

José Rogério Cruz e Tucci explica que o processo civil romano foi dividido em três grandes períodos por questões de conveniência. Nesse sentido, é possível dentro de cada período, encontrar fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares,¹³ de sorte que resta impossível precisar com exatidão quando e em que medida cada um deixou de vigor e cedeu passo ao seguinte.¹⁴

Sabe-se, no entanto, que o primeiro desses períodos vigorou desde os tempos da fundação de Roma (754 a.C.) até fins da república, ficou conhecido como o das *legis actiones* ou ações da lei e foi nessa fase que o princípio dispositivo mais sobressaiu.

¹⁰OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.119-120.

¹¹ “Quando se fala em *direito romano*, entende-se o direito de uma época histórica em que pelas razões vistas, o direito substancial não emanava, todo de fontes que assentassem no poder estatal. Ao lado do *jus civile*, grande era o número de normas consuetudinárias a reger relações entre pessoas; o Estado romano não dispunha de poder suficiente para impor seu direito aos estrangeiros (*peregrini*). Muitas normas constavam dos editos, espécie de programa normativo mediante o qual cada pretor, assessorado por um *consilium* de jurisconsultos, ao assumir o cargo, prometia distribuir justiça segundo os critérios que enunciava. No entanto, mesmo com referência a um estado assim débil perante os indivíduos e que ainda não conseguira impor plenamente a força de seus preceitos substanciais genéricos e abstratos, é discutível que o direito do caso concreto só nascesse após a pronúncia do magistrado”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.80).

¹² Como exemplo, podemos citar, dentre outros, “*ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium, nemo iudex sine actore, da mihi factum, dabo tibi ius*”.

¹³TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996, p.40.

¹⁴ *Ibidem*, p.40.

A razão para tanto reside no fato de que a estrutura jurídica das *legis actiones* era formalista, e, embora a atuação do magistrado fosse destinada a tutelar o interesse primordial do Estado, a atuação do direito, ou seja, o escopo específico e típico do processo permaneceu entregue à vontade das partes¹⁵.

Também nessa fase mais remota, o processo apresenta caráter místico e religioso e mesmo o *sacramentum* consiste em unicamente em formalidades de caráter religioso e mágico, sendo repleto de ritos, juramentos e sacrifícios¹⁶. Isso porque no início de Roma, existia um íntimo relacionamento entre direito e religião, razão pela qual a jurisdição era atividade exclusiva dos pontífices, vocacionada a disciplinar a autotutela dos litigantes.

A iniciativa da demanda, bem como o impulso processual também estava em regra nas mãos das partes, embora o tribunal pudesse tomar certas iniciativas¹⁷.

Em síntese, em todo o procedimento romano prevaleceu sempre o princípio dispositivo.

De fato, a laicização do direito e do processo foi um movimento lento e progressivo, que deita suas raízes nas origens da “*civitas*”, quando a religião ainda permeava as relações jurídico-processuais, até a publicação da Lei das XII Tábuas, considerada marco indicador da efetiva laicização jurídica¹⁸.

No texto dessa lei, colhem-se as primeiras menções ao tema da prova e uma atuação processual ativa das partes, que se manifestavam oralmente.

Leciona Tucci que, naqueles tempos primitivos, parece que o *rex*, como chefe religioso e político, intervinha para fazer cessar a violência, transformava o litígio privado em “lide processual”, conhecendo e julgando pessoalmente as controvérsias.

O segundo período ficou conhecido como processo *per formulas* ou processo formular – nasceu no vigor das ações da lei como uma alternativa mais moderna, menos formalista, mais ágil e funcional¹⁹.

¹⁵OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.38-39.

¹⁶Ibidem, p. 40.

¹⁷ WYNESS MILLAR, Robert. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, S.A. Editores, 1945. p.65

¹⁸ MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 80.

¹⁹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996. p.40-45.

Foi nessa fase que surgiu a figura do Pretor *peregrinus*, dando origem ao *jus gentium*, definido como o direito comercial dos romanos com vigência para todos os homens livres. Aos peregrinos não se impõem fórmulas e solenidades próprias do direito dos quirites, e o processo passa a se desenvolver sem os rigores das formas do rito reservados aos *cives*²⁰.

A pretensão era apresentada a um magistrado (*in iure*) para só depois ser encaminhada a um particular (*in iudicio*) que era então encarregado de conduzir o processo até a sentença.

Foi durante essa fase, com a evolução da tutela dos interesses, que se passou, lentamente, da justiça privada para a justiça pública, embora com uma participação ainda não muito ativa do magistrado.

Com o desenvolvimento do comércio e o aumento da riqueza, os litígios privados tornaram-se mais complexos e numerosos, reclamaram a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais, e fizeram com que, nas derradeiras décadas da realeza, os magistrados públicos viessem paulatinamente a substituir os sacerdotes.²¹

No entanto, deve-se ter em mente que a *iurisdictio*, mesmo sendo uma das formas de manifestação da *potestas publica*, consistia no poder atribuído a certos magistrados de declarar, não de julgar, a norma aplicável a um determinado caso concreto²².

A estrutura do processo formular passou a sofrer influência cada vez maior da *cognitio*, até o ano de 342 d.C., quando foi proibido o emprego da fórmula, e se firmou em definitivo o terceiro período²³.

Nesse período, que ficou conhecido como da *extraordinária cognitio* ou *cognitio extra ordinem*, já se tinha na figura do magistrado um funcionário do Estado, cuja função se iniciava com o recebimento da pretensão e findava com a execução da sentença. Esse período vigorou com profundas modificações até os últimos dias do império romano do Ocidente.

²⁰OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

²¹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996. p. 40-45.

²² Ibidem, p. 43.

²³ Merece relevo o fato de que “mesmo o abandono das solenes formas arcaicas e a simplificação do processo, não afastam a influência da *litis contestatio*, pois continua sendo considerado como pura relação privada. A intervenção estatal, advirta-se reduz-se em substância à autorização do juízo, à *datio* ou a *denegatio actionis*, com efeito apenas adesivo ou obstativo. Em contrapartida, a instauração, o desenvolvimento e a eficácia jurídica do processo encontram a sua verdadeira fonte na vontade e na atividade das partes”. (Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

Durante a *extraordinária cognitio* se introduziram as maiores modificações no processo civil romano, dentre elas, a eliminação da bipartição de instâncias e a ruptura com o sistema da *ordo iudiciorum privatorum*, o que conferiu ao processo um inequívoco cunho publicístico.

Em virtude dessa publicização do processo, o juiz passou a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença que a, partir de então, deixava de ser um ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas consubstanciava-se na expressão da vontade do soberano: *ex auctoritate principis*²⁴.

Outras mudanças significativas foram introduzidas e confirmaram outra face ao processo, embora mantivesse o princípio dispositivo a sua posição quanto à fixação dos limites da demanda, que, já naquela época eram estabelecidos exclusivamente pelo autor na petição inicial.

Consequência dessa liberdade de agir, a *pluspetitio* não mais ensejava o gravíssimo efeito de extinguir o direito do demandante, mas apenas a perda da demanda, que poderia ser reproposta.

A situação passa a mudar no processo pós-clássico da *cognitio*, quando foi, paulatinamente, anulada a liberdade de apreciação, dando lugar a um procedimento normatizado de valoração no qual o juramento desempenha papel cada vez mais importante, criando-se o dever de testemunhar²⁵.

Foi sob os auspícios da Igreja na Idade Média, no entanto, que o princípio dispositivo veio a ter a sua maior relevância. Histórica e substancialmente, o direito da Igreja foi diretamente influenciado pelo Direito Romano, germânico e canônico e constituiu verdadeiro avanço, visto que aperfeiçoou os meios de controle dos fundamentos de fato e de direito dos julgamentos, e contribuiu, além disso, para estabelecer nítida separação entre o juiz e as partes, entre o juiz e os sujeitos e objetos da prova, proximidade então considerada ameaçadora da imparcialidade do magistrado²⁶.

Por isso, o Direito Processual Canônico é talvez a mais significativa demonstração de que a Igreja é, apesar de divina, muito humana. E não se tem dúvida de sua enorme influência na história da civilização nos últimos dois mil anos, sobretudo no campo do Direito

²⁴TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996.p.140.

²⁵OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.46.

²⁶ Ibidem, p.48.

Processual, como fonte produtora de pensamento jurídico, que adquirirá níveis de excelência, combinando-se com a herança jurídica romana e as práticas germânicas, dando origem a um direito novo²⁷.

Nesse sentido, é possível comprovar que as bases do sistema processual moderno, especialmente no que diz respeito às provas, ficaram estabelecidas no âmbito do Direito Processual Canônico de forma que se torna imprescindível para o processualista conhecer quais foram as maiores contribuições deste às práticas jurídicas atuais e a influência no sistema probatório em toda sua complexidade, conforme assevera Moacyr Amaral Santos:

não se vai encontrar a prova judiciária na vida do homem primitivo, das cavernas isolado, com sua família, alheio ou fugidio ao que se passava com outra família distante. Nessas organizações rudimentares, predominava uma força intangível, sem a qual seria impossível a persistência da vida em comum e essa força era a religião. Desde os tempos primitivos, é possível vislumbrar um estreito caminhar entre lei e religião²⁸.

Nessa fase, assumem importância as atividades instrutórias com a implementação de diretrizes mais técnicas, previstas no Decreto de Graciano de 1140, que regulava a matéria de prova, em especial, o juramento e a prova testemunhal.

Os clérigos também tinham vasto conhecimento das normas jurídicas imperiais, sendo eles os maiores guardiões dos manuscritos conservados nas bibliotecas dos mosteiros e abadias, fato que contribuiu para a preservação dos princípios do Direito Romano. Muito mais tarde, essa influência se faria sentir ainda na tríplice repartição do primeiro código eclesiástico de 1917.

O processo judicial canônico se caracterizava pelo rigor de suas regras. Nele também vigorou o princípio dispositivo como limite à instrução probatória e, nessa fase, tendo em vista que o ônus da prova deveria ser suportado pela parte que o afirmava, o juiz, na colheita destas, dependia da iniciativa das partes, ou seja, o juiz era completamente passivo, mero espectador, não podendo apreciar prova alguma²⁹.

²⁷MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p.249.

²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova Judiciária no cível e no comercial**. 3. ed. v.1. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1961. p. 23.

²⁹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**. História e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. p.45.

Apesar disso, algumas vezes, para evitar que fossem proferidas sentenças injustas, o juiz estava autorizado por lei a suprir a negligência das partes (cân.1600) e podia, por exemplo, determinar uma prova pericial (cân.1.574) ou inspeção judicial (cân. 1.582)³⁰.

A regra que, então, prevalecia no processo canônico era a de que o fato essencial, que constituía o cerne da *causa petendi* ou da *causa excipiendi*, dependia da prova. Para o juiz, deveriam existir apenas os fatos e as provas constantes do processo: *quod no est in actis non est in mundo*.

O processo começa a modificar-se com o advento das Ordenações, com uma atuação mais ativa, embora ainda tímida, do magistrado na direção do processo.

Por volta de 1466, no reino de Dom Afonso V, foi determinada uma nova codificação formada pela legislação esparsa portuguesa composta de editos e por antigas normas romanas visigóticas e normas do direito canônico.

Essa codificação ficou conhecida por Ordenações Afonsinas. Nelas está relacionada, de forma expressa, a instrução probatória com o âmbito da atividade cognitiva a ser desenvolvida pelo magistrado para a solução da causa. O juiz tinha, de fato, amplos poderes. Com relação ao autor, as Ordenações recomendam-lhe atuação diligente no sentido de obter, previamente à propositura da ação, o material instrutório adequado para prova de suas alegações³¹.

Mais adiante, as Ordenações Manuelinas colocam como centro da atividade judicial a instrução probatória.

Ainda assim, no §1º do Título XX do Livro III do Código Filipino³², o princípio dispositivo apresenta-se de forma explícita quando determina que o ato de demandar incumbiria ao autor³³.

Importante ressaltar a percepção de que, a exemplo do que acontece hoje, não havia uma utilização exclusiva do princípio dispositivo, mas, sim, uma nítida prevalência na sua aplicação.

³⁰ FAILDE, Juan José Garcia. **Nuevo derecho procesal canônico**. Estudio sistemático- analítico comparado. 3.ed.Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1995. p.386.

³¹MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Processual. São Paulo, 2008, p.340.

³² As Ordenações Filipinas (decretadas em 1603) vigoraram no período colonial e foram mantidas em vigor no Brasil por força da Constituição brasileira de 1824 que recepcionou suas normas.

³³TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Isso porque, segundo Millar, esse princípio implantou-se nos diferentes sistemas surgidos da fusão dos elementos germânico e romano, à exceção do procedimento preponderantemente inquisitivo que norteava a legislação prussiana do século XVIII, iniciada no reinado de Frederico, o Grande.

Surpreendentemente, a mostrar-nos que a se história se repete, a preferência por esse princípio(inquisitivo) decorria da obsessão do rei em culpar os advogados pela morosidade da justiça, levando-o a reduzir ao mínimo possível a atividade das partes e a incrementar os poderes do magistrado.

Assim,esse panorama se manteve inalterado até que os ventos do Iluminismo e da Revolução Francesa inauguraram uma nova era que alterava o sistema da prova legal³⁴, com o incremento da publicidade do procedimento e do princípio da oralidade que caracterizavam o processo liberal.

O Poder Judiciário era autônomo e, separados os Poderes, a lei era a única fonte de direitos dos cidadãos tomada em sua literalidade.

Passado algum tempo – por volta da passagem do século XIX para o século XX as complexidades da sociedade levaram o julgador a receber maiores e consistentes atribuições dentre as muitas operações para se descobrir o verdadeiro sentido da lei.

Gradualmente, com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil e com a decisiva publicização, observou-se uma preocupação em prestigiar a função dos magistrados, até então considerados “a boca inanimada da lei”³⁵.

1.2 Fundamentos do princípio dispositivo, significado e alcance

O fundamento de um princípio é a razão de sua existência/subsistência em um determinado ordenamento jurídico. Tal assertiva se justifica tanto filosófica quanto

³⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.40.

³⁵ Expressão cunhada por Montesquieu de que o juiz não é mais que a “bouche de laloi” e cuja função no período das Revoluções do século XIX, visava à proteção do interesse da coletividade contra os abusos da aristocracia (que dominava o Judiciário e o Executivo da época). Nessa época, a atividade do juiz limitava-se a verificar os fatos ocorridos, aplicando a eles um direito pré-estabelecido, fruto de elaboração pelo Legislativo, função do Estado que realmente representava os interesses da população.

etimologicamente³⁶, porque, na doutrina aristotélica, a versão dada ao fundamento é a de que se trata de necessidade racional e “não pode ser de outra maneira”, por dar-lhe um conceito ontológico e capaz de expressar a necessidade do ser enquanto substância³⁷.

Por isso, para identificar o fundamento de um determinado princípio, é preciso avançar em direção às suas raízes a fim de compreender o contexto em que se originou, visto que o direito é uma realidade e só é possível compreendê-lo de forma sistemática, já que seus elementos nem sempre se apresentam perfeitamente encadeados e sem lacunas, de forma a resultar em conflitos e contradições, que precisam ser compostos para que a ordem jurídica seja preservada³⁸.

Em síntese, esses conflitos e contradições só podem ser superados por meio da observação de uma hierarquia de normas de conteúdo impositivo, premissas maiores compatíveis com outras normas em vários graus que são os princípios fundamentais ou informativos, que ocupam posição de relevo nos sistemas jurídicos, uma vez que são gerais e assentam as suas orientações³⁹ como guias dos ordenamentos, para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, seja para dar coerência geral ao sistema⁴⁰ e a servir a eles de diretriz indispensável, seja para transparecer sua contingência constante⁴¹.

³⁶Filosoficamente, fundamento é o que dá a algo ou alguma coisa a sua razão de ser ou de existir. Etimologicamente, é o alicerce, sustentáculo ou base que permite a estabilidade e, por conseguinte, a existência de algo.

³⁷ PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. **Princípio da congruência no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2003. p.47.

³⁸A ordem jurídica brasileira é estruturada com base na carga principiológica e axiológica que emerge da Constituição Federal. “Mais do que uma carta de princípios abstratos e estéreis, o texto constitucional é dotado de densidade que impõe a aplicação direta dos princípios e normas nele contido”.

Neste sistema, prestam-se as normas infraconstitucionais a cumprir a função designada pela ordem constitucional, ou seja, estão os âmbitos de atuação do direito direta e estritamente vinculados aos mandamentos constitucionais. (FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. *Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação*. **Revista de Informação Legislativa**, ano 48 n. 190, abr/jun. Brasília, 2011. p.8.)

³⁹GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.16.

⁴⁰ Jorge Miranda leciona que: “Há um Direito Constitucional – formalmente constitucional a par de um Direito não constitucional; uma legislação constitucional a par (e acima) de uma legislação ordinária. As normas formalmente constitucionais inserem-se num conjunto sistemático com uma unidade e coerência próprias, dentro da unidade e da coerência gerais do ordenamento jurídico positivo do Estado.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II.11. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.).

⁴¹Helenilson Pontes afirma: “O reconhecimento do significado dos princípios para o fenômeno jurídico implica, se não a destruição, pelo menos um considerável enfraquecimento do mito iluminista do racionalismo generalista. Os princípios jurídicos marcam o processo de interpretação-aplicação do direito com uma dimensão de sentido de caráter contingente.” (PONTES, Helenilson. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p.29).

José Afonso da Silva, em definição magistral, ensina-nos que: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas; são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’, nos quais confluem valores e bens constitucionais⁴²”.

A seu turno, Robert Alexy considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como nelas se deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas⁴³.

De modo igual, Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica lição:

(...) princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁴⁴.

Por isso, com poucas variantes, os doutrinadores tradicionais conceituam princípio como o mandamento nuclear de um sistema,⁴⁵ de caráter fundante e genérico, verdadeiro alicerce para todo ordenamento jurídico, por meio do qual se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas e corretas para cada caso concreto⁴⁶.

Como se percebe, o conceito de princípio seria assim inesgotável e, à luz dos novos caminhos do Direito, não há dúvida sobre a importância de ser estudado. Não se concebe, hoje, qualquer sistema processual e, conseqüentemente, qualquer atividade jurisdicional, que prescindia, para a análise de casos concretos do estudo à luz de princípios, que nortearão o convencimento do magistrado e, por fim, as suas decisões e

⁴²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴³ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.p.86.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.230.

⁴⁵ Idem. **Elementos de Direito administrativo**. São Paulo: RT, 1986. p.230.

⁴⁶NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: RT, 2010. p.38-40.

sentenças⁴⁷, porque nem sempre o legislador consegue prever as necessidades concretas da vida ou, quando consegue, ele o faz de forma deficiente.

Resulta daí que a ordem jurídica existe precisamente para solucionar os conflitos decorrentes da convivência humana e incumbe ao aplicador do direito, além do dever de conhecer as normas, o dever de aperfeiçoá-las por meio da harmonização de textos esparsos e preenchimentos de lacunas para, ao final, chegar ao espírito do ordenamento jurídico e ao objetivo visado pelo legislador⁴⁸.

Por tais razões, todo sistema processual, além dos princípios gerais que se estendem a todos os ordenamentos, firma-se em outros que lhe são próprios e específicos e, por meio deles, é possível estudar a realização do direito material, ⁴⁹para permitir ao “legislador a criação de novos institutos e ao intérprete dar a inteligência dos que nos sistemas se estruturam, o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam, de modo a propiciar a colaboração da ciência jurídica na obra incessante do aprimoramento do processo”, com vistas à sua adaptação às novas realidades e fenômenos sociais⁵⁰.

O manejo desses princípios revela-se de suma importância quando se constata que hoje, embora distintos das normas gerais⁵¹, estas são fortemente influenciadas por aqueles, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo⁵².

Esses princípios próprios⁵³ servem de diretrizes indispensáveis à elaboração, interpretação e aplicação de suas normas especialmente, no caso da ciência processual, visto

⁴⁷ “Assim, se por princípio constitucional todos são iguais perante a lei, isonomia real de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades, necessária será a atividade dinâmica do juiz.” LAGRASTA NETO, Caetano et al. **Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴⁸LAGRASTA NETO, Caetano et al. **Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. p.66.

⁴⁹SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1999. p.73.

⁵⁰ Ibidem. p.73.

⁵¹As normas gerais em relação aos destinatários são aquelas que não se dirigem a uma pessoa ou a um grupo específico e especificado de pessoas, mas se dirigem a todos ou à qualquer pessoa. Já as normas gerais em relação às ações, são aquelas que imputam uma sanção ou recompensa à conduta descrita por tipos ou hipóteses de incidência definidos por ela própria.

⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.56.

⁵³“Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo

que o processo tem necessidade frequente de modificar-se para adaptar-se às novas contingências e sua aplicabilidade tem repercussão na vida cotidiana⁵⁴ e, em especial, no labor forense, em que surgem os inevitáveis conflitos de interesse não solucionados.

Dessa forma, os princípios são para o jurisdicionado garantia contra o arbítrio e a força estatais, bem como contra os desmandos dos demais membros das comunidades e das grandes corporações, posto que estabelecem diretrizes de ordem geral, que se prestam à solução dos casos problemáticos⁵⁵.

Resulta daí que esses princípios são chamados de fundamentais porque, substancialmente, fundado sem ideias e valores, comportam sempre aceitação ou não de princípios contrários⁵⁶, além de serem especificados e aplicados pelos respectivos estatutos processuais em suas particularidades.⁵⁷

Considerado nesta classificação, está o princípio dispositivo – objeto do nosso estudo, que em sua versão contemporânea, mostra que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se funda o pedido, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada por elas (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), de modo a obrigá-lo a considerar a situação de fato afirmada pelas partes como verdadeira⁵⁸.

Esse princípio é, provavelmente, o mais antigo dos princípios fundamentais do processo, haja vista que é, como já vimos anteriormente, fruto de uma longa evolução histórica ligada à passagem da justiça privada para a justiça estatal.⁵⁹

ao sistema processual e servindo-lhes de sustentáculo legitimador.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.56.

⁵⁴ MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Princípios informativos no código de processo civil**. Repro 34/9.abr.jun/1984. São Paulo: RT, 1984.

⁵⁵ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não se pode deixar de notar a decantação, fruto do trabalho dos séculos de uma série de princípios chamados a representar o papel de ‘direitos fundamentais’ das partes em face do juiz, do adversário e de terceiros. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.118).

⁵⁶ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006.

⁵⁷ GOMES CANOTILHO *apud* CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.60.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5.ed.São Paulo: RT, 2009. p.43.

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.119.

Em sua versão clássica, no entanto, alguns doutrinadores consideram o princípio da demanda - também conhecido como princípio da iniciativa da parte -, como sendo desdobramento do princípio dispositivo⁶⁰, visto que veda ao juiz agir de ofício (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*), corrente pela qual optamos por melhor justificar o escopo deste trabalho.

A reflexão sobre a questão conceitual, ao contrário do que se supõe, revela-se pertinente porque não há dúvida de que, dentre os cânones tradicionais⁶¹ do processo civil nos últimos tempos, uma das mudanças mais relevantes foi a que atingiu o princípio dispositivo. Indubitavelmente, para isso contribuiu a controvérsia travada entre os doutrinadores sobre o conteúdo de cada um dos princípios acima mencionados, o que veremos mais detalhadamente em tópico dedicado ao tema.

Para Frederico Marques, o princípio dispositivo é também uma resultante dos postulados constitucionais de nosso sistema político de legalidade democrática, e constitui projeção do direito subjetivo no processo, assim como um imperativo do dever de imparcialidade que o juiz deve manter na relação processual.⁶²

É sabido que, para o processo se desenvolver com regularidade, a sua organização exige que os sujeitos processuais exerçam, cada um a seu turno, um determinado papel na sua instauração, desenvolvimento e conclusão.

A movimentação desses sujeitos, no entanto, atende às peculiaridades do modelo de processo adotado pelo ordenamento jurídico em que estão inseridos. Tradicionalmente, a doutrina identifica o modelo inquisitivo e o modelo dispositivo, cada um deles com suas próprias características e alicerçado por seus próprios princípios que servem para organizar as regras jurídicas, que, de outra forma, não formam um sistema.

Assim, quando o legislador atribui às partes tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que está observando o princípio dispositivo e, quando o legislador outorga poderes ao magistrado para que atue de forma mais ativa, diz-se que o processo está observando o princípio inquisitivo.

⁶⁰“Princípio da ação, ou demanda indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação exige a provocação do interessado.”(CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 64).

⁶¹ Conforme RICCI, Edoardo F. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. **Rivista di diritto processuale**. V.XXXIX (II Serie) – Padova, 1974.

⁶²MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol.II. Campinas-SP: Millenium, 2000. p.101.

Dessa forma o princípio dispositivo⁶³ se insere dentro do modelo dispositivo e apresenta-se como um dos pilares do sistema processual, na medida em que é afastada a autotutela como meio de solução do conflito, e confere-se a um terceiro imparcial o julgamento da lide⁶⁴.

Decorre desse princípio, independentemente do direito discutido, o impedimento tanto do magistrado de dar início ao processo, quanto às partes de livremente disporem de seus interesses privados e, por conseguinte, de reclamá-los ou não judicialmente e no momento que julgarem oportuno⁶⁵.

Caso assim procedam, também incumbe às partes o dever de determinar o objeto do processo, a fim de estabelecerem os limites para a decisão do juiz, que deverá ser congruente com a pretensão das partes.

Ressalte-se que as partes não só podem dispor livremente de seus direitos, como também, a qualquer tempo, pôr fim ao processo por meio de desistência, renúncia ou transação.

Este princípio é, conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco, de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados⁶⁶.

Em relação às providências de ofício, contudo, a vedação que antes existia para o juiz já não subsiste, porque a colocação publicística do processo, aliada à busca da verdade real, mitigou bastante o princípio dispositivo⁶⁷.

⁶³Conforme já mencionado para esse estudo, o termo será sempre empregado em sentido amplo, ou seja, para designar a atividade das partes desde o ônus da iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e determinação de provas.

⁶⁴CAPPELLETTI, Mauro. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado**. Las Grandes Tendencias Evolutivas. Tradução Santiago Sentís Melendo. Lima: ARA, 2006.p. 30.

⁶⁵ Alguns doutrinadores, como por exemplo, Cintra, Grinover e Dinamarco nomeiam esta liberdade como sendo princípio da disponibilidade que não se confundiria com o princípio dispositivo que se limitaria aos atos formalizados no interior do processo.

⁶⁶CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini,; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.73.

⁶⁷ “A partir do momento em que se convenceu de que a administração da Justiça era uma função integrante da soberania, formou-se, segundo Chiovenda, a convicção de que o juiz, como órgão do Estado não deveria mais assistir passivamente à disputa judicial entre as partes, como outrora ocorria, mas teria de participar da causa como “força viva e ativa” (THEODORO JR., Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim(Organizadores). **Doutrinas essenciais do processo civil**. VI. Princípios do Processo Civil. São Paulo: RT, 2011.

Conclui-se, portanto, que a natureza disponível – ao menos em regra, dos interesses discutidos no processo civil seria, então, o fundamento político jurídico do princípio dispositivo, já que, nas causas em que prepondera o interesse público sobre o interesse privado, não haveria concessões à verdade formal⁶⁸.

De tudo quanto foi exposto, percebe-se que todas as determinações contidas no dispositivo indicam a necessidade (imperativa) de se preservar a imparcialidade do juiz. Isso explica o ônus de provar as alegações feitas, atribuído a cada uma das partes, ao longo do curso processual, já que a elas incumbe a análise da conveniência de demonstrar a veracidade dos fatos.

Não há, portanto, como negar que o fundamento do princípio dispositivo repousa na imparcialidade do juiz e na autonomia da vontade das partes⁶⁹ para que se concretize o valor da igualdade⁷⁰.

Releve-se que a imparcialidade, assim como o dispositivo, é princípio fundamental do processo civil e pressuposto para que a relação se instaure validamente, isto é, que o juiz se coloque entre as partes e acima delas para poder exercer sua função dentro do processo.

Isso nos mostra que, se o Estado⁷¹ avocou o mister de julgar, deve garantir às partes que o julgamento de suas causas será feito por um juiz imparcial⁷².

A imparcialidade⁷³, portanto, fundamento basilar do princípio dispositivo, é uma garantia de justiça para as partes e, não obstante a atenuação resultante da orientação

⁶⁸ A distinção entre verdade real e verdade formal de per si renderia muitas laudas, para fins desse trabalho vamos utilizar a distinção utilizada por Cintra, Grinover e Dinamarco que leciona ser a verdade formal aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos, e verdade real seria verdade material (prevalente no processo penal) reveladora de fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados.

⁶⁹ Para Calamandrei, o princípio dispositivo é resultante da autonomia da vontade que reina no direito subjetivo material.

⁷⁰ KEMMERICH, Clovis Juarez. **As faces do princípio dispositivo**. São Paulo: Saraivajur, 2003. p.5.

⁷¹ Ressalte-se que a imparcialidade é também considerada pelos doutrinadores como a principal característica da jurisdição.

⁷² Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: “o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição.” (CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.58).

⁷³ Segundo Alvarado Velloso, a palavra imparcialidade significa várias coisas diferentes a falta de interesse que comumente se menciona como vetor a definir a atuação cotidiana. Implica, por exemplo, ausência de preconceitos de todo tipo; independência de qualquer opinião, não identificação com uma ideologia determinada; completo alheamento frente à possibilidade de dádiva ou suborno, à influência de amizade, ódio, piedade, imprensa, não envolvimento pessoal ou emocional como o assunto litigioso e evitar toda participação na

publicística do processo, esta não pode ser violada, sob pena de se desnaturar o sistema processual de composição de litígios⁷⁴.

Por isso, costuma-se dizer que ser imparcial significa ser neutro⁷⁵ e equidistante em relação às partes – mas não à causa em julgamento⁷⁶. Tal assertiva é, como afirma Carnelutti, fácil de dizer, porém difícil de pôr em prática, levando-se em consideração que o juiz é um homem com suas simpatias e antipatias, relações, interesses e preferências⁷⁷.

Discorrendo sobre o tema, José Carlos Baptista Puoli leciona que:

o juiz deve ser imparcial, mas não neutro. Fala-se, então da repulsa à neutralidade, que deve ser entendida a valorização do juiz que seja consciente de sua posição de agente político que deve fazer um acompanhamento constante dos fatos e das realidades sociais e políticas as quais lhe são trazidas pelos mais variados canais, tais como, os meios de comunicação de massa, o produto dos estudos formulados no âmbito de outras ciências (por exemplo, sociologia, política, economia) entre várias outras fontes que serão indispensáveis para que o juiz esteja situado e atento aos acontecimentos do mundo que o rodeia.⁷⁸

Concordando com essa assertiva, Eros Grau afirma⁷⁹ que “a neutralidade do intérprete só existe nos livros”. Fábio Konder Comparato concorda que o juiz não vive à margem da sociedade e acima do povo, mas partilha dos costumes e da mentalidade popular.

investigação os fatos ou na formulação dos elementos de convicção, bem como julgar segundo seu próprio conhecimento privado do assunto. (VELLOSO, Alvarado. O garantismo processual. Ativismo Judicial e garantismo Processual. In: DIDIER JR., F. et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.p.17).

⁷⁴ Sócrates dizia que “três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente”.

⁷⁵Neutro em relação às partes significa dizer que o juiz não tem qualquer tipo de preferência por nenhum dos litigantes, ou seja, é mantêm-se equidistante em relação ao drama das partes.

⁷⁶ No que toca a questão da neutralidade em relação a causa em julgamento, a doutrina costuma repudiar a figura do juiz neutro. Como explica Humberto Theodoro Junior, desde que o processo passou a ser comprometido com desígnios sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível, já que não há como fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.

⁷⁷CARNELUTTI, Francesco. **Tratatto del processo civile**. Napoli: Morano editore, 1958. p.74. “Ciò vuol dire, in termini meno astratti, un individuo com le sue simpatie e le sue antipatie, le sue relazioni, i suoi interessi, infine com quel suo misterioso modo di essere che sono le predilezioni. Pretender La imparzialità del giudice è pertanto qualcosa come cercar la quadratura del circolo”.

⁷⁸PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.44.

⁷⁹GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.51.

Compreende-se na família, na sociedade, no Estado e na historicidade de cada um dos grupos sociais e suas concepções prévias revelam a realidade histórica do seu ser⁸⁰.

Justamente por tal impossibilidade e por não se confundir a neutralidade com a imparcialidade, é necessário não confundir os conceitos de imparcialidade com os de neutralidade e a que se aplicam.

Como explica Puoli, exigir imparcialidade do julgador é exigir que ele não julgue causas de seu próprio interesse (que ele não seja parte e juiz ao mesmo tempo) é impedir favorecimentos ou outras formas de ferimento ao contraditório e à igualdade entre as partes⁸¹, sem imaginar que esta preocupação chegue ao ponto de imaginar-se que o juiz deve ficar totalmente isolado dos acontecimentos da vida cotidiana, e dos conflitos da vida em sociedade.

É desejável, portanto, que o juiz esteja plenamente integrado ao lugar em que habita ao corpo social que integra, e que tenha como leciona Ada Pellegrini Grinover, sensibilidade para captar a realidade social e suas vertiginosas transformações.

O princípio dispositivo, em sua moderna configuração, tem seu âmbito de atuação restrito à instauração da demanda e aos pedidos, já que a iniciativa das provas já não é mais privativa das partes, visto que o juiz pode, como diretor formal do processo, requerer de ofício novas provas ou provas não apresentadas, intervindo sempre que julgar necessário para assegurar a igualdade substancial entre os litigantes.

Resta saber até que ponto é possível tomar tais providências sem que isso afete a necessária e obrigatória imparcialidade do juiz, a qual, a seu turno, é fundamento do princípio dispositivo para que se concretize o valor igualdade.

Alvarado Velloso, a exemplo de outros garantistas, no que tange a essa postura ativa do juiz, se manifesta contrário a possibilidade de determinação de provas *ex officio*:⁸²:

A ideia de imparcialidade indica que o terceiro que atua na qualidade de autoridade para processar e sentenciar o litígio deve ostentar claramente essa característica: para ele, por isso, não pode estar colocado em posição de parte (*imparcialidad*) já que ninguém pode ser autor ou réu e juiz ao mesmo tempo.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.279.

⁸¹PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.43.

⁸² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Disponível em: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54. Acesso em: 05 jul .2013.

Humberto Theodoro Júnior ensina que, “na dosagem da aplicação do poder de procurar provas de ofício, é que reside a verdadeira sabedoria do magistrado”. Isso porque, segundo ele, embora o magistrado dirija com autoridade e soberania o processo, deve fazê-lo em estreita cooperação com as partes, sem anular suas iniciativas e ciente, acima de tudo, de que a garantia maior de solução justa é a sua imparcialidade frente aos interesses privados em conflito⁸³.

Com isso concorda Antonio Carlos Marcato⁸⁴, ao dispor que:

Se à parte é defeso valer-se de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida, deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução daquele, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção de propósitos, assim retribuindo a confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional; e essa retribuição pressupõe necessariamente que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a condução imparcial do processo.

Portanto, como se percebe pela leitura do texto, sendo a imparcialidade o fundamento do princípio dispositivo, o poder de iniciativa probatória do juiz não deve ser um simples instrumento para suprir eventual falta das partes, em virtude de inércia ou mesmo de disposição, mas deve limitar-se a servir apenas como meio de eliminação de dúvidas e perplexidades do juiz diante da atividade probatória dos litigantes, já que, em nosso ordenamento a liberdade é a primeira preocupação da ordem jurídica, ao contrário dos ordenamentos em que prepondera o sistema inquisitório⁸⁵.

De fato, não se pode olvidar que o princípio dispositivo é, em substância, a projeção no campo processual daquela autonomia privada, nos limites assinalados em lei, que encontra sua mais enérgica afirmação na tradicional figura do direito subjetivo.⁸⁶

⁸³THEODORO JR, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. In: **Revista de Processo** 23/173, jul.set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.83.

⁸⁴ MARCATO, Antonio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3021>>. Acesso em: 25 set. 2013.

⁸⁵ Humberto Theodoro explica que nosso sistema, ao contrário do que acontece nos sistemas inquisitórios (v.g. o no Direito soviético) a liberdade é uma preocupação da ordem jurídica, e nesse sentido a busca da verdade real é apenas um meio de se alcançar a justa composição da lide, ou seja, o fim do processo não é a definição da verdade, mas a realização da ordem jurídica. (THEODORO JR, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. **Revista de Processo** 23/173, jul.set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.84).

⁸⁶CALAMANDREI, Piero. **Instituciones del derecho procesal civil, segun el nuevo código**. V I. Tradução: Santiago Sentic Melendo. Buenos Aires: EJE, 1992. p.329.

Não por acaso, a autonomia da vontade também constitui fundamento do princípio dispositivo reconhecido pela doutrina processualista como elo entre os direitos subjetivos de natureza privada e o processo. E o artigo 2º do Código de Processo Civil corrobora esse entendimento ao dispor que, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Remo Cãnone⁸⁷ assinala que a tensão entre os direitos (autonomia) das partes (privada) e o processo (disciplina do instrumento institucional de composição de controvérsias) não é um dado inscrito na natureza da coisa, mas é um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores: o primeiro está colocado sobre fatos históricos – o desenho do Estado moderno, que entre os séculos XVII e XVIII, apropriou-se da função de fazer justiça e de reivindicar para si a legislação em matéria processual, na tentativa de remediar o processo romano-canônico; o segundo, sobre o plano do pensamento jurídico, cuja origem foi um verdadeiro terremoto de ideais que tiveram o seu epicentro na Alemanha na metade do século XIX e, em poucas décadas, conduziu a uma mudança na natureza da reflexão sobre proteção jurídica dos direitos em relação à sua natureza jus naturalista- o abandono do *eu privatum* e a opção clara a favor da alocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*.

Outros fatores foram agregando-se aos mencionados acima, como a preocupação em atribuir-se ao processo uma função social, ou ainda, a função instrumental de fazer a justiça que o legislador deixou de realizar, ou ainda, de realizar a “verdadeira” justiça no caso concreto, mesmo que não coincida com o desejo das partes.

E, relativamente à instrução probatória, não se pode olvidar o fato de que nosso ordenamento processual civil tem um sistema de princípios que determinam as suas diretrizes. Logo, a existência dos princípios insculpidos de forma expressa ou não nas constituições e nos códigos determinará que classe de verdade se poderá buscar ou não no curso do processo.

São os princípios, portanto, que determinam o que se pode fazer ou não.

O nosso Código de Processo Civil em sua exposição de motivos, expressamente, consagra o princípio dispositivo, e, inclusive, ressalva que os poderes reservados ao magistrado para prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça, teriam lugar no

⁸⁷CAPONI, Remo. **Autonomia privata e processo civile**: gli accordi processuali. Civil Procedure Review, v.1. n.2:42-57, jul/set, 2010.

processo de execução mais do que no processo de conhecimento, o qual se desenvolveria num sistema de igualdade entre as partes⁸⁸.

Além disso, em vários de seus artigos, segundo Barbosa Moreira “em pontos capitais”, o Código de Processo Civil deixa evidentes as diretrizes do mesmo modelo de processo (dispositivo).

Por tais razões, embora a doutrina não seja pacífica acerca do seu alcance, não há como negar que o princípio dispositivo ainda é o principal instrumento de que a parte dispõe para estabelecer limites aos poderes do juiz no que se refere à apreciação das provas, bem como das alegações e pedidos formulados no processo⁸⁹.

Enfim, o fato é que as controvérsias em torno do conteúdo e até da terminologia adequada para tratar deste importante princípio contribuíram para que se justificasse o aumento dos poderes do juiz, e, inclusive, extrapolassem as fronteiras dos interesses privados levados à apreciação do poder público.

A partir daí, as vozes contrárias à manutenção do princípio dispositivo no ordenamento jurídico como princípio de destaque na ciência processual se multiplicaram, no sentido de que tal fato se justificaria plenamente diante de um regime probatório fundado na busca da verdade real.

Seria, assim, um retorno a um processo, cujos delineamentos seriam nitidamente inquisitórios e os amplos poderes instrutórios do juiz constituiriam fator de igualdade entre as partes, concebido o processo como estrutura de política social⁹⁰.

Não se pode ignorar, porém que há uma crise no sistema de Justiça e ela não é um fenômeno recente. As pesquisas mostram que, ao menos quanto à eficiência do Judiciário, no

⁸⁸ “18. O projeto consagra o princípio dispositivo (art.266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art.130,III). Este fenômeno ocorre mais frequentemente no processo de execução que no processo de conhecimento. É que o processo de conhecimento se desenvolve num sistema de igualdade entre as partes, segundo o qual ambas procuram alcançar uma sentença de mérito. Na execução, ao contrário, há desigualdade entre o exequente e o executado. O exequente tem posição de preeminência; o executado, estado de sujeição. Graças a essa situação de primado que a lei atribui ao exequente, realizam-se atos de execução formada contra o devedor, que não pode impedi-los, nem subtrair a seus efeitos.” (Exposição de Motivos do CPC).

⁸⁹ Como leciona Daniel Penteado de Castro: “Em linhas gerais, o princípio dispositivo é aquele segundo o qual a vontade relevante e decisiva no processo é a das partes: consiste no poder das partes de dispor do processo civil, determinando com sua atuação o início, o objeto, o desenvolvimento e o término do processo. Não são pacíficos na doutrina a dimensão do princípio dispositivo e seu conteúdo” (PENTEADO DE CASTRO, Daniel. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**: fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010).

⁹⁰ Conforme RICCI, Edoardo F. Il princípio dispositivo come problema di diritto vigente. **Rivista di diritto processuale**. V.XXIX (II Serie) – Padova, 1974.

que diz respeito ao tempo e à burocratização de seus serviços, a sua legitimidade vem sendo questionada desde o início da década de 1980⁹¹.

Em que pese todas as reformas feitas em nosso ordenamento processual, não se pode afirmar que os resultados, no sentido de garantir maior efetividade ao processo, foram positivos⁹².

Recentes pesquisas revelam que noventa por cento da população que se socorrem do Poder Judiciário o consideram moroso e lento na solução dos conflitos, e, desse grupo mais de sessenta por cento consideram os magistrados parciais e dependentes⁹³.

Surpreendentemente, essas mesmas pessoas, apesar da má percepção demonstrada, declararam que continuariam a procurar o Judiciário sempre que houvesse necessidade.

O fato é que os dados divulgados hoje demonstram claramente que o jurisdicionado busca o Judiciário quando dele necessita e espera que, ao cabo de um prazo razoável, possa obter uma decisão justa para si.

Caponi, discorrendo sobre a questão dos assuntos privados das partes no processo, nos diz que todos os fenômenos históricos, têm um começo, mas também têm um fim, e sua evolução torna-se em algum ponto - mais ou menos longo - história de seu fim, e se o presente já mostra alguns sinais premonitórios, o ideal é começar a refletir sobre o assunto.

A necessidade de se repensar algumas questões relativas ao tema deste trabalho já se fazem sentir em maior ou menor grau em todos os ordenamentos jurídicos.

Nesse cenário, surgem novos horizontes que acenam com mudanças capazes de, efetivamente, contribuir para uma alteração nesse panorama. Uma delas seria uma “revalorização” do princípio dispositivo, a orientar um sistema processual, em que as partes e seus advogados seriam as peças fundamentais, a quem incumbiria o dever de impulsionar o feito, pesquisar e produzir as provas necessárias para demonstrar o seu direito, e ao juiz manter a regularidade formal do processo, conduzido de forma imparcial.

Por isso, conforme leciona Maria Elizabeth Castro Lopes:

⁹¹ Dados colhidos Relatório ICJ (índice de confiança no judiciário)-Brasil do ano de 2012 – levantamento feito pela FGV que tem por objetivo aferir o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro.

⁹² A transição do liberalismo individualista para o Estado Social de Direito teve como ponto alto o substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida privada dos particulares. As mudanças sociais, projetadas no plano processual, aliados ao pensamento de que o processo é de interesse público – desconsiderando a natureza dos direitos discutidos – e onde as partes continuam com liberdade de atuação, embora essa liberdade seja mitigada e compartilhada com o juiz, que também é interessado.

⁹³ Dados colhidos Relatório ICJ (índice de confiança no judiciário)-Brasil do ano de 2012.

Para que se possa estudar o princípio dispositivo nos dias que correm, é mister situá-lo no quadro geral de tendências do processo civil para se verificar até que ponto sua configuração inicial, baseada no *none atudex petita partium e no iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*, sofreu modificações.⁹⁴

De acordo com Couture, o princípio dispositivo apoia-se na suposição, absolutamente natural, de que nos assuntos apenas de interesse privado, os órgãos judiciais do poder público não devem ir além daquilo que as partes desejam e determinam⁹⁵.

Essa suposição é distinta quando o caso envolve algum interesse social, visto que não é lícito às partes interessadas controlar a intervenção de órgãos do poder público, embora não seja simples a divisão dos assuntos entre interesses meramente privados e interesse social.

As situações somente são claras em zonas extremas. Ninguém duvida que a aplicação da pena a um homicida afeta o interesse da comunidade e não só os herdeiros da vítima, tampouco ninguém duvida de que o interesse em uma cobrança de dívida é apenas do credor.

São exemplos claros do destaque que o legislador deu ao princípio dispositivo em nosso processo civil:

1) na iniciativa (art.262, princípio) – em matéria civil, rege o princípio *nemo iudex sine actore*. Sem a iniciativa das partes não há demanda e, conseqüentemente, não há processo. Dois são os fundamentos mais essenciais para a outorga ao interessado do poder de iniciar a prestação jurisdicional e determinar o seu objeto. De um lado, tem-se a clássica concepção de que, por tratar o processo civil predominantemente de interesses privados, é razoável que se dê às partes a prioridade na escolha do momento em que a proteção ao interesse deve ser realizada, bem como a determinação do litígio, que será examinado pelo Judiciário. Afinal se os interesses privados são em princípio, disponíveis, disponível também deve ser a sua forma de proteção;

2) no impulso – em um processo acentuadamente dispositivo, o princípio do impulso processual se há confiado inteiramente às partes;

3) nas repercussões processuais advindas da disponibilidade do direito material (art.269, incisos II, V e III), já que produzida a demanda, o autor pode desistir, renunciar ou

⁹⁴LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p.64.

⁹⁵COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p.186-188.

transacionar, não se permitindo ao juiz, deixar de cancelar o ato quando este houver sido validamente praticado;

4) na instrução probatória;

5) nos limites da demanda (arts. 128,458, 459, 1ª parte), já que incumbe às partes fixar o objeto do processo, vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita*;

6) nos efeitos da coisa julgada.

Conforme se percebe, nosso Código de Processo Civil já consagra o princípio dispositivo, de forma que seria apenas um retorno às origens.

Discorrendo sobre o tema Roberto Del Claro⁹⁶ assinala que o pêndulo do Direito Processual Civil desde o século XVIII, oscila entre a concepção publicista (maiores poderes instrutórios) e a concepção privatista (maior participação das partes).

Com efeito, desde que o Estado proibiu a autotutela e uma vez que o proibiu a justiça de mão própria, é dever desse mesmo Estado proteger os direitos dos cidadãos⁹⁷.

A questão que se coloca para reflexão é se levando em consideração que o Estado serve à sociedade e não o contrário, quão justo é o resultado do processo que desconsidera o direito processual das partes na mesma proporção em que aumenta os poderes instrutórios do juiz?

1.3 Panorama doutrinário “clássico”– aspectos terminológicos

Os poderes das partes de darem início ao processo (*ne procedat iudex ex officio*) por meio da proposição da demanda, constitui um dos aspectos que mais diferenciam o processo civil do penal e essa diferença deriva da finalidade das duas jurisdições: a primeira, movida, em regra, pelo interesse privados das partes, e, a segunda, pelo interesse público na repressão dos crimes⁹⁸.

Proposta a demanda, o processo se desenvolve segundo as normas processuais que o regem entre juiz e partes.

⁹⁶ DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito, 2009, p.114.

⁹⁷ Ibidem. p. 108.

⁹⁸ LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. 17. ed. Milão: Giuffrè, 2009. p.33.

Segundo Barbosa Moreira, “‘divisão do trabalho’, no processo, constitui problema cujo tratamento, à evidencia, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores.

Incluídos nessa problemática, está a delimitação precisa dos poderes relacionados à iniciativa de instauração do feito, delimitação do objeto do litígio e do julgamento, do impulso processual, formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença, extinção do processo por ato dispositivo⁹⁹.

A dinâmica que rege a movimentação das partes e do juiz é classificada conforme o grau de interferência de cada um no âmbito do processo. Assim, se as partes tem primazia na movimentação do feito, diz-se que o processo é dispositivo. Caso contrário é inquisitivo.

A maioria da doutrina processual, no entanto, enfrentou grandes dificuldades para definir o exato significado da expressão princípio dispositivo¹⁰⁰ e embora vários processualistas tenham se debruçado sobre o tema, ainda não há unanimidade quanto a terminologia adequada.

Alguns processualistas, contudo, se destacaram e seus estudos são referência para aqueles que desejam se aprofundar sobre o tema, mas, sem dúvida, o ponto de partida foi dado pela doutrina alemã que no início do século XIX teve a preocupação de compendiar em princípios as diretrizes político-jurídicas que serviriam para ordenar o processo.

Assim, foi para designar a diretriz que subordinava a atividade do juiz à iniciativa da parte que Gönner cunhou o termo *Verhandlungsmaxime*que, como esclarece Barbosa Moreira “estaria possivelmente a indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidam de trazer à discussão em juízo”¹⁰¹.

A denominação, contudo, foi considerada inadequada para a ideia que pretendia sugerir e, décadas mais tarde, foi proposta por Orloff o termo *Dispositionsmaxime*.

Tendo em vista que o nome primitivo não foi abandonado, a doutrina passaria a distinguir as duas denominações: uma relacionada a com a liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação (*Dispositionsmaxime*)

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.35-39.

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.88.

¹⁰¹ Ibidem. p.39..

e, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e a provas desses (*Verhandlungsmaxime*)¹⁰².

Essa diferenciação permanece ainda hoje na doutrina alemã mais moderna que manteve intacta a mesma terminologia, embora alguns autores¹⁰³ empreguem uma terceira expressão – *Partebetrieb*, para designar a iniciativa da parte de instaurar o processo e também o impulso processual, restringindo o conceito da *Dispositionsmaxime* apenas ao poder de dispor do objeto do processo já pendente¹⁰⁴.

Na doutrina italiana, também o princípio dispositivo foi objeto de várias tentativas de conceituação e, a exemplo do que aconteceu na doutrina alemã, o termo foi utilizado para designar questões diversas.

Para designar a diretriz limitadora da atividade judicial em matéria instrutória, por exemplo, utilizou-se a expressão – *princípio dela domanda*, (alusão ao poder exclusivo da parte na instauração do processo)¹⁰⁵. Já o termo princípio dispositivo, serviria para designar aquilo que os alemães costumam designar de *Verhandlungsmaxime*.

Como explica Barbosa Moreira:

Existe quem objete à equiparação e só admita falar de um princípio dispositivo em sentido processual (ou impróprio) como correlato da *Verhandlungsmaxime*, ao passo que, no sentido material (próprio), o princípio dispositivo indicaria o que na Alemanha se denomina *Dispositionsmaxime*.

Como se vê a questão terminológica sempre gerou grandes dificuldades, no entanto, sabe-se que foi Carnacini¹⁰⁶, em seu ensaio clássico sobre o tema, que, ao abordar a tutela jurisdicional e a técnica do processo¹⁰⁷, forneceu elementos valiosos para que se

¹⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.39.

¹⁰³ Barbosa Moreira esclarece que Rosenberg-Schwab “reconhece ainda certa significação, à autonomia da vontade, ao lado de aspectos como o da limitação das despesas processuais e da duração do processo e o da necessidade de preservar a imparcialidade do juiz” como fundamentos da *Verhandlungsmaxime*, já ao contrário, persiste em relação à *Dispositionsmaxime* persiste a noção de disponibilidade do material como seu fundamento. (Ibidem. p.40).

¹⁰⁴ Ibidem, p.40.

¹⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.41.

¹⁰⁶ CARNACINI, Tito. **Tutela giurisdizionale e tecnica dei processo**. Studi in onoredi Enrico Redenti. V2. Milano: Giuffrè editore, 1951. p.695-772.

¹⁰⁷ “Se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo.” (Ibidem. p.695-772).

entendesse o princípio dispositivo, e conduzisse, assim, a um estudo aprofundado por parte de outros doutrinadores, como Mauro Cappelletti que partiu dos estudos do mestre para fazer uma revisão do princípio dispositivo e redefini-lo¹⁰⁸.

Carnacini¹⁰⁹ examina a realidade do processo judicial e mostra que, como qualquer instrumento colocado a serviço do homem, o processo tem suas próprias exigências, e quem pretende servir-se dele deve obrigatoriamente submeter-se a seus mecanismos e cumprir suas regras¹¹⁰.

Para o mestre, o processo serve à parte enquanto instrumento para a tutela jurisdicional e, por sua vez, o processo, como qualquer instrumento também não jurídico, tem suas próprias regras e os sujeitos que dele se utilizam devem adaptar-se ao seu mecanismo interno e a ele conformar a sua própria atividade.

Seria, assim, o processo frente e verso de uma mesma realidade: de um lado, a parte se serve do processo civil, deduz, ou seja, coloca em jogo e faz valer um direito subjetivo ou, ainda, um interesse juridicamente protegido; por outro lado, a parte deve agir em juízo de acordo com certas regras processuais, cuja inobservância ou inadimplemento seriam um ônus. Seu descumprimento comporta determinadas consequências, capaz de se voltarem até, em certos casos, pela via indireta contra o sujeito que, segundo o direito substancial, poderia ter razão¹¹¹.

Dessa forma, quando a parte se serve do processo para obter a tutela jurisdicional de um interesse material, ela deve mover-se de acordo com as regras do ordenamento sobre os interesses materiais das pessoas, pôr em jogo aquilo que se chama ou se pode chamar de um direito, com o dever de cumprir os atos processuais – e, nesse caso, submeter-se à técnica peculiar do processo¹¹².

¹⁰⁸Cappelletti em sua obra chega a conclusão de que os poderes das partes se encontram em planos diferentes, distinguindo um princípio dispositivo em sentido próprio e outro princípio dispositivo em sentido processual. (CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza dela parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè Editores, 1962).

¹⁰⁹CARNACINI, Tito. **Tutela giurisdizionale e tecnica dei processo**, negli Studi in onore de E. Redenti. V2. Milano: Giuffrè editore, 1951. p. 695-772.

¹¹⁰LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p.92.

¹¹¹ “a) *Il processo serve alla parte in quanto è strumento per la tutela giurisdizionale; a sua volta peraltro il processo, come ogni ‘strumento’ anche non giuridico, ha le sue proprie esigenze, nel senso che i soggetti che vi si valgono debbono adattarsi al suo meccanismo interno e ad esse conformare la propria attività.*” (CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza dela parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè Editores, 1962. p.305).

¹¹²LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p.92.

Como se percebe, embora sejam coisas distintas – a tentativa de tutelar o direito material e a contribuição que dá ao processo – ambas estão intimamente relacionadas.

Para Carnacini, torna-se necessário distinguir as normas, deveres, poderes e, sobretudo, os atos que se relacionam, no momento do pedido, à tutela de interesse material deduzida em juízo, das normas, poderes e deveres – e, em particular, aos atos que, em sentido contrário, se referem à técnica e estrutura interna do procedimento.

Assim, no momento em que o autor propõe a ação judicial, a parte dispõe de seu interesse material e, mais precisamente, dispõe do poder de requerer a tutela jurisdicional.

Respectivamente àquele primeiro e segundo momentos, referem-se os conceitos elaborados ao final do século passado pela doutrina alemã, o chamado *Dispositionsmaxime* (princípio dispositivo) e ao *Verhandlungsmaxime* (literalmente, princípio da negociação)¹¹³.

E, nesse caso, poder-se-ia afirmar que o princípio dispositivo continua em vigor em relação à esfera particular das partes (direito material), como também o princípio inquisitivo, quando se tratar de direitos indisponíveis (direito processual).

O traço distintivo entre um e outro estaria na dependência de aceitar, ou não, como indispensável a contribuição das partes na obra de reconstrução dos elementos de fato¹¹⁴

Com isso, quer dizer Carnacini, que não há como se falar em um princípio dispositivo cem por cento puro, mas isso não significa dizer o oposto, ou seja, que se admita um processo inquisitivo cem por cento.

Liebman, a partir do estudo da doutrina alemã, identificou que a máxima *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* foi a base que sustentou os escritores alemães na formulação dos critérios de direção que regulam a dinâmica dos mecanismos processuais¹¹⁵.

Nesse estudo, Liebman explica que, para os alemães do início do século XIX, no processo civil, só estavam em jogo os interesses das partes. Por isso, incumbia a elas não só a iniciativa do processo, mas também a oferta dos elementos e meios para formar a convicção do juiz. Só muito tempo depois, foi possível distinguir-se o direito exclusivo de propor o

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Temas de Direito Processual** (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989. p.39.

¹¹⁴ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p.93.

¹¹⁵ *Ibidem* p.95.

processo e de pedir a tutela jurisdicional das regras de iniciativa das partes no desenvolvimento dos argumentos e da instrução da causa.

A partir daí, a doutrina italiana no início do século XX e a legislação vigente passaram a disciplinar o “princípio da demanda”, seu correspondente “princípio da pretensão e da sentença” e o “princípio da disponibilidade das provas”, que vêm a ser a regra sobre o dispositivo no que concerne às provas.

Liebman expõe que alguns consideravam o princípio dispositivo como estritamente dependente do princípio da demanda, como direito de dispor do direito privado refletido no andamento do juízo, enquanto outros o consideravam como simples conceito diretivo do legislador, mero princípio da oportunidade que representava a possibilidade de as partes defenderem seus próprios interesses¹¹⁶.

O ponto de vista de que o princípio dispositivo seria mero princípio da oportunidade prevaleceu, porque, uma vez instaurado o processo, seu desenvolvimento não deve obedecer à vontade das partes, mas aos meios mais idôneos para garantir o melhor exercício da função jurisdicional.

Liebman, no entanto, inclui no âmbito do *principio dela domanda*, além da exclusividade do poder de iniciar o processo, outras faculdades privativas da parte, como a de fixar o objeto do julgamento e, colocava em relevo a necessidade de preservar a imparcialidade do juiz, para explicar o princípio dispositivo que pela terminologia adotada pelo autor correspondia a *Verhandlungsmaxime*.

Para o mestre, ninguém é bom juiz em causa própria e, por isso, o juiz deve ser um estranho à lide e imparcial, em posição de neutralidade e equidistância da posição de quaisquer das partes.

Mauro Cappelletti, em sua obra *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, propôs uma revisão arrojada dos conceitos até então estabelecidos no que se refere à instrução probatória. O mestre italiano fez uma verdadeira revisão do princípio dispositivo e concluiu que o juiz é também diretor material¹¹⁷ – e não só formal, do processo.

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo*. In: **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962. p. 3.

¹¹⁷ O juiz tem o dever de direção do processo. Essa direção do processo pode ser cindida entre direção formal e direção material. A direção formal é necessária e não controversa. Ela diz respeito a quem é responsável no processo civil pela marcação de audiências, pelas citações e intimações e pelo impulso do procedimento em geral. A direção material, de outra sorte, é forma de ativismo judicial. O juiz não assiste o desenrolar do processo como um árbitro, antes, participa e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo. (DEL CLARO, Roberto. **Direção material do**

De formação eminentemente voltada para o social, e preocupado com a distribuição de uma justiça igualitária, Cappelletti, em sua obra clássica, propõe a conciliação do princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz, e para isso, parte dos estudos elaborados por Tito Carnacini para revisitar e redefinir o princípio dispositivo¹¹⁸.

Cappelletti considera muito importante, de fato, para exata compreensão do instituto, dissipar um equívoco: o de achar que o uso do conhecimento da parte por meio do instrumento do interrogatório livre, simples ou juramentado, seja inconciliável com o caráter dispositivo do processo civil.

O mestre dissentiu de Carnacini em alguns pontos, pois pareceu-lhe inadequada a expressão italiana, quer a denominada para designar o “princípio dispositivo”, quer a usada para apelidar “*princípio della trattazione*”, na medida em que utilizada “onicompreensivamente” pela doutrina italiana, sem respeito à já demonstrada distinção dos fenômenos¹¹⁹.

Em síntese Cappelletti, considerou como notáveis os seguintes pontos da obra de Carnacini:

1) a atividade do processo em favor da parte como instrumento da tutela jurisdicional e a utilização do instrumento processo como mecanismo interno em sentido jurídico resultam que, no momento da utilização do processo, as partes devem seguir as regras processuais, mesmo no caso de derrota processual;

2) a distinção entre as normas, poderes e deveres no momento do pedido da tutela jurídica material deduzida em juízo, ou seja, o interesse material das partes, das normas, poderes e deveres que alicerçam a estrutura e a técnica interna do procedimento, isto é, os meios processuais que melhor se adaptam aos fins que desejam alcançar;

3) a diferença entre os conceitos elaborados pela doutrina alemã sobre o princípio dispositivo e a sua divisão em “princípio dispositivo”(*Dispositionsmaxime*) e “princípio do debate”(*Verhandlungsmaxime*).

processo. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. p.176).

¹¹⁸ “Nostro compito preliminare è quindi quello di precisar che cosa s’intenda, anziché cosa debbainterdersi per principio o per processo ‘dispositivo’.” (CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità.** Milano:GiuffrèEditores, 1962).

¹¹⁹ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O princípio dispositivo em sentido material e forma. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260 Acesso em: 15 dez. 2013.

Registrem-se os pontos de discordância de Cappelletti em relação ao pensamento de Carnacini:

1) não aceitação da dupla terminologia conferida pela doutrina alemã ao princípio dispositivo, adotada pela doutrina italiana que, segundo Cappelletti, utiliza o termo de forma abrangente e coloca no mesmo plano fenômenos diversos¹²⁰;

2) tentativa de diferenciação dos termos da doutrina alemã em *Dispositionsprinzip* para o monopólio da parte na determinação do objeto a ser deduzido em juízo sem caráter de um princípio processual;

3) distinção que Carnacini faz entre o momento da disposição do direito substancial e da sua tutela e o momento da escolha da técnica processual, mas classificando-os no mesmo plano.

Para Cappelletti, os poderes das partes encontram-se em planos diferentes, razão por que se pode estabelecer a existência de “princípio (processo) dispositivo em sentido material” ou sentido próprio – (*Dispositionsprinzip*) e “princípio (processo) dispositivo em sentido processual” ou impróprio, que seria relativo à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e na espécie, a escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (*Verhandlungsmaxime*).

Cappelletti fixa os limites entre a iniciativa das partes e os poderes da iniciativa do juiz e estabelece que o poder de direção formal do processo pertence ao juiz, mas este não pode agir de ofício, tampouco pode ultrapassar os limites estabelecidos pelas partes, ou seja, o juiz seria, além de diretor formal do processo, um diretor material do processo, haja vista que ele, nessa qualidade, assume poderes referentes ao objeto deduzido em juízo, à matéria do processo.

A questão terminológica como se vê é polêmica e ainda hoje a doutrina costuma atribuir sentidos diversos para a expressão princípio dispositivo. José Roberto Bedaque, considera que a expressão princípio dispositivo seja reservada somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo, e, tais reflexos, referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial.

Leciona o mestre que no Brasil, a exemplo de outros ordenamentos, o Código de Processo Civil harmonizou os sistemas dispositivos e inquisitórios, pois ampliou os poderes do juiz, sem contudo, excluir o ônus das partes de demonstrar os fatos afirmados.

¹²⁰ Referência à distinção feita pela doutrina alemã entre princípio dispositivo e princípio do debate (*principio dela trattazione*).

A doutrina brasileira, segundo Barbosa Moreira, costuma reportar-se ao princípio dispositivo quando querem aludir a qualquer das manifestações de subordinação do juiz à iniciativa da parte.

O panorama começa a mudar e já se percebe algumas tentativas de diversificação terminológica e já se sugeriu, inclusive o uso de expressões diferentes para designar os princípios que a moderna doutrina alemã distingue sob os nomes de *Verhandlungsmaxime* e *Dispositionsmaxime*.

Conclui o mestre que o panorama denota insuficiente reflexão sobre o assunto, pelo fato de que é difícil contrariar usos inveterados, em terminologia como em tudo mais.

1.4 Considerações acerca dos escopos da jurisdição e seus efeitos sobre o princípio dispositivo

Segundo Nicola Picardi, na dinâmica de formação e evolução dos ordenamentos jurídicos, a História mostra que estes sempre apresentaram um movimento pendular entre legislação e jurisdição¹²¹.

Hodiernamente, esse movimento parece vocacionado para a jurisdição e a doutrina jurídica. Isso se comprova, segundo o autor, pela crescente valorização do direito jurisprudencial e o sentimento geral de que cabe ao juiz a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social na qual se desenrola o processo¹²².

De fato, não se tem dúvida de que, se o processo se desenvolve como instrumento de pacificação social, a jurisdição reflete a realização dos próprios fins do Estado manifesta e faz aplicar o Direito na dinâmica dos fatores que conduzem o desenvolvimento social, econômico e político, ou neles se engaja em face das variações das diretrizes políticas

¹²¹ No início do século XIX, Savigny cunhou o termo ao falar de uma “vocação” para a legislação e a ciência jurídica; no século XX, ao fim dos anos trinta falava-se de um ordenamento “vocacionado” para a codificação e, ao final dos anos setenta, para a decodificação (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e tradutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.).

¹²² O resultado desse sentimento se faz sentir nas possibilidades postas a disposição do juiz para a escolha de soluções diversificadas – escolhas e adaptações do procedimento e das técnicas de resolução das controvérsias, bem como no aumento da discricionariedade exposta na substituição das tutelas de cognição plena e exauriente pelas de cognição sumária (cautelares e antecipatórias), o que de per si demonstra a expansão do âmbito da intervenção jurisdicional constatada não só no plano processual, mas também, no direito material (Ibidem).

conjunturais que se desenrolam no decorrer da história e, sabe-se que, de modo igual, seus objetivos refletirão essas mesmas variantes.

Assim, na medida em que, na jurisdição, o Estado substitui os titulares dos interesses para, imparcialmente, declarar a vontade da lei, e buscara pacificação dos conflitos que os envolve com justiça, percebe-se que os poderes instrutórios do juiz guardam íntima ligação com esse instituto, já que se justifica nesta necessidade (de pacificar com justiça) uma participação mais ativa do magistrado nas iniciativas probatórias.

Portanto, tendo em vista que o processo nada mais é do que uma relação jurídica que serve como instrumento, com vistas à obtenção de um provimento justo, e revela-se por meio da atividade do juiz (agente estatal), é imprescindível que se faça uma breve consideração acerca dos escopos deste instituto fundamental do Direito Processual.¹²³

De fato, é preciso estudar a jurisdição e os efeitos dos seus escopos – sociais, políticos e jurídicos - sobre o princípio dispositivo, para melhor entender e avaliar qual deles deve prevalecer, considerada a função da prova no processo.

Seria de fato impossível não tratar do tema, ainda que de forma superficial, visto que, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco¹²⁴:

mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) -, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípio e normas que a integram.

Como se vê, os institutos fundamentais do Direito Processual Civil guardam ampla ligação como exercício dos poderes instrutórios, cuja finalidade, dentro da moderna concepção desse instituto, tem como escopo atender à ordem jurídica justa¹²⁵.

¹²³CASTRO, Daniel Penteadó. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.21.

¹²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** V.I. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.303.

¹²⁵ Para Daniel Penteadó de Castro, “O processo é uma relação jurídica que serve como instrumento através do qual se visa a um provimento justo. Na relação jurídica processual havida entre autor e réu, sendo a eles asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, desenvolve-se a atuação do magistrado, para dirigir o processo de modo a atingir o escopo jurídico da jurisdição”. (CASTRO, Daniel Penteadó. Op.cit.)

A jurisdição é, portanto, em sua essência a atividade estatal destinada a garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico¹²⁶, visto o escopo jurídico da jurisdição ser a realização da vontade concreta da lei, de onde deflui a realização dos escopos sociais e políticos¹²⁷, o interesse do Estado sobrepõe-se ao dos litigantes.

E é, precisamente, por meio do trinômio – função, poder e atividade que se liga a jurisdição à atividade estatal, conforme leciona Sidnei Amendoeira Jr.:

Mais do que função do Estado, porém, a jurisdição pode ser caracterizada como uma das expressões do poder estatal, poder esse que através do qual se decide e se impõem decisões e que se exerce através do processo¹²⁸.

O Estado, portanto, possui uma função jurídica exercida em dois momentos distintos. O primeiro, ao legislar, estabelece normas que irão reger as relações entre os jurisdicionados de forma abstrata; em um segundo momento, atua ao declarar a vontade desta norma e impõe-se, caso necessário¹²⁹.

Nesse contexto, jurisdição pode ser caracterizada como atividade, assim considerados os atos do juiz no processo, exercendo os poderes em que foi investido e cumprindo a função que a lei lhe atribui.

Vários dos conceitos que tentaram definir jurisdição apontam nesta direção. Para Ugo Rocco, por exemplo:

A função jurisdicional ou judicial é, pois, a atividade com que o Estado, intervindo a instância dos particulares, procura a realização dos interesses protegidos pelo direito, que restaram insatisfeitos pela falta de atuação da norma jurídica que os ampara¹³⁰.

Liebman, por sua vez, afirma que a jurisdição teria como função “formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada

¹²⁶LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di diritto processuale civile**. V I. Principi. 5. ed. Milano: Giuffrèeditore, 1992. p.4.

¹²⁷ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.99, 100, 204-205 e 388).

¹²⁸AMENDOEIRA 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. p.9.

¹²⁹Ibidem. p.9

¹³⁰ ROCCO, Ugo. **Derecho Procesal civil**. Trad. esp. Felipe de J. Tena. México: Porrúa, 1939. p.29.

situação jurídica”. O mestre considerava assim, que o magistrado deveria interpretar a lei e preencher suas lacunas, não só levando em conta o próprio ordenamento jurídico, como ainda a realidade social em que ele se inseria¹³¹.

Para chegar a esse conceito, Liebman partiu da observação dos dois mais clássicos e representativos conceitos de jurisdição: os conceitos cunhados por Chiovenda e Carnelutti¹³².

Para Giuseppe Chiovenda:

Jurisdição pode ser definida como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente eficaz.¹³³

Para Chiovenda, a jurisdição caracteriza-se como atividade substitutiva, tanto no processo de conhecimento, como no de execução¹³⁴.

Já, segundo Carnelutti¹³⁵, o processo é um meio de que o Estado se vale para a justa composição da lide¹³⁶, ou seja, a atividade jurisdicional visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação¹³⁷.

¹³¹ “Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Elas ditam realmente as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade, mas, como ordinariamente essas regras tem conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, sempre que falte a observância espontânea é necessário identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até meios coercitivos”.

¹³² Esses dois conceitos foram resultado da grande controvérsia travada entre as duas correntes de pensamento lideradas, respectivamente, por Chiovenda e Carnelutti, quais sejam a teoria dualista e a teoria unitária do ordenamento jurídico. Para Chiovenda existe a perfeita distinção entre o direito material e o Direito Processual, cabendo àquele regular as relações entre as pessoas de maneira abstrata até o momento em que ocorre o fato concreto que deve adequar-se a norma que antes era abstrata. Para Carnelutti, o comando contido na lei material é incompleto, já que, por ser abstrato, não pode compreender de maneira absoluta todas as situações do dia a dia, de modo que a jurisdição, por meio do processo, atuará para complementar o comando legal, compondo a lide conforme SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. V.I. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.29.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. V I. Tradução E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid: Editorial Revista DelDerecho Privado, 1948. p.1-2.

¹³⁴ “A nós parece que é característica na função jurisdicional é a substituição da atividade pública por uma atividade privada. Esta substituição ocorre de dois modos correspondente aos dois estados do processo, conhecimento e execução (livre tradução)” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal**. Tomos I e II. Tradução Jose Casais y Santaló. 3. ed. Madrid: Reus, 1977. p.37).

¹³⁵ Carnelutti parte de alguns conceitos para definir jurisdição. Para o mestre tudo começa pela ideia do interesse, definido como posição favorável à satisfação de uma necessidade. Como as necessidades humanas são ilimitadas e os bens necessários à satisfação destas, limitados surgirá um conflito de interesses sempre que a necessidade de satisfazer um interesse, exclui a satisfação do outro. Havendo resistência surgirá aquilo que se chama lide: conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência de outro.

Para o mestre, o escopo do processo seria, então, a justa composição da lide, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso e dá razão a uma das partes.

Liebman, para chegar a seu próprio conceito¹³⁸, analisou os dois conceitos acima mencionados e observou que, na definição de Chiovenda, está esculpida a relação entre lei e jurisdição. Com a ideia de substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte a observância do que a lei dispõe. Na definição de Carnelutti, que vê na jurisdição a justa composição da lide, o mestre considera que a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procura captar a matéria a que a lei é aplicável e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz¹³⁹.

Segundo Ovídio Baptista, o problema conceitual da jurisdição deriva de duas questões: a primeira, relacionada à teoria constitucional moderna, que pressupõe como princípio do Estado democrático a divisão dos poderes estatais, que deverão ser exercidos por autoridades independentes entre si. Portanto, a função jurisdicional, assim como as funções legiferante e administrativa seriam atribuídas a poderes mais ou menos autônomos. A segunda afirma que a atividade jurisdicional será sempre provocada pela vontade de um titular de um direito subjetivo, que poderá exercê-la livremente de acordo com a sua conveniência e quando julgar oportuno¹⁴⁰.

¹³⁶ Como o conceito de jurisdição esboçado por Carnelutti está intimamente ligado ao de lide – sem ela inexistindo a atividade jurisdicional, é importante recordar que lide seria para o mestre um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

¹³⁷ “Como é por demais conhecido, Carnelutti construiu todo o seu sistema jurídico em torno do conceito de lide, instituto de origem metajurídica que o mesmo definia como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.60.

¹³⁸ Para Liebman, jurisdição é a “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. V.I. 3. ed. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.23.

¹³⁹ *Ibidem*. p.22-23.

¹⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.58.

O juiz seria, por assim dizer, a *longa manus* do legislador, uma vez que, transforma, pela jurisdição, em comando concreto entre as partes as normas gerais e abstratas da lei¹⁴¹.

Jurisdição é, portanto, função estatal e não um poder do Estado, mas tão somente expressão deste.

Resulta da junção dessas duas questões que delineiam a sua finalidade, o já clássico conceito de jurisdição como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente e com justiça, buscar a pacificação do conflito¹⁴².

É assim que o Estado, por meio da jurisdição, busca fazer com que se atinjam, no caso concreto, os objetivos da norma de direito substancial, ou seja, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação das normas de direito substancial¹⁴³.

Contudo, relegar o escopo jurídico a mera realização do direito substancial seria conferir-lhe um papel insignificante. De fato, a realização do direito material está inserida num objetivo maior, que visa não só ao cumprimento da norma, mas também a que o ordenamento jurídico seja preservado em sua autoridade, de modo a assegurar a paz e a ordem na sociedade favorecida pela imposição da vontade impositiva do Estado.

Os escopos sociais e políticos da jurisdição são, portanto, decorrência lógica da correta incidência da regra de direito material, já que, na medida em que a lei representa a vontade social, e atua no caso concreto, já haverá pacificação com justiça¹⁴⁴.

Esse princípio (inércia) se apoia na suposição, absolutamente natural, de que, nos assuntos que tratam apenas de interesse privado, os órgãos judiciais do poder público não devem ir além daquilo que as partes desejam e determinam¹⁴⁵.

¹⁴¹CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.3.

¹⁴²CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.155.

¹⁴³Ibidem. p.157.

¹⁴⁴Os escopos sociais depreendem a ideia de pacificação social. Sob essa premissa, a jurisdição deve proporcionar o resultado do processo que seja adequada a uma finalidade social, de sorte que a justiça da decisão satisfaça aos litigantes (CASTRO, Daniel Penteado. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010).

¹⁴⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.31.

É bem distinta a suposição quando o caso envolve algum interesse social, ante o qual não é lícito às partes interessadas controlar a intervenção de órgãos do poder público. É claro que não é simples a divisão dos assuntos entre interesses meramente privados e interesse social. As situações somente são claras em zonas extremas¹⁴⁶.

Ninguém duvida de que a aplicação da pena a um homicida afeta o interesse da comunidade e não só os herdeiros da vítima. Tampouco ninguém duvida de que o interesse em uma cobrança de dívida é apenas do credor¹⁴⁷, ou, ainda, que os litígios decorrentes de um contrato de compra e venda de pneus interesse apenas àqueles que fazem parte da avença.

É válido supor, portanto, como a finalidade do direito é ordenar a convivência social e compor os eventuais conflitos que possam surgir entre os homens, não há como deixar de concluir que o objetivo primeiro da jurisdição é a atuação da vontade do direito material. Atuada a norma no caso concreto, já haverá pacificação com justiça.

Nesse caso, na medida em que o Estado legislador estabeleceu previamente as regras de conduta, sua observância é essencial à paz e à convivência social¹⁴⁸, de modo que não haveria motivos para que o juiz fosse além daquilo que as partes optaram por trazer ao seu conhecimento e com o objetivo de formar-lhe o convencimento.

Como bem assevera Bedaque, se o Estado permite que o interesse permaneça violado diante da inércia do titular, trata-se de direito privado. Mas, se não admite essa situação e atribui a órgãos seus o dever de providenciar a atuação do direito, esse deve ser considerado público.

Conclui-se, portanto, que, quando estiverem em jogo litígios que versem exclusivamente sobre direitos privados, haverá uma vedação natural para a determinação de provas *ex officio*.

¹⁴⁶COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p.187.

¹⁴⁷Ibidem. p.187.

¹⁴⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.31

1.5 Princípio dispositivo e princípios constitucionais do processo

Conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁴⁹, é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve, afinal, todo o Direito Processual tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo.

É, portanto, natural que, como instrumento o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-se nas mutações por que ela passa¹⁵⁰.

A primeira década do século XXI tem vivenciado mudanças profundas no Direito, cujo fundamento se encontra, em grande medida na evolução do pensamento estampada na Constituição Federal de 1988¹⁵¹.

Assim é que se relativiza, ao menos no plano ideal, a abstração científica e estéril entre o Direito Civil (direito material, portanto) e o Direito Processual. Seguem por evidente, como disciplinas autônomas e ramos próprios do estudo, porém não podem existir, por si e para si, desconectadas da função que exercem, como integrantes da ordem jurídica, em relação à sociedade a que se destina¹⁵².

Como se percebe, a própria Constituição incumbe-se de configurar o Direito Processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação de Direito Civil (direito material), mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.

Desta maneira, a dimensão alcançada pelo Direito Constitucional atinge especialmente, o Direito Processual, em cujo conteúdo se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, por meio de procedimentos demarcados formalmente em lei.

¹⁴⁹CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.p. 87/89.

¹⁵⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.33.

¹⁵¹FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação.**Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 7-13, abr./jun. 2011. p.7.

¹⁵² Ibidem. p.8.

Por isso, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o Direito Processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos já que no Direito Constitucional encontram-se os princípios fundamentais do processo.

Além dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, há os específicos, cuja incidência é direta e, em virtude dos quais, o processo apresenta determinadas peculiaridades, como por exemplo, princípio do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, da subordinação da jurisdição à lei, da declaração e atuação do direito objetivo e ainda, os poderes do juiz no processo¹⁵³.

O princípio dispositivo embora não esteja inserido entre os princípios constitucionais do processo, a esses se liga, já que muitos desses princípios relacionam-se aos direitos e deveres das partes no curso da instrução processual.

Tome-se como exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa. A doutrina ressalta ser o contraditório, princípio essencial para que o processo se desenvolva de maneira uniforme, ao resguardar as partes contra possíveis arbitrariedades, e, ao permitir que sejam observados e cumpridos os atos processuais de maneira regular.

Da mesma maneira, o direito à prova insere-se, portanto, nesta categoria de direito fundamental em decorrência do contraditório, da igualdade e do acesso à justiça, visto que, o fim da instrução probatória é a busca pela verdade e essa, certamente, passa pela efetiva participação das partes durante o contraditório que se estabelece em busca da verdade.

Outro princípio constitucional que também guarda relação com o princípio dispositivo é o da fundamentação das decisões judiciais, já que “o dever de motivar as decisões judiciais nada mais é do que senão a somatória da exteriorização do direito à valoração da prova – componente fático com as razões de direito que conduzem ao convencimento naquele rumo¹⁵⁴.”

Essa condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, como explica Cintra, Grinover e Dinamarco, toma o nome de Direito Processual Constitucional que longe de ser um ramo autônomo do Direito Processual, permite que se possa examinar, de um ponto de vista sistemático e metodológico, o processo em suas relações com a Constituição.

¹⁵³CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.p. 88.

¹⁵⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria Geral da Prova** – aspectos polêmicos. Salvador: JusPodivm, 2005.

Não há dúvida, portanto, “de que a Constituição se constitui no instrumento jurídico de que se utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios¹⁵⁵”, tendo em vista que a importância maior do estudo e da melhor definição dos princípios está na possibilidade de sua efetiva aplicação.

1.6 O sistema adversarial e o sistema inquisitório

No panorama jurídico do Ocidente, conforme leciona Barbosa Moreira, é usual a contraposição entre dois grandes grupos: o dos ordenamentos romano-germânicos e o dos anglo-saxônicos, aos quais se aplicam, respectivamente, as conhecidas denominações *civil law* e *common law*¹⁵⁶.

O confronto entre esses sistemas é frequente e feito sob diversos enfoques, porque a organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais quanto à instauração, desenvolvimento e conclusão do processo¹⁵⁷.

O confronto mais comum é aquele que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes na instrução probatória.

Dessa “divisão” resultaram dois modelos de processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial¹⁵⁸. O primeiro é típico dos países em que se adota o sistema jurídico *common law*, especialmente Inglaterra e Estados Unidos da América, enquanto o outro instrumentaliza o sistema jurídico *civil law*, presente na maioria dos países ocidentais, entre os quais o Brasil¹⁵⁹.

¹⁵⁵CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 85.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo**: um enfoque comparativo. Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.40-41.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie et. al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.207.

¹⁵⁸ “Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.” DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Podivm, 2013, p.207-217.

¹⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo**: um enfoque comparativo. Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.40-41.

É evidente que, no sistema adversarial, recai sobre as partes o poder de conduzir o feito e confia-se, sobretudo, nos seus esforços para produzir as provas necessárias à reconstrução dos fatos. Em proporção inversa, espera-se do juiz uma posição mais passiva, de árbitro absolutamente equidistante, responsável, especialmente, por assegurar a absoluta isonomia entre as partes e o cumprimento das regras estabelecidas¹⁶⁰.

Neste sistema, conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno, assegura-se aos litigantes grande liberdade para conduzir o processo em todos os seus sentidos, de acordo com a própria vontade e “estratégias”.

De fato, no sistema adversarial, reconhece-se aos litigantes “o direito de litigar perante um tribunal longe da participação ou interferência de estranhos”. O juiz deve intervir minimamente, atuar apenas para decidir questões controvertidas insuperáveis pelas próprias partes ou para impor sanções a um litigante, quando bem solicitada pelo adversário, ou seja, a sua função principal é decidir.

Conforme explica Sidnei Amendoeira Jr., o juiz inglês, por exemplo, fala, age pouco e decide muito pouco também, porque, segundo o autor, não só não pode afrontar o princípio da soberania do júri, como também não pode substituir uma atividade das partes (produção probatória) por uma atividade sua e resta-lhe apenas o dever de dirigir a audiência e garantir a lealdade processual¹⁶¹.

Trata-se, como assevera Alvarado Velloso, de um método bilateral de resolução dos conflitos no qual os sujeitos, embora desiguais, discutem pacificamente em igualdade jurídica assegurada por um terceiro imparcial, que atua como autoridade, dirige e regula o debate para, ao final, decidir, sentenciar. As partes são as “donas” da lide e cabe a elas fixar os seus contornos, afirmar, reconhecer ou negar os fatos submetidos a julgamento, bem como aportar o material necessário para provar as alegações¹⁶².

¹⁶⁰ PEÑA. Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o estado e desafogo do Judiciário. Tese (doutorado em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Livre-docente Cassio Scarpinella Bueno) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

¹⁶¹ 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. p.54.

¹⁶² PEÑA. Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o estado e desafogo do Judiciário. Tese (doutorado em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Livre-docente Cassio Scarpinella Bueno) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

No sistema adversarial, como é de se intuir, prepondera o princípio dispositivo.

Aliás, conforme adverte Fredie Didier Jr., o termo princípio é utilizado como fundamento¹⁶³, ou seja, como orientação preponderante, porque quanto mais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo o legislador atribuir às partes, tanto mais se obedece ao princípio dispositivo¹⁶⁴.

No sistema inquisitorial, presente nos ordenamentos cujas origens estão no sistema romano-germânico (*civil law*), tem-se como característica principal um forte protagonismo do juiz, de forma que quanto mais poderes forem atribuídos ao juiz, mais inquisitivo o processo será.

Por conta da participação do juiz, o modelo é também conhecido como assimétrico ou moderno, justamente porque, verticalizando a relação jurídica processual, acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes¹⁶⁵.

O sistema inquisitorial caracteriza-se por atribuir ao juiz amplos poderes sobre a direção e instrução do processo com uma participação ativa durante todo o procedimento e ampla liberdade na investigação da verdade, de modo que, relativamente à investigação probatória, se permitem iniciativas *ex officio* ao juiz¹⁶⁶.

Releve-se, por oportuno, que uma parcela da doutrina alega existir uma vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador e o tipo de regime político vigente no momento da opção por este ou por aquele sistema. A predominância do princípio dispositivo seria característica do regime liberal, ao passo que a prevalência do princípio inquisitivo estaria ligada aos regimes autoritários¹⁶⁷.

¹⁶³Fredie Didier explica que a dicotomia princípio inquisitivo está, intimamente, ligada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de inquisitividade; sempre que se deixa ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”. DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Podivm, 2013.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.209.

¹⁶⁵GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p.110.

¹⁶⁶ O art. 130 do CPC permite ao juiz determinar a produção de provas *ex officio*.

¹⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.54.

Essa opinião é sustentada por uma corrente de doutrinadores¹⁶⁸ que integram o chamado grupo de garantistas e consideram o garantismo processual como forma de defesa da parte em face do Estado.

Segundo os doutrinadores, filiados a essa corrente de pensamento, um processo que se desenvolve no sistema dispositivo quando as partes são donas absolutas do impulso processual, elas decidem não só quando ativar ou paralisar a marcha do processo, como também quando fixar os termos do litígio a resolver. Afirmam, reconhecem ou negam, os fatos apresentados à apreciação e julgamento, levam aos autos o material necessário para confirmar as suas alegações (provas) e, por fim, também as partes podem a qualquer tempo, se assim o desejarem, pôr fim ao pleito.

Em síntese, isso sugere uma filosofia liberal cujo centro e destinatário do sistema é o sujeito.

O fato é que a preponderância do princípio dispositivo ou inquisitivo pode manifestar-se de formas diversas em relação aos temas relacionados¹⁶⁹ e nada impede que o legislador possa optar entre um e outro modelo de forma inflexível, conforme assevera Barbosa Moreira:

Fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, resposta de idêntica inspiração.¹⁷⁰

De fato, não se pode afirmar que o modelo processual brasileiro é dispositivo ou inquisitivo, mas há a predominância de um ou outro, dependendo do tema tratado. Além disso, doutrinadores como José Roberto Bedaque e Barbosa Moreira defendem que a acepção

¹⁶⁸O Garantismo processual funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli, que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito e que conta com ardorosos defensores como Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correa de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani e Girolamo Monteleone (Itália), Alvarado Velloso (Argentina) e Hugo Caveró (Peru) dentre outros.

¹⁶⁹ “A ‘dispositividade’ e a ‘inquisitividade’ podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc”. DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Podivm, 2013.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.53.

princípio dispositivo seja reservada somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo¹⁷¹.

No entanto, no que se refere à necessidade de a parte dar início ao processo, é irrelevante a natureza do direito discutido.

¹⁷¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.91.

2. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

2.1 Prova: origem e noções gerais

A clássica lição de Chiovenda de que “*provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes*”, de per si, demonstra toda a importância e magnitude desse importante instituto processual, cujas origens estão nas civilizações do Oriente, embora o mais recorrente ponto de partida seja o Direito Romano, em virtude de sua elaboração sistemática como conjunto jurídico-civilizacional.¹

É possível identificar três momentos históricos principais com relação ao desenvolvimento de um sistema probatório, embora sem uma demarcação precisa devido ao longo lapso temporal desse processo evolutivo, em que já se vislumbra a importância do Instituto.

Em um primeiro momento, como as sociedades não passavam de grupos de pessoas sem organização formal e, portanto, não se conhecia uma organização jurídica, a figura do magistrado era inexistente e a “justiça” consistia basicamente na vingança privada.

Nesta época, portanto, tendo em vista o contexto, era irrelevante a prova dos fatos.

Mais adiante, embora a escassez de fontes não permita que se possa aferir com precisão a natureza dos procedimentos antes da Lei das XII Tábuas, é possível afirmar que, com a organização dos povos em sociedade, a vingança privada desaparece e deixa espaço para a composição de conflitos, apesar de influenciada por fatores preponderantemente religiosos.

Moacyr Amaral Santos diz-nos que “não se vai encontrar a prova judiciária na vida do homem primitivo, das cavernas isolado, com sua família, alheio ou fugidio ao que se passava com outra família distante”.²Diz-nos o autor que, nessas organizações rudimentares

¹“Constitui, portanto, Roma o mais recorrente ponto de partida para uma abordagem sistemática no campo da História do Direito, em razão do alcance da sólida elaboração sistemática realizada, como conjunto jurídico-civilizacional. Entretanto, o direito romano não surge “*exnihilo*”. Resulta, outrossim, de um longo processo de elaboração, um processo milenar ocorrido na bacia do mediterrâneo, tendo recebido, entre outros, seguramente o aporte cultural grego.” (MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.)

²SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 3.ed. v.I. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1961.p.23.

predominava uma força intangível – a religião, sem a qual seria impossível a persistência da vida em comum.

Daí não se estranhar naquela ocasião o uso dos chamados juízos de Deus ou ordálias.

O sistema de provas conhecido, portanto, era limitado às ordálias, aos duelos e aos juramentos.³ As ordálias eram a prova utilizada pelos povos bárbaros, bem como pelos povos primitivos da Ásia. Os romanos não as conheceram. Consistiam essas provas em submeter suas pobres vítimas, acusadas de algum crime a provas na qual em tese o julgador seria o próprio Deus.

Assim, caso ele fosse culpado, Deus não o deixaria sair vivo da prova.

Eram provas de caráter eminentemente religioso, sem contraprova e, geralmente, consistiam em provar de bebidas amargas, uso de ferros em brasa, afogamentos, venenos e outras aberrações cujo objetivo era provar a inocência do acusado que, geralmente, acabava morrendo.

Esse tipo de prova não tinha por escopo formar a convicção do juiz, mas, tão somente, mostrar a vontade de Deus, de tal sorte que a aplicação das ordálias perdurou por tanto tempo, que outras formas igualmente cruéis continuaram sendo empregadas.⁴

Enfim, várias outras provas compunham esses sistemas de provas que atravessaram a Idade Média prestigiados pelas leis e pelos costumes, de modo que a Igreja Romana não tinha outra alternativa, senão utilizar-se desse meio de prova.

Mais adiante, em um terceiro momento, o regime de provas sofre modificações: desaparecem as ordálias, duelos e juramentos de caráter religioso, para dar início a um sistema de prova eminentemente jurídico.

Jacques Pirenne relata, em trabalho monográfico, a existência de variados documentos escritos no âmbito negocial, com objetivo probatório, demonstrando que a prova escrita era utilizada, frequentemente, na civilização egípcia, tanto no Antigo quanto no Novo

³PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2006. p.34.

⁴ Prova pela sorte – quando se ignorava o culpado pelo crime, os magistrados designavam sete pessoas que deviam livrar-se da suspeita com o juramento duodecimano. Então se faziam duas sortes, com dois pedacinhos de madeira, um dos quais assinalados com uma cruz, ambos envolvidos em lã e colocados num altar. O sacerdote ou um menino tiravam a sorte. Acontecendo que saísse o assinalado com a cruz, todos os juramentos eram tidos como verdadeiros e os acusados absolvidos. Caso contrário, de sete pedacinhos de madeira se escrevia o nome dos acusados e se procedia novo sorteio, sendo considerado culpado aquele que a sorte indicasse; prova pelo fogo – o acusado era obrigado a passar entre duas sarças, vestido de camisa embebida em cera; prova da cruz – colocavam-se os litigantes em pé, braços abertos em forma de cruz, enquanto rezava o Evangelho. Perdia o pleito o que primeiro deixasse cair os braços ao longo do corpo. (SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit. p.26).

Império, de onde o autor recolheu o registro do juramento como meio de prova utilizado em uma demanda acerca do preço de locação de um escravo.⁵

José Rubens de Moraes destaca que os direitos orientais se encontram associados aos povos do crescente fértil, com destaque à região da Mesopotâmia onde se tem registro do aparecimento das primeiras civilizações com templos e cidades e, claro, os primeiros reinos e Impérios. Na Babilônia, por exemplo, tem-se revelada uma sociedade oriental, cuja influência iria tornar-se referência para a civilização greco-romana.

Percebe-se, assim, que os direitos orientais se revelam importantes construções para o conhecimento dos sistemas jurídicos pretéritos, como é o caso do direito hitita e hebreu, pouco conhecidos, mas que exerceriam influência considerável sobre o direito moderno, especialmente por meio do direito canônico.

Esses direitos, de forma incipiente, teriam regulado um direito à prova – em sentido lato – compreendendo mecanismos complexos, frutos de diferentes estágios de cada civilização, para além do trinômio probatório antigo (testemunho, juramento e ordálio), as presunções, utilizadas para mostrar faticamente, por exemplo, a comprovação de domínio de uma alongada posse mansa e pacífica, para formar a convicção do juiz.⁶

Além disso, o direito hitita também já fazia uso, por meio das tabletas, da prova testemunhal e documental, assim como dos juramentos.⁷

No Direito Romano, as primeiras classificações de prova feitas pelos oradores no século I. a.C. inseriam as fontes de produção do direito entre as não artificiais. Prevalencia o brocardo *iuranovit cúria* e não se impunha às partes o ônus de provar à existência e à eficácia de determinada norma jurídica, de modo que cada um devia provar ou comprovar apenas as *quaestionesfacti*, ou seja, o fato ou fatos deduzidos pelo autor ou réu.⁸

⁵ “Há ainda o registro de uma fórmula que deveria ter sido empregada para a realização do juramento: “por Amon, pelo Rei, o que eu digo é a verdade do Faraó, Vida, Saúde e Força...eu não sigo mentira, que eu receba pancadas – ou que me sejam cortados – nariz e orelhas e que eu seja enviado aos trabalhos forçados a Koush”, ou seja, para as minas da Núbia.” (MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p.31).

⁶Ibidem. p.32.

⁷“Por volta de 1930 a.C., o reino de Esnunna teria redigido leis, que vieram a compor o denominado “Código de Esnunna”. Ao regular a penhora indevidamente efetuada sobre o escravo, o fragmento 22 menciona a necessidade de oferecimento de juramento, indicando a longa utilização da prova mística no referido reino.” MORAES, José Rubens *apud* BOUZON, Emanuel. **Uma coleção de direito babilônico pré-Hammurabiano** – Leis de Esnunna. Petrópolis:Voices, 2001. p.101.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996. p.124.

“E isso, porque também se evidenciava aperfeiçoada antiga regra dispendo acerca do ônus da prova: *ei incumbit probatio quid dicit, non quinegat (D.22.3.2, Paulo, libro LXIX ad edictum)*”.⁹

Já no século I d. C., elencavam-se os seguintes meios de prova: sentenças precedentemente prolatadas, opinião pública, tortura, documentos, juramentos, testemunhos e confissão, os dois últimos tidos como os meios mais importantes.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos, foi preciso que se encontrasse o Digesto, em 1137, para que ressurgisse o Direito Romano, com seu ensino nas escolas que se fundaram na Itália, e se mandasse traduzir as obras de Justiniano, para que no processo passasse a aparecer a prova literal, abolindo-se de vez as ordálias. A partir do século XV, passou a integrar o sistema probatório, cujo uso se generalizou em todas as legislações dos povos modernos.

A partir do século XV, relata Amaral dos Santos, abre-se ao mundo o direito probatório, que de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, perdura no direito contemporâneo¹⁰.

Não se pode ignorar que o ponto central de qualquer processo é a formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos da causa, e, portanto, só por meio das provas ele terá acesso ao conhecimento destes¹¹.

A origem da expressão prova está no latim, mais especificamente, deriva do termo *probatio*, que significa verificação, exame, inspeção. Esse termo, por seu turno, decorre do verbo *probare*, que significa persuadir, demonstrar, examinar.

No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias acepções: pode significar a produção dos atos ou meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados, ou ainda, fornecer os meios afirmativos dos fatos alegados em juízo.

Também pode significar o meio de prova considerado em si mesmo ou o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade¹², embora Carnelluti, advirta que, rigorosamente, “a prova deve diferenciar-se do procedimento utilizado para a verificação da proposição (afirmada), desse modo, a prova da afirmação acerca da existência de um fato, se

⁹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996. p. 124.

¹⁰ Experimenta o direito probatório permanente evolução e passou-se a admitir, ao lado da prova testemunhal e da documental, a perícia, a confissão e o interrogatório (LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

¹¹ MICHELE, Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória**. Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹²SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 3.ed. v.I. São Paulo: Max LimonadEditor de Livros de Direito, 1961. p.12

faz mediante o conhecimento de um mesmo fato; o conhecimento não é a prova, porém dá a prova da afirmação¹³.”

No processo de conhecimento, encerrada a audiência preliminar sem que as partes tenham conciliado, para que o juiz possa formar o seu convencimento e decidir o objeto do processo, é necessário que se proceda à colheita das provas, que terão como objetivo formar o convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes¹⁴.

A doutrina costuma conceituar prova em dois sentidos: um objetivo e outro subjetivo. Em sentido objetivo, significa instrumento ou meio hábil utilizado para demonstrar a existência de um fato; no sentido subjetivo, significa convicção final do julgador acerca dos fatos alegados.

Desse modo, são muitos os conceitos que se formularam sobre prova, mas, todos esses conceitos a ligam, indubitavelmente, à verdade.¹⁵

Malatesta, em sua obra magistral¹⁶, discorrendo sobre o assunto, assim se manifesta:

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos na posse da verdade. Para se conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação.

Andrea ProtoPisani adverte que a palavra prova, em processo, mas também em outros ramos da ciência, pode assumir diferentes conotações.¹⁷ Como decorrência lógica dessa diversidade, é grande a dificuldade para se extrair um conceito preciso de prova judicial.

No entanto, nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 332¹⁸, traz uma disposição conceitual do que seria prova. Esse conceito findou por ser adotado por grande

¹³CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002. p.68.

¹⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol.I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.343.

¹⁵ Para Moacyr Amaral dos Santos, provar é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade. A verdade não existe no espírito sem a sua percepção. Os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade constituem a prova.

¹⁶MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. V I. 3. ed. 1912. São Paulo: ConanLtda, 1995.

¹⁷ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994. p.403.

parte da doutrina jurídica que, com algumas variáveis, declara que prova seria o meio de obtenção da verdade dos fatos.¹⁹

Nesse sentido, a prova seria o meio pelo qual o juiz buscaria a verdade dos fatos colocados como fundamento da lide, por meio da atividade cognitiva destinada a formar o seu convencimento, ou melhor, o juiz formará um juízo de valor acerca dos fatos da causa.

Não há, portanto, como dissociar o estudo da prova do estudo do problema da verdade no processo civil, o que será feito em item posterior neste trabalho.

Carnelutti assim se exprimiu para conceituar juridicamente prova:

Na linguagem comum, prova se usa como comprovação da verdade de uma proposição; só se fala de prova acerca de alguma coisa que tenha sido afirmada e de cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence a prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada, porém, ao contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou acha uma verdade afirmada.²⁰

Além disso, merece ressalva o fato de que a atividade probatória desenvolvida no processo não se satisfaz com a mera recomposição formal dos fatos. As provas devem ser suscetíveis de indicar, do modo mais aproximado possível da realidade, como os fatos ocorreram.

Os elementos trazidos ao processo para orientar o juiz na busca da verdade dos fatos - os chamados de meios de prova²¹, devem estar revestidos dos princípios da moralidade e lealdade e obtidos de forma legal²², visto que, caso não preencham os requisitos devidos, as provas serão consideradas ilegítimas e, conseqüentemente, não serão aproveitadas no julgamento do mérito da ação, os seja, não poderão ser objeto de fundamentação na sentença proferida pelo juiz.

¹⁸Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁹DIAS, Jean Carlos. A dimensão Jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo** n.107. São Paulo: RT, 2002.

²⁰ Tradução livre do texto de Carnelutti: “Enel lenguaje común, prueba se usa como comprobación, de la verdade de una proposición; solo se habla de la prueba a propósito de alguna cosa que há sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdade afirmada.”

²¹MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011.p.334..

²² Art. 332 do Código de Processo Civil.

Outros meios de prova, ainda não previstos em lei, podem ser admitidos em juízo, e deve-se observar, em sua produção, as garantias decorrentes do princípio de devido processo legal. Exemplos são as provas obtidas por meios eletrônicos – documentos e arquivos digitais, fotografias digitais e extraídas das redes de computadores; provas por amostragem, prova emprestada²³, dentre outras modalidades.

Ressalte-se que a garantia ao contraditório constitui condição de validade do processo, que, se descumprida, contamina a própria sentença. Implica também afirmar que não basta que às partes apresentem as suas razões para que elas venham a influenciar a formação do convencimento judicial: o princípio do contraditório implica também limite ao ativismo judicial, porque a decisão do juiz não pode ser uma surpresa para os litigantes e não pode ele decidir as causas a partir de um ponto de vista que não tenha sido objeto de contraditório pelas partes.

No que tange à igualdade, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

O princípio da igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação ao juiz. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão de classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional. (...) É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei.

Nesse contexto, deve o magistrado, como real destinatário da prova, levar em consideração, no momento da instrução processual, as condições materiais e processuais de cada caso concreto, a fim de possibilitar o tratamento desigual aos desiguais e visar à obtenção da justiça.

Também é fato que não adianta elaborar leis materiais com vistas à proteção da parte, se, em contrapartida, não houver um sistema processual que garanta o amplo acesso à justiça.

No Brasil, essa mudança só passou a ser sentida com o advento da Constituição de 1988, que ampliou os direitos sociais e colocou à disposição dos cidadãos ampla legislação protetiva para esses direitos.

²³“A prova emprestada pode ser admitida e a ela dará o juiz o valor probante devido, analisando-a em ‘conjunto’ com outros meios de convicção’.” (REsp 499177/RS).

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.”²⁴

Essa garantia está expressa no art. 5.º, LXXIV, da Constituição Federal, que dispõe que: “*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

Além dos dispositivos acima mencionados, merece destaque o princípio da motivação das decisões judiciais, que, de uma forma ou de outra, serve de baliza à atuação do magistrado e cuja observância implica limites aos poderes instrutórios e maior segurança ao jurisdicionado, uma vez que, quanto maior for o grau de discricionariedade do magistrado, maior será a necessidade de exposição dos motivos que o levaram a esta e não àquela decisão.

Portanto, não há dúvida de que a instrução probatória constitui-se em mecanismo relevante para a efetividade do processo, uma vez que, se bem executada, importa a consecução dos modernos escopos do processo.

2.2 Sistema probatório: do Estado liberal ao Estado social

O Estado liberal, obviamente, é fruto do pensamento liberal discutido nos últimos cinco séculos, que teria suas bases nas teses de John Locke, considerado o pai do liberalismo, cujo pensamento e ideias estão expressos na sua obra “Dois tratados do governo civil”, publicada no final do século XVII.

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência do seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e ao desenvolvimento do país e dos indivíduos que a compõem²⁵.

Para os liberais, o Estado existe em razão do ser humano, não o ser humano em razão do Estado. A instituição Estado não é um fim, mas somente um meio para o autodesenvolvimento do ser humano.

²⁴CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.

²⁵CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.46.

Dessa forma, quanto menor fosse a interferência do Estado na vida dos cidadãos e maior o seu grau de liberdade, maiores e melhores seriam as condições de seu desenvolvimento.

Segundo Norberto Bobbio, o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, segundo o qual este tem poderes e funções limitados. Assim, o estado social seria o avesso daquele estado liberal e nele o Estado, visando ao bem-estar social, teria poderes ilimitados.

A concepção privatista enxerga o processo como um vínculo de interesse das partes que devem, por isso, ter plena autonomia para atuar.

Essa visão fruto do paradigma liberal, considera o processo “coisa das partes” e o concebe de maneira individualista com foco precípua em direitos patrimoniais, e onde o juiz deve intervir, minimamente, e não deve suprir eventuais omissões dos litigantes – que devem arcar com as consequências dela decorrentes, sob pena de ser considerado parcial.

Nesse sistema predomina o princípio dispositivo, podendo as partes dispor do processo da mesma forma que podem dispor da relação material com base na autonomia que pauta o Direito Privado: como unicamente o interesse das partes está em causa, ela tem liberdade ilimitada para dirigir o processo “como melhor lhes convier”.

O juiz tem um papel passivo face ao absoluto império da vontade das partes e dessa perspectiva é impensável que determine a realização de provas de ofício mormente quando essa atividade envolver fatos trazidos exclusivamente pelos litigantes porque tal atuação representa quebra da necessária imparcialidade já que o juiz estaria realizando atividade próprias destas²⁶.

O liberalismo floresceu em toda a Europa no período compreendido entre os séculos XVII e XIX. Na Alemanha, a Idade de Ouro aconteceu entre o fim do século XVIII e início do século XIX e essa época ficou imortalizada na obra de Humboldt, considerada uma das mais essenciais de toda a tradição liberal²⁷, chamada “Ideias para uma tentativa de Precisar os Limites da Ação do Estado”.

Essa obra, segundo Roberto Del Claro, é da maior importância para o processo civil brasileiro porque trata com primazia da relação entre juiz e partes, questão que toca em quase todos os pontos do Direito Processual e da teoria processual, já que o correto

²⁶TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.115-116.

²⁷ DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. Tese apresentada à Faculdade de direito da USP para obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo: 2009. p.16.

balanceamento entre ação e inércia judicial é assunto que ainda está longe de um consenso, que, como afirma o autor, talvez nunca seja atingido.

Segundo Alessandra Mello:

Após a 2.^a Guerra Mundial, a derrocada de regimes políticos totalitários, o enfraquecimento do positivismo jurídico, as novas reflexões acerca do Direito, de sua função social e forma de sua interpretação se fizeram necessárias. Já não se acredita que a lei ou o texto frio da Constituição garantirão, no plano da realidade, o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Segundo Fernanda Tartuce, ao verificar-se a transição do liberalismo individualista para o Estado Social de Direito, a participação do Poder público na vida social foi incrementada. Isso porque, segundo Barbosa Moreira, no plano processual isso repercutiu intensificando a atividade do juiz, cuja imagem já não podia retratar “o arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das regras do jogo e, no fim proclamar o vencedor”²⁸.

Essa concepção estava expressa no pensamento de Franz Klein, autor do Código de Processo civil austríaco:

O processo só pode ser racional e corresponder à concepção moderna de Estado se a proteção jurídica significa desde o início do processo a atribuição de poderes ao juiz para que este contribua para isso não só com relação ao ato de julgar. Basta, para tanto, que se canalizem as forças do juiz ao seu serviço, da mesma forma que ocorre com outras forças do Estado, do Direito, do Bem Público e da Paz Social.

Ao magistrado foram atribuídos largos poderes de condução material do processo para garantir seu desenvolvimento rápido e regular na busca da vontade material, características que vieram a influenciar outras codificações processuais em outros países.

A partir da segunda metade do século XIX a importância assumida pela Constituição, ao lado das modificações ocorridas no âmbito do Estado, farão com que o processo civil, antes fundado na ampla liberdade das partes frente ao juiz e na necessidade de mera subsunção legal no ato de decidir, passe a constituir-se em um espaço, conformado por direitos fundamentais, profícuo à participação política, no qual juiz e partes deixam de ser

²⁸TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.116-117.

antagonistas para indagar-se como seria possível realizar os valores idealizados nos textos normativos de forma que estes pudessem ser efetivamente experimentados pelas sociedades²⁹.

É preciso, portanto, que o desenvolvimento da força normativa da Constituição dependa, como assevera Konrad Hesse³⁰, da prática por todos que participam da vida constitucional (governantes e governados), os quais, dotados de consciência jurídica para interpretar as normas constitucionais, construirão um caminho adequado para concretizá-las diante de situações da realidade.

Em síntese, para que esses ideais se tornem realidade, é necessário um juiz que não seja passivo, mas capaz de interpretar e criar o direito, o que exige, como assevera Cappelletti, um certo grau de discricionariedade³¹.

Para o mestre, em um contexto de legislação com finalidade social, própria das sociedades modernas, essa discricionariedade ganha ainda mais evidência, já que a legislação social não se limita a descrever o certo e o errado ou a permitir ou proibir³². O ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em consequência dos conflitos “privados”.

Por tais razões, conclui Cappelletti que compete aos juízes escolher entre permanecer fiéis à concepção tradicional, típica do século XIX, dos limites da função jurisdicional ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Nesse contexto, ressalta-se a necessidade de um juiz dotado de maior poderes.

Alguns doutrinadores vislumbram nessa posição apenas o que convencionaram chamar de autoritarismo processual e essa polêmica, de per si, renderia um tratado.

²⁹ SCALABRIN, Felipe. **O processo civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do Estado Liberal**: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/14_Dout_Nacional_7.pdf. Acesso em: 26 ago. 2013.

³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p.19-20.

³¹ Alguns doutrinadores defendem que essa construção nada mais foi do que um viés do autoritarismo que se instalou.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. p.23.

Para nós interessa apenas analisar a dinâmica que conduziu ao atual estágio processo moderno onde o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua³³.

Nesse sentido, todos agem, visando o escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social e onde “o juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio”³⁴.

2.3 A iniciativa probatória do juiz no processo civil

Todo processo demanda um certo tempo, que dependerá da causa posta *sub judice*, porquanto existem causas cuja complexidade e necessidade de instrução probatória prescindem de um longo curso até seu julgamento e prolação da sentença, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

Os processos judiciais não se formam visando à proclamação de teses acadêmicas de direito. Só existem para tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas. São, pois, os direitos subjetivos a matéria-prima com que laboram os tribunais e estes direitos, por sua vez, nascem de *fatos (ex facto iusoritur)*. Daí que cumpre aos magistrados conhecer sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio. E as provas são, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas.

Barbosa Moreira, com sua peculiar clareza, afirma que “sem temor de erro que o destino da maioria das causas depende essencialmente da convicção do órgão judicial acerca dos fatos de que se originou o litígio”, o que ressalta, segundo ele, a importância da atividade de instrução como momento processual em regra decisiva para a sorte do pleito³⁵.

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O processo justo**: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real> Acesso em: 15 set.2009.

³⁴Ibidem. p.8.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória**. Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: RT, 2011. p. 1111.

Instruir na linguagem forense significa “expressar a soma de atos e diligências que, na forma das regras legais estabelecidas devem ou podem ser praticados, no curso do processo, para que se esclareçam as questões ou fatos, que constituem o objeto da demanda ou do litígio³⁶.” Tudo o que se faça no processo com a intenção de provar e esclarecer, é instrução.

Portanto, tratando-se de litígios que demandem instrução probatória – o que significa dizer a maioria dos processos que tramitam hoje no Judiciário, tornou-se lugar comum atribuir ao juiz o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar.

Tal atividade, contudo, deve ser realizada de forma a assegurar às partes, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, por meio de uma atuação eficiente na defesa de seus interesses de forma a colaborar no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los³⁷.

O presente estudo pretende refletir sobre essa tendência que envolve a instrução probatória e os poderes instrutórios do juiz - e volta a suscitar discussões em outros ordenamentos- para reestudar a questão em cotejo com o caráter dispositivo do processo civil brasileiro.

É certo que se, como afirma Barbosa Moreira, a tradição confiava às partes, de preferência, a sorte do processo, as legislações modernas acentuam o papel preponderante do juiz na direção do processo.

Desse modo, continua em regra, como é da tradição, o dever das partes pôr em movimento, por iniciativa sua, a máquina judiciária, contudo, uma vez instaurado, o feito se desenvolve, para usar a dicção do art. 262, por impulso oficial³⁸.

Na legislação brasileira várias são as manifestações legislativas que conferem ao juiz poderes para atuar *ex officio*, dentre outras, cita-se: a possibilidade de determinar a reunião de ações propostas em separado, quando entre elas haja conexão ou continência, de sobrestar o andamento do feito, até que se pronuncie o júízo penal, de declarar a própria incompetência quando absoluta etc.

³⁶CASTRO, Daniel Pentead. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.p.139.

³⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória.** Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: RT, 2011.p. 1111.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.** Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.46-47.

Em matéria de instrução, prevalece, igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir³⁹.

Ressalta, Barbosa Moreira que, o uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz e, essa afirmativa, corroborada por parcela majoritária da doutrina processualista, entende que ao determinar a realização de uma prova, o juiz não pode saber a quem aproveitará o resultado e, portanto adivinhar-lhe o êxito que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele.

Para essa corrente, menos fundada ainda, se mostra a ideia de que a apuração oficial da verdade dos fatos constitua no âmbito judicial expressão de autoritarismo político, suscetível de comprimir, insuportavelmente, ou até de aniquilar a autonomia da vontade.

Desse modo, o incremento dos poderes oficiais na instrução do processo está longe de constituir peculiaridade de ordenamentos processuais modelados sob diretrizes políticas autoritárias, já que a ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político.

O tema é polêmico, mas, o fato é que a maior atribuição de poderes exercitáveis de ofício na instrução do feito, de modo algum, dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório indispensável à salvaguarda do direito de defesa, e, menos ainda, exonera o juiz do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual, já que, pela observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que será possível aferir e controlar qualquer tendência à parcialidade, o que será visto em tópico específico deste trabalho.

Desse modo, partindo da premissa de que as iniciativas probatórias do juiz tem como objetivo trazer elementos e provas, necessários à formação do seu convencimento ante a insuficiência de elementos carreados aos autos pelas partes, tem-se que a dimensão desses poderes se estendem além da fase instrutória para todo ato de cognição do juiz⁴⁰.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.48.

⁴⁰CASTRO, Daniel Penteado. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.p. 140.

Os limites à esses poderes estão nos princípios que informam o processo e no que tange à instrução probatória no princípio dispositivo que orienta o nosso processo.

Por isso, como leciona Bedaque, parece correto afirmar que a necessidade de produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos e para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo⁴¹.

2.4 Reflexos da publicização do processo na instrução probatória

Desde que o Estado avocou para si o dever de extinguir os litígios, vedada ao autotutela, o processo surgiu como a única modalidade institucional eficiente para a busca da solução do conflito.

Por meio da jurisdição, serviço público mantido pelo Estado, o juiz na qualidade de terceiro imparcial, buscará pôr fim ao litígio. Cândido Rangel Dinamarco leciona que é a realidade social dos conflitos e sua dimensão que ditam o grau de iniciativa franqueada ao juiz, seja quanto ao processo em si mesmo, seja para a realização da prova (livre investigação).

Pois bem, antes de adentrarmos na questão da publicização do processo e seus reflexos na instrução probatória, é preciso que se faça uma rápida análise do que significa a instrução probatória para o processo e de como o Direito Processual passou de uma visão privatista para uma publicista.

Como bem adverte Dinamarco, “instruir não é sinônimo de provar e prova não é sinônimo de instrução”.⁴² Para o mestre, instrução “é o conjunto de atividades de todos os sujeitos processuais, destinadas a produzir a convicção no espírito do juiz.”

Dessa forma, como o juiz precisa conhecer para bem poder decidir, esse conhecimento lhe é propiciado pelas partes e, em alguma medida, por ele próprio. Integram a

⁴¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.154.

⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p.163.

instrução as provas e as alegações, e tanto quanto a cognição, a instrução incide sobre todos os pontos de fato e de direito relevantes para a decisão do magistrado.⁴³

Sabemos que o princípio dispositivo seria na instrução da causa um limite imposto ao juiz, que dependeria, assim, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se funda o pedido, sendo-lhe vedada à busca de fatos não alegados, cuja prova não tenha sido postulada por elas, o que, em tese, o obrigaria a considerar a situação de fato, afirmada pelas partes como verdadeira.

Falamos em tese, porque, na prática, o que se percebe é que se o Direito Processual do início do século XIX era considerado privatista⁴⁴ e individualista⁴⁵, a partir do último quartel desse mesmo século, afirmada a autonomia do Direito Processual a partir da obra de Oskar von Bulow, o processo deixa de ser um mero procedimento para converter-se em Direito Processual, cuja finalidade preponderantemente sociopolítica, deixa exposto um cunho publicístico.

Essas mudanças sociais, projetadas no plano processual⁴⁶, aliadas ao fato de que a jurisdição passa a ser considerada atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, foram gestadas sob a égide de diversas escolas e imprimiram ao processo um cunho inegavelmente publicístico.

Note-se que, a partir de então, a atividade desempenhada pelo juiz no âmbito do processo passa a ter em vista, além da necessidade de impor e fazer valer o direito material – caráter instrumental do processo -, o de assegurar a pacificação dos conflitos que lhe são submetidos à apreciação⁴⁷.

⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p.163.

⁴⁴ “O direito ‘judiciário’ civil viveu, desde as origens e por muitos séculos, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste, ou ‘adjetivo’ que o qualifica quando submetido às vicissitudes da vida judiciária. Foi assim cultivado no direito comum e no canônico e, sem qualquer suspeita de sua autonomia sistemática, assim chegou até o século XIX, quando a segura afirmação de uma relação jurídica processual, distinta da de direito privado, abalou os alicerces do sincretismo até então incontestado”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.49).

⁴⁵ CAPPELLETI, Mauro. **Libertáindividuale e giustizia social em el processo civile italiano**. Giustizia e società. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p.32.

⁴⁶ A solução do processo passa obrigatoriamente pela atenção aos seus escopos jurídico, político e social, sendo este último considerado por muitos como o escopo magno do processo, posto que, como leciona Dinamarco corresponde ao objetivo da pacificação social, ou seja, a eliminação dos conflitos existentes na sociedade, segundo critérios de justiça.

⁴⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.22.

Essa orientação, que imprime fisionomia nova a amplos setores da atividade judicial, relacionadas com a direção do processo, tanto no sentido formal, quanto no material, corresponde, sem dúvida, à acentuação mais forte do caráter publicístico do processo.⁴⁸

A publicização do processo foi, portanto, decorrência lógica do deslocamento do processo para o âmbito do direito público, de modo que o Estado-juiz deixa de ser um mero espectador, para integrar de forma ativa a relação processual, acompanhar o exercício das faculdades, ônus e prerrogativas das partes do processo e intervir sempre que julgar necessário para a obtenção da certeza dos fatos necessários ao provimento jurisdicional.

Para que isso ocorra, as partes continuam com liberdade de atuação dentro do processo, não obstante essa liberdade seja mitigada e compartilhada com o juiz que, além de ser o destinatário da prova, também é interessado e, visto ser o processo concebido como função pública do Estado, a esse interesse público, devem ser assegurados ao juiz os poderes necessários à garantia do seu legítimo exercício.⁴⁹

Nesse contexto, a publicização do processo, no que se refere à instrução probatória, permitiu que se outorgasse ao juiz a possibilidade de determinar provas *ex officio*, na busca da verdade necessária para a formação de seu convencimento.

O juiz, apesar do princípio dispositivo, não é mais considerado um simples espectador da luta travada no processo e, ao contrário, pode inserir-se na demanda para determinar provas não requeridas ou as chamadas provas do juízo (perícias) caso não possua elementos capazes de lhe formar o convencimento⁵⁰.

⁴⁸ Escrevendo sobre “A ampliação das funções do juiz e sua significação político-jurídica” explica que a o fenômeno decorrer do caráter publicístico do processo civil onde o interesse do Estado na atuação correta do ordenamento, através do aparelho judiciário, sobrepõe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver atendidas e satisfeitas as suas próprias pretensões. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.11).

⁴⁹ “O fenômeno da publicização do processo consiste no desapego do sincretismo do direito privado para assim tornar o processo civil ramo do direito público O interesse do Estado-juiz passa de mero espectador passivo do acompanhamento do exercício de faculdades, ônus e prerrogativas das partes dentro do processo, assumir feição mais ativa, destinada a realizar um bem maior, calcado na aproximação de certeza dos fatos necessária à aplicação concreta da lei, com vistas a propiciar a pacificação social. Tem-se, portanto, a necessidade de uma participação mais ativa do juiz, destinada a obter o resultado desejado pelo instrumento, que reside, em síntese, na realização da vontade concreta da lei.” (CASTRO, Daniel Penteadado. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.75).

⁵⁰ ALMEIDA FILHO, José Carlos de. Os poderes do juiz e seus limites. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.143.

2.5 O problema do ônus da prova e sua eventual inversão

Como acontece com quase todo instituto que se pretenda conceituar, também não foi diferente com o ônus da prova, e essa tentativa de conceituação também foi objeto de calorosos debates entre os mais importantes expoentes do Direito.⁵¹

Isso se deve, principalmente, ao fato de que a relevância do ônus da prova para o processo civil tem sido reconhecida por juristas consagrados, como Chiovenda e Leo Rosenberg, dentre outros, que consideram a disciplina do ônus da prova um dos problemas vitais ou a espinha dorsal do processo⁵².

Etimologicamente, a palavra ônus vem do latim – *onus* – cujo significado é carga, fardo, peso ou gravame, significado que não difere muito da acepção da palavra na língua portuguesa, em que é sinônimo de dever, obrigação.

Deve-se a Carnelutti a primeira tentativa de definir ônus como instituto do direito, inclusive, decantando o termo que, até então, era frequentemente associado a conceitos como obrigação e dever. Ressalte-se que foi justamente neste sentido – dever – a primeira classificação atribuída pelo eminente processualista ao termo.

A maior crítica a essa teoria consistiu no fato de Carnelutti haver classificado “ônus” como uma espécie de “*situação jurídica passiva*” e, portanto, como uma espécie de dever, quando, para grande parte da doutrina, a situação jurídica do ônus seria ativa e, nesse sentido, sua definição se aproximaria mais de um direito subjetivo, ou, ainda, de um poder.⁵³

Segundo Pontes de Miranda, a diferença entre ônus e dever seria de que:

- a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há a relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve; a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que
- b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do próprio interesse do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse⁵⁴.

⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme e. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵²PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.19.

⁵³ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.100.

⁵⁴PONTES DE MIRANDA *apud* LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Em conceito que se tornou clássico, Goldschmidt definiu ônus como imperativo do próprio interesse, ou seja, ônus seria um encargo, sem cujo desempenho o sujeito se põe em situação de desvantagem perante o direito.

Como bem assevera João Batista Lopes, “entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.”⁵⁵

No ônus, há a ideia de carga e não de obrigação ou dever. A parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir e, em não o fazendo, correrá o risco de sair prejudicada em suas alegações.

A palavra ônus relaciona-se com a necessidade prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou de forma insuficiente.

Teresa Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, traçando um paralelo entre “ônus”, “faculdade” e “dever processual”, ensinam que não se pode confundir os três institutos: no processo, as partes têm, predominantemente, “ônus” – atividade que, uma vez desempenhada, gera benefícios àquele que dela se desincumbe; em caso de omissão daquele a quem incumbia o ônus, este suportará as consequências da omissão.

A faculdade existe quando a parte pode optar e o sistema jurídico é indiferente à sua opção; o dever é permanente e não se esgota com o seu cumprimento – diferentemente da obrigação, que também libera o adimplente; o dever liga-se a uma conduta e não a um ato isolado.⁵⁶

O artigo 333 do Código de Processo Civil, que trata da distribuição do ônus da prova entre autor e réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito – direito por ele afirmado – enquanto ao réu incumbe provar os fatos que impedem a constituição ou modificam a extinção deste direito.

Marinoni afirma que a regra do ônus da prova, tal como insculpida no Código de Processo Civil, destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se

⁵⁵LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. v. 3. São Paulo: RT, 2007.

convencer sobre como os fatos se passaram. Segundo o autor, não existe racionalidade em exigir de alguém que afirma um direito a referência a fatos que impeçam o seu reconhecimento pelo juiz, visto que isso deve ser feito por quem pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, pelo réu.⁵⁷

Deste modo, a distribuição do ônus da prova, segundo Boaventura Pacífico, encontra seu fundamento sob dois prismas diversos e complementares⁵⁸: o primeiro, de que na falta de prova dos fatos ou, na insuficiência de prova capaz de incutir no espírito do julgador a convicção que lhe possibilite proferir sua decisão, o juiz deve proferir a sua decisão, já que ele não pode se abster de julgar; o segundo, na indagação sobre quem deve suportar as consequências do fato não provado.

Por esse instrumento – ônus da prova -, a lei permite ao magistrado proferir sua decisão mediante resposta a duas perguntas basilares que nortearão o conteúdo da sentença: quem deveria provar o que (regra de conduta para as partes) e, o que deveria ficar provado, independentemente, de quem fez a prova (regra de julgamento que orienta o juiz). Ao primeiro, chamou-se de ônus subjetivo⁵⁹ e, ao segundo, ônus objetivo⁶⁰.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer a distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo da prova, já que a primeira é uma das denominações atribuídas ao aspecto essencial do ônus da prova, encarado como regra de julgamento⁶¹, autorizando o pronunciamento judicial sobre o mérito, mesmo diante de um resultado instrutório insuficiente para a formação da convicção do juiz⁶².

O ônus subjetivo, identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevante em seu favor.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

⁵⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 90.

⁵⁹ Outros autores, como Barbosa Moreira, se pronunciam pela terminologia ônus forma e ônus material, sendo que o formal corresponde ao subjetivo e o material ao objetivo.

⁶⁰ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.89

⁶¹ Pela sistemática do Código de Processo Civil, a única possibilidade de inversão do ônus da prova refere-se ao parágrafo único do art. 333 que dispõe sobre a distribuição do encargo de provar pactuada pelas partes, alterando a ordem prevista pela lei.

⁶² ZANETI, Paulo Rogério. Op. cit. p.150-155.

Ao lado desse ônus subjetivo, construiu-se um ônus objetivo, este visceralmente ligado a própria atividade jurisdicional. Diante da necessidade de o juiz proferir uma decisão e não tendo atingido a convicção sobre os fatos relevantes da instrução, a inafastabilidade do julgamento projeta um risco (objetivo) de sucumbimento sobre os litigantes.

O princípio da aquisição processual – juntamente com os poderes instrutórios do juiz e com a possibilidade de que este valoriza o debate inteiro, para dele tirar elementos úteis a formação da própria convicção – ensejou uma involução do conceito de ônus.

Na falta de prova dos fatos ou na insuficiência da prova produzida no espírito do julgador que lhe impossibilite, inclusive, concluir pela veracidade das alegações fáticas trazidas aos autos pelas partes e, por conseguinte, proferir sua decisão, o legislador dota o magistrado de um importante instrumento processual, denominado ônus da prova, para evitar a recusa de julgamento por parte do juiz ou como prefere a doutrina um *non liquet*.

Deste modo, a despeito da previsão legislativa, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que a distribuição convencional do ônus da prova não é lícita, já que o princípio dos poderes instrutórios do magistrado prevalece sobre a faculdade dispositiva dos contratantes. Significa dizer que, o juiz pode determinar a produção de provas ainda que as partes tenham pactuado de maneira inversa⁶³.

Discorrendo sobre o tema, Boaventura Pacífico, destaca que muitos autores encontraram no princípio dispositivo o fundamento da distribuição do ônus da prova, posto que, num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos não teria sentido a repartição do ônus da prova.

Nesse sentido, juristas alemães e italianos sustentaram que a teoria do ônus da prova relaciona-se estritamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita a verificação dos fatos⁶⁴.

Para o claro entendimento da divergência apontada, é imprescindível fazer, novamente, um breve comentário sobre o desenvolvimento operado pela doutrina sobre o conceito de princípio dispositivo, ou melhor sobre o alcance desse princípio no processo

⁶³SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**: como garantia constitucional do devido processo legal. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

⁶⁴ Manifestando-se a respeito João Batista Lopes afirma que: “A admissão do princípios dispositivo não significa, porém, que as partes possam orientar o processo a seu talante. Dono do processo (dominus processus) é o juiz, e, se às partes se conferem certos poderes de disposição (indicar os meios de prova, fixar o objeto da demanda, transigir etc.) tal se compreende foram da atividade própria do juiz, não sendo este obrigado, na formação das bases da sentença, a aceitar a convenção das partes”. LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

De acordo com a ideologia liberal vigente na época codificadora, em fins do século XIX, o processo era concebido como coisa das partes. Essa concepção liberal pressupunha deixar não só a iniciativa de demandar, mas também a marcha processual, a cargos dos litigantes, sendo vedada a investigação probatória oficial. Assim tanto o poder de deduzir uma pretensão em juízo como a própria condução interna do processo – relativa a produção das provas – eram em regra coisas afetas às partes⁶⁵.

Desse modo, se os temas discutidos no processo interessavam exclusivamente as partes, não só lhes incumbia determinar o ponto litigioso, mas também comprovar os fatos relevantes do processo. Assim nos processos comuns, ordinários, a atribuição exclusiva de poderes instrutórios as partes era reflexo da relação de direito material discutida.

O reconhecimento dos poderes instrutórios ao juiz é um dos motivos pelos quais a concepção subjetiva do ônus da prova foi abalada. O desenvolvimento do aspecto objetivo do ônus, ocorreu justamente na Áustria, onde o papel instrutório do juiz de há muito prepondera sobre o das partes. No Brasil, desenvolve-se interessante debate sobre o reconhecimento de poderes instrutórios ao órgão judicial, discussão que gravita em torno da interpretação dos arts. 130 e 333 do CPC.

Conjugando esses dispositivos legais, prestigiada doutrina tem encarado a possibilidade de o juiz determinar *ex officio* a produção de provas somente a título subsidiário quando, depois de desenvolvida a atividade probatória das partes, ainda permanecesse em estado de dúvida sobre os fatos relevantes.

No entanto, doutrina expressiva tem sustentado a possibilidade de investigação probatória oficial sem se apegar a necessidade de o autor provar os fatos constitutivos, e o réu aos extintivos, modificativos e impeditivos. Também o juiz pode determinar a produção de provas, sem que isso importe no desvirtuamento do ônus da prova ou no desequilíbrio entre as partes.

Essa posição encara o ônus sobre o prisma objetivo, como regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz no momento de julgar.

Por esse instrumento a lei permite ao magistrado proferir sua decisão mediante resposta a duas perguntas basilares que nortearão o conteúdo da sentença: quem deveria provar o que (regra de conduta para as partes) e o que deveria ficar provado,

⁶⁵PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.165 e ss.

independentemente de quem fez a prova (regra de julgamento que orienta o juiz. Ao primeiro chama-se de ônus subjetivo e ao segundo ônus objetivo.

A divergência ganhou um reforço substancial por conta de uma decisão e o ponto mais polêmico deste assunto – ônus da prova é regra de julgamento ou de instrução, e qual o momento da inversão do ônus da prova? -, foi respondido pelo Superior Tribunal de Justiça

A Segunda Seção do Tribunal nos autos do EREsp 422.778-SP, considerou que trata-se de regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida, preferencialmente, na fase de saneamento do processo, de modo a assegurar à parte a quem não incumbia, inicialmente, o encargo, a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos⁶⁶.

Segundo a Ministra Maria Isabel Gallotti, no caso em questão, o consumidor não demonstrou que a empresa fabricou o produto defeituoso, e, portanto, seria a responsável pelo dano que alegou ter suportado e que “caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso, mas esta inversão tem por fundamento o artigo 6º do CDC, e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.”

O assunto, certamente, continuará despertando polêmica já que como afirma Rui Manuel de Freitas Rangel:

é extraordinariamente difícil formular um princípio geral, quer na doutrina, quer na lei, que nos forneça, em todos os casos, a solução do problema de saber sobre qual das partes recai o ônus da prova. (...) A dinâmica da prova e a multiplicidade de ações vedam, e ainda bem, essa possibilidade, que seria desastrosa, porquanto não é possível traçar-se uma regra única para solucionar todos os casos.⁶⁷

Daí a grande importância deste julgado, considerando que o tema foi, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, é preciso ponderar que cada caso é um caso e regras rígidas e inflexíveis, nem sempre leva a resultados justos.

Nesse sentido, no que tange à distribuição do ônus da prova vem, sistematicamente, ganhando adeptos, a teoria da carga dinâmica da prova (que será tratada em

⁶⁶Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).

⁶⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 145.

tópico específico), amplamente difundida em Países como a Argentina de onde vem um de seus maiores difusores.

2.6 Algumas teorias sobre o ônus da prova

2.6.1 Teoria de Jeremy Bentham

O autor chegou a formulação de sua teoria em seu “Tratado de Laspruebasjudiciales”, respondendo à seguinte indagação: “Ônus da prova. Sobre quem deve recair? ou seja, “entre as duas partes contrárias, à qual se deve impor a obrigação de produzir a prova?”.

A resposta, segundo Jeremy Bentham, seria de que:

o ônus da prova deve ser imposto no caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, com menor demora, vexame e despesas.⁶⁸

Moacyr Amaral dos Santos, a seu turno, explica que:

Bentham partia do pressuposto de que se deveria proteger o autor e não ao réu, porque o primeiro não se atreveria a propor a ação senão quando convencido da sua justiça, enquanto que o segundo no mais das vezes, não tem outro intuito senão contrariar a demanda.

Essa teoria suprime o princípio dispositivo em relação à distribuição do ônus probatório, para dar lugar ao instituto da “investigação da verdade” da essência do princípio inquisitório.

2.6.2 Teoria de Weber

Para Max Weber: “A prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos”.⁶⁹

⁶⁸RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.94.

Por essa teoria, quem procura fazer valer, no todo ou em parte, perante um magistrado, um direito ou uma liberação de direitos ou usurpações de outrem é obrigado a provar os fatos ainda incertos, cuja verdade é pressuposto do direito ou da liberação.⁷⁰

Amaral dos Santos explica que, segundo Weber, para a prova do fundamento do direito, basta a das suas condições essenciais, isto é, aquelas que lhe dão origem, cabendo a quem contesta provar as condições impeditivas. Nisso a teoria de Weber assemelha-se a teoria de Carnelutti.

2.6.3 *Teoria de Carnelutti*

Francesco Carnelutti atrela o instituto do ônus da prova à ideia de risco. Entende, assim, que o fenômeno do ônus da prova diz respeito à distribuição, entre as partes, dos riscos da prova ausente ou deficiente.⁷¹

Resumidamente, a sua concepção afirma que “enquanto o interesse em afirmar é unilateral (cada parte tem interesse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou defesa), o interesse em provar é bilateral (uma parte quer provar a existência do fato; a outra, a inexistência).”

Diante disso, o mestre conclui que o critério para determinação do ônus da prova reside no interesse da afirmação, o que se harmoniza com o conteúdo da lide e corresponde a uma regra de experiência, porque, quase sempre, as partes procuram munir-se dos meios necessários pra provar os fatos que lhes interessam⁷².

⁶⁹ LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e no comercial**. 3.Ed. v.1. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1961. p.101

⁷¹ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.100.

⁷² LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

2.6.4 Teoria de Chiovenda

O mestre italiano, em seu livro *Instituições de Direito Processual Civil*, advertia que “assim como é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e geral.”⁷³

Coube a Chiovenda formular a proposição que seria adotada pelo nosso Código de Processo Civil, ao pôr em relevo que, para ser respeitado o princípio da igualdade das partes no processo, o ônus de afirmar e de provar se distribui entre elas, de modo que cada qual tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.⁷⁴

Isso significa dizer que, em regra, incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos.

2.6.5 Teoria da carga dinâmica da prova

É de vital relevo para este trabalho o estudo dos aspectos do ônus da prova e, dentre eles, a teoria da carga dinâmica da prova, visto que determinam a concepção moderna que guia o processo civil e está estreitamente ligada aos poderes instrutórios do juiz.

Frise-se, inicialmente, que a teoria da carga dinâmica da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova. A teoria da carga dinâmica das provas tem suas raízes fincadas no Direito Processual Argentino, em que com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas, tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano.

Para Peyrano, não há porque manter-se a concepção estática da distribuição do ônus da prova, atribuindo-se este à parte que, pelas circunstâncias, estiver e tiver melhores condições parademonstrar os fatos do caso específico, independente de sua posição no processo.

⁷³ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.99.

⁷⁴ LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

Também é conhecida pelos nomes de teoria da carga da prova compartilhada, cargas probatórias dinâmicas e, ainda princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional.

Fundamentalmente, segundo Peyrano, essa teoria consiste:

Entren de identificar la categoria de las "cargas probatórias dinamicas", hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según La cual se incumbe la carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva.

Peyrano, por ser crítico fervoroso do critério geral de distribuição do ônus da prova e por ser este estático e rígido, resolveu flexibilizar essas regras por entender que, em determinados casos, diante da presença de circunstâncias específicas, elas se mostravam inadequadas ou insuficientes, tanto para as partes quanto para o juiz, na efetiva busca para a solução do litígio⁷⁵.

O mérito dessa teoria, portanto, consiste no rompimento com as regras rígidas e estáticas da distribuição do ônus da prova, tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis ao caso concreto.

Sergio José Barberio sintetiza a teoria de Peyrano em uma única frase:

O ônus probatório se faz recair sobre quem está em melhores condições de prova, independentemente da posição processual da parte ou da natureza dos fatos a serem provados.

Para essa teoria, não importa, na distribuição do ônus da prova, a posição da parte, como também não importa a espécie do fato; importa que o juiz, diante do caso concreto em juízo de valor, decida qual das partes está em melhores condições de suportar esse encargo e, em melhores condições, técnicas, financeiras, dentre outras, para produzir a prova.

Com efeito, se a parte a que o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

A questão que se coloca para a aplicação dessa teoria é saber como se consegue definir “quem está em melhor condição de produzir a prova.”

Essa resposta, sem dúvida, passa pela rigorosa e esmerada análise do magistrado que, à luz do caso concreto, saberá qual das partes está em melhores condições de produzir a

⁷⁵ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p.115-124.

prova, seja por estar na posse de documentos, seja por estar mais habilitada tecnicamente, procurando evitar a “prova diabólica” ou impossível a uma das partes.

Hoje, em que pese o fato de que nosso ordenamento processual ainda não contemple expressamente a previsão da inversão do ônus da prova, é indubitável que, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, ao juiz é dada maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus e, assim, buscar maior colaboração das partes com o órgão jurisdicional.

Bedaque, em sua obra, assinala 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 ônus da prova.

Significa dizer que, se ao analisar a causa posta *sub judice*, o juiz identificar que pelos mandamentos da lei o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, das condições para dele se desincumbir, a partir daquele instante, ele deverá mudar as regras de jogo e modificar a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.

A jurisprudência pátria já se vem manifestando sensível a essa teoria e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça já vem fazendo menção expressa a ela, como o acórdão do Ministro Luiz Felipe Salomão, transcrito *in verbis*:⁷⁶:

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art.333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

O Novo Código de Processo Civil (substitutivo adotado) ora em trâmite na Câmara dos Deputados, tratou expressamente do assunto para permitir a distribuição dinâmica da

⁷⁶REsp 619148 / MG. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento 20/05/2010.

prova, observados os pressupostos em seu artigo 380, cuja transcrição fazemos a seguir, ressaltando, desde já, a importância da inovação que trará ao ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Como se pode perceber, pode-se considerar que a Teoria de Jeremy Bentham ganha força a partir dos novos delineamentos do processo civil moderno no que toca aos poderes instrutórios do juiz e à distribuição do ônus da prova.

2.7 A questão da igualdade no processo civil: vulnerabilidade ou hipossuficiência?

Vulnerabilidade pode ser entendida como a condição de risco em que uma pessoa se encontra, ou ainda, um conjunto de situações mais, ou menos problemáticas, que situam a pessoa numa condição de carente, necessitada, impossibilitada de responder com seus próprios recursos a dada demanda que vive e a afeta.

Vulnerabilidade processual, na lição de Fernanda Tartuce, é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária. Essa impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores diversos como, por

exemplo, problemas de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.

Com a mudança do conceito de acesso à justiça – que deixou de ser um bem a ser desfrutado unicamente por aqueles que podiam suportar o custo de um processo, para tornar-se um bem acessível a todos⁷⁷, tornou-se indispensável a construção de um sistema jurídico destinado às pessoas que participam da vida em sociedade, “seres reais existentes no mundo dos fatos e não mais sujeitos ideais, titulares abstratos de direitos equitativamente atribuídos e assegurados com base numa igualdade formal.”⁷⁸

Nossa história recente nos mostra que o Brasil é um país marcado por significativas desigualdades sociais e estas repercutem no processo civil de forma intensa na medida em que tendo se ampliado o acesso à justiça é possível verificar que alguns litigantes não atuam em condições favoráveis e nem sempre conseguem se manifestar em tempo hábil de forma a se desincumbir de seus encargos processuais.

Isso se dá justamente pelos fatores mencionados por Tartuce – de ordem econômica, localização geográfica e até mesmo, por desconhecimento dos direitos básicos, colocando-os, precisamente, na situação de vulnerabilidade acima descrita.

Mauro Cappelletti leciona que “as proclamações (nacionais e supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declamações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais, ou a alguns tribunais(...)”⁷⁹

Daí a relevância da afirmativa de Cappelletti, já que incumbe ao Poder Judiciário o dever de assegurar os direitos fundamentais de quaisquer categorias e dentre essas, das chamadas minorias.

É certo que a partir do momento em que para assegurar a observância das prestações primárias descumpridas pelo Estado, se revela necessário o encaminhamento judicial, ganha relevo o processo civil⁸⁰, uma vez que essas minorias deverão ser atendidas levando-se em conta as limitações que trazem da vida social.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988. p.9.

⁷⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tania da; OLIVEIRA, Guilherme de (coordenadores). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p.106.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.81.

O primeiro reconhecimento normativo expresso sobre vulnerabilidade no ordenamento brasileiro foi verificado na legislação consumerista expressa no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, e a partir de então vários foram os doutrinadores que se dedicaram ao estudo do tema, especialmente, do seu significado⁸¹.

Explica Fernanda Tartuce que a técnica engendrada pelo ato normativo em referência (CDC), considera todo consumidor vulnerável⁸² por sua debilidade em comparação com o fornecedor. O legislador, contudo, criou uma distinção com o objetivo de facilitar a inversão do ônus da prova: a demonstração de que além de frágil – vulnerável – o litigante também seria hipossuficiente, não tendo como se desincumbir da produção das provas necessárias a comprovação dos fatos afirmados.

Portanto, verifica-se que o código preocupou-se em distinguir vulnerabilidade e hipossuficiência.

A questão é polêmica. A começar pelo significado do vocábulo hipossuficiência - estado daqueles que sobrevivem com o mínimo de condições financeiras e os miseráveis – que difere da acepção dada pelo Código de Defesa do Consumidor, que significa condições técnicas inferiores ou desfavoráveis para o consumidor provar suas alegações iniciais - seus direitos do CDC - em face do fornecedor, melhor provido de meios probatórios.

A polêmica como se vê, decorre de ditames do Código de Defesa do Consumidor segundo os quais todo consumidor é vulnerável, mas não necessariamente hipossuficiente. O consumidor é vulnerável por sua debilidade – sobretudo de informações – em comparação ao fornecedor; contudo, para fazer jus ao mecanismo facilitador de inversão do ônus da prova no processo, o CDC exige a demonstração de que, além de frágil, o litigante é tecnicamente hipossuficiente a ponto de não ter condições de se desincumbir da produção probatória⁸³.

⁸¹ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.181.

⁸²Rizzatto Nunes explica que à luz do CDC o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. A questão de ordem técnica deve-se ao fato de que os meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor; quanto ao aspecto econômico, é fato que via de regra o consumidor é a parte com menor poder econômico – a regra comporta exceções – e, portanto, maiores condições também de melhor se defender. (RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008).

⁸³ TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade no processo civil. Artigo publicado na **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/vulnerabilidade-no-processo-civil/9968>. Acesso em: 13 nov 2013.

Ora, conforme de percebe, processualmente, vulnerabilidade e hipossuficiência não retratam idênticos conceitos. Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico).

Vários doutrinadores adotam esse critério de diferenciação entre os conceitos de forma que na prática, para aferir a hipossuficiência, o juiz deverá proceder a um exame valorativo considerando que o suporte fático, via de regra, aponta um elemento de natureza econômica⁸⁴.

Ocorre que na lei 8.078 o termo hipossuficiência vem acompanhado do termo técnica, o que leva a entendimentos divergentes, no tocante à forma concebida. Alguns doutrinadores entendem que essa hipossuficiência, para fins de inversão do ônus da prova, indica desconhecimento técnico e informativo sobre elementos do produto ou do serviço⁸⁵.

No âmbito da instrução probatória, isso significa dizer que na prática, havendo limitações econômicas e técnicas de produção de provas que inviabilizem o acesso à justiça do consumidor, ele merece ver reconhecida a inversão do ônus da prova.

2.8 O problema da verdade no processo civil

O estudo da verdade, dentro dos modelos probatórios⁸⁶ que existem nos ordenamentos jurídicos atuais, é de indiscutível importância para que se possa aferir até que

⁸⁴ MARTINS- COSTA, Judith *apud* TARTUCE Fernanda. Vulnerabilidade no processo civil. Artigo publicado na **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/vulnerabilidade-no-processo-civil/9968>. Acesso em: 13 nov 2013.

⁸⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 610-611.

⁸⁶ Modelo clássico (*common law*) onde a prova é um argumento de persuasão, destinada a convencer o julgador (juiz ou jurados) da oportunidade de assumir como correta certa versão dos fatos relevantes para a decisão. Caracteriza-se pelo diálogo entre as partes (*adversary system*) e um juiz passivo (o juiz apenas verifica a admissibilidade da prova). Modelo moderno (romano-germânico) onde a prova é entendida como elemento demonstrativo, voltado para o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão; caracteriza-se por forte ativismo judicial e neste sentido o juiz assume papel relevante na instrução findando por desigular a relação de isonomia entre as partes. Modelo contemporâneo (ordenamento brasileiro) onde a prova tem sido entendida como demonstração baseada em uma concepção que vê o Direito Processual e o direito material em dois planos distintos. O trabalho do juiz consiste apenas na busca da verdade dos fatos através da prova. (ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil. **Revista de Processo** 116/334. São Paulo: RT, 2004.

ponto o juiz pode – e se pode, avançar na busca da verdade real⁸⁷, sem perder a imparcialidade e sem violar o contraditório, afastando-se das regras da disponibilidade do direito material que permeiam o princípio dispositivo.

Estudos sobre a verdade sempre foram objeto de intensa preocupação desde os mais remotos tempos e pelos mais diferentes estudiosos: filósofos, teólogos⁸⁸ e, é claro, por juristas.

Portanto, avaliar o papel de destaque que hoje ocupa a verdade, e, especialmente a verdade real como pressuposto para a prova no processo civil, é de suma importância, posto que, como afirma Humberto Theodoro Júnior, “trata-se de problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil brasileiro em cotejo com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e, particularmente, na instrução probatória”.

No entanto, tendo em vista que o presente estudo apenas busca situar até que ponto a busca da verdade real resultou em aumento dos poderes instrutórios do juiz e, por conseguinte, implicou a mitigação do princípio dispositivo, vamos limitar a nossa exposição sobre a questão da concepção, que tem a verdade para o processo civil revestido de garantias individuais – contraditório, ampla defesa e nele prepondera a disponibilidade do direito material.

O elo existente entre prova e verdade decorre do senso de que provar é um meio de se inculcar no espírito do julgador o espírito de uma verdade, que não existe no espírito sem a sua percepção e os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade, constituem a prova.⁸⁹

Em obra clássica, Goldschmidt⁹⁰ classifica os atos da parte no processo como atos de obtenção e atos de causação, e diz o autor que aqueles atos (obtenção) têm por finalidade convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, e o faz por meio das contribuições de prova.

⁸⁷ Para Alvarado Velloso, “não cabe nem interessa ao juiz a busca ‘empenhada’ e a todo custo da verdade real, mas sim, muito mais modesta e realisticamente, deve buscar manter a paz social fixando fatos para adequá-los a uma norma jurídica, tutelando assim o cumprimento daquilo que é pretendido pela lei”.

⁸⁸ Tomás de Aquino tem uma obra inteiramente dedicada ao seu estudo: Verdade e Conhecimento.

⁸⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 3.ed. v.I. São Paulo: Max LimonadEditor de Livros de Direito, 1961.p.12

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

Portanto, o que se busca por meio da instrução probatória é formar o convencimento do juiz acerca da veracidade das alegações fáticas apresentadas, e incutir-lhe no espírito a certeza da justiça de decisão.

Discorrendo sobre o estudo da verdade, Taruffo⁹¹ leciona que algumas distinções inúteis podem ser deixadas de lado. A principal dela, prossegue o mestre, é aquela que contrapõe verdade absoluta e verdade relativa.

Assim como a maior parte da doutrina entende que a verdade absoluta não existe, Taruffo afirma que esta não pertence ao mundo dos humanos e, por conseguinte, não integra o mundo da justiça e do processo.⁹² O mestre italiano sustenta que “a verdade dos fatos não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável sustentada pela maioria dos elementos que a confirme”.⁹³

Apesar disso, afirmar que, nos assuntos humanos e, portanto, também no processo, à pessoa só tem a ver com verdades relativas, não significa desvalorizar a função da verdade nem significa adotar uma concepção subjetivista ou relativista dessa.⁹⁴

Primeiro, porque a verdade sofre variações no tempo e no espaço, como sofre influências diversas de época, costumes, conhecimento formal, dentre outras e, por tais fatos, como leciona Amaral Santos, “a verdade, que se busca, quase sempre não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível.”

A verdade, portanto, sempre foi objeto de preocupação para o processo e um dos objetivos a serem perseguidos no curso deste. Por isso, a doutrina processual sempre procurou distinguir entre verdade real e verdade formal, geralmente ligando àquela ao processo penal e esta ao processo civil.

⁹¹TARUFFO, Michele. **La semplice verità: Il giudice e La costruzione dei fatti**. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza & Figli, 2009. p.82.

⁹² “Di alcunidistinzioni inutili si può liberare rapidamente. La principale di esse è quella che contrappone verità assoluta e verità relativa. Essendo evidente che la Verità com l’ iniziale maiuscola, ossia la verità assoluta, non appartiene al mondo delle cose umane, è pure evidente che essa non appartiene al mondo della giustizia e del processo.” (Ibidem. p.83).

⁹³ Outros processualistas acompanham Taruffo nesse sentido de que a verdade absoluta no processo civil, dentre eles Cândido Rangel Dinamarco que afirma que: “O risco de errar é inerente a qualquer processo e a obsessão pela verdade é utópica. Ainda quando se prescindisse por completo do valor celeridade e se exacerbasse para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.I, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.142).

⁹⁴TARUFFO, Michele. **La semplice verità: Il giudice e La costruzione dei fatti**. Primeira edição. Roma-Bari: Editori Laterza & Figli, 2009. p.82.

Tal entendimento ainda encontra eco em nossos dias, mas já é preocupação do magistrado a busca da verdade real também no processo civil, posto que essa noção – de verdade formal e real - vem perdendo paulatinamente as forças no processo civil pela sua inutilidade prática, não se distinguindo mais uma e outra na condução da instrução probatória.

Na verdade, a distinção ocorre porque, em tese, o processo civil lida com bens menos relevantes do que o processo penal e, por tal fato, poderia o juiz contentar-se com um grau de certeza menor.⁹⁵

Por isso, atualmente, busca o juiz, tão somente, a reconstrução dos fatos que lhe permitam formar o seu convencimento sem com isso perder a imparcialidade.⁹⁶

Para a maioria dos doutrinadores, os meios de controle da imparcialidade do juiz não exigem sua inércia diante da iniciativa da busca da verdade real e eles consistem em um efetivo contraditório das partes, por obra do próprio juiz, que sempre dará às partes oportunidade de se manifestarem acerca das provas apresentadas.

Outra distinção terminológica que se julga importante fazer é entre verdade, certeza e probabilidade, visto que, como se percebe, é costumeiro que haja confusão no emprego dessas acepções.

Nesse mesmo sentido, confirma Taruffo, é possível encontrar afirmativas como “ter certeza da verdade de uma afirmação”, ou ainda que, “uma afirmação é verdadeira porque alguém tem certeza”. Enfim, todas afirmativas que conduzem ao entendimento de que há um equívoco evidente nelas.

Em sua obra magistral⁹⁷, Malatesta aborda o assunto em capítulo inteiramente dedicado ao tema e demonstra, assim, que a controvérsia tem lá suas razões. Afirma o mestre que “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que é objetivamente falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdade (...)”.

⁹⁵MARINONI, Luiz Guilherme e. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁹⁶ Hermes Zaneti Junior destaca que admitindo-se a prova como argumento de discussão, as novidades na valoração dos fatos pelo juiz devem ser obrigatoriamente debatidas com as partes. Resgata-se a humanidade no debate judicial (...) Por esta razão já se falou em relativização dos brocardos *iuranovitcuria* e *da mihifactum, dabitibiis* para a admissão do contraditório preventivo”. (ZANETI JUNIOR, Hermes . O problema da verdade no processo civil. In: **Revista de Processo** 116/334. São Paulo: RT, 2004).

⁹⁷MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. V.1. São Paulo: ConanLtda, 1995. p.23 e ss.

A certeza seria, assim, um estado da alma, ou seja, está em nós. A verdade está nos fatos.⁹⁸

De modo geral, os doutrinadores assentem que existe certeza quanto à determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes que conduziriam a desacreditar dela para, então, racionalmente aceitar os motivos convergentes.⁹⁹

Dinamarco, ao abordar o tema com muita propriedade afirma que “descontados os muitos exageros que quanto a isso são afirmados, é inegável o valor da certeza no direito”, e, assevera o mestre:

[...] todo sistema jurídico se desenvolve, no sentido de produzir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações; e por outro lado, a ordem jurídica quer que, tanto quanto possível, as decisões sejam tomadas mediante critérios de certeza, minimizando-se com isso os riscos de injustiça e erro.

Há, no entanto, doutrinadores que discordam com veemência da busca da verdade real como justificativa para aumento dos poderes instrutórios.

Segundo Alvarado Velloso, por exemplo, ao indagar se acredita-se que a Verdade importa tanto no processo a ponto de ser erigida em valor fundamental na hora de os juízes resolverem os litígios, o Direito não privilegia a Verdade como um valor jurídico de máxima importância, já que, observando detidamente o que diz a Lei, nota-se que os valores transcendentais são a paz social, com o consequente respeito às regras de convivência, bem como a certeza das relações individuais atingida com o simples acatamento das normas vigentes num dado tempo e lugar. Afirma o mestre que:

Se a Verdade fosse um autêntico valor, e o mais importante para o Direito, tal como sustenta o ativismo judicial, as instituições legais deveriam com ela logicamente se alinhar para manter um sistema coerente e compreensível. Uma simples análise da lei processual mostra, sem maiores dificuldades, que não é assim que se passa, já que não há compatibilidade lógica alguma entre a denominada busca da verdade real e, por exemplo a absolvição fundada na dúvida; a extinção do processo sem resolução de mérito por abandono; a prescrição liberatória; o ônus da prova; o indeferimento da produção de uma prova por eventual negligência de quem a requereu; o princípio da congruência do pedido com o dispositivo da sentença; a coisa julgada material etc.,etc.”

⁹⁸SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba** – los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ejea, 1978.p 113.

⁹⁹MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. V.1. São Paulo: Conan Ltda, 1995.p.42 e ss.

2.9 A instrução probatória no sistema (inquisitivo) inquisitório e no sistema (acusatório) ou dispositivo

Como já foi abordado em outro tópico, o sistema inquisitório é aquele método concebido para, por meio de investigação, se chegar à verdade real. Por esse método, buscava-se, no direito canônico, obter a confissão, o arrependimento e, finalmente, a reconciliação do pecador com a Igreja. Era um método unilateral, em que o acusador era ao mesmo tempo o juiz da causa.

Assim, ao acusador (juiz) incumbia o dever de acusar, provar e julgar a causa. Conforme leciona Alvarado Velloso, esse método era praticado pela Inquisição e passou a ser conhecido, desde então com o nome de sistema inquisitório ou inquisitivo. O processo inquisitivo tinha algumas características bem específicas, como o fato de que era sempre escrito e sempre corria em absoluto segredo.

Além disso, na figura do juiz, fundia-se a figura do acusador:

Com efeito, se o acusador era quem afirmava (começando assim o desenvolvimento do respectivo trâmite) resultava elementar que seria também o encarregado de prová-la. Só que – outra vez- o fazia por si e diante de si, para poder julgar a imputação depois de se convencer da verdade da própria imputação.¹⁰⁰

Resulta daí que, tendo de provar a veracidade de sua própria acusação, o juiz tinha por obrigação buscar provas para confirmar as suas afirmativas: isso deveria ser feito de modo que o resultado fosse absolutamente idêntico ao teor do que a acusação sugeria ser a realidade dos fatos alegados. Surge daí a busca pela verdade real, que, naquela altura acreditava-se ser possível obter por meio da confissão, mas ocorria, sempre, por meio de torturas e provas cruelíssimas.

Goldschmidt leciona que, no processo inquisitivo, o juiz considerando haver indícios suficientes de um fato punível, deveria, de ofício, buscar a prova que iria fundamentar seu convencimento. O acusado era tratado como uma testemunha imparcial, com o dever de dizer a verdade, sob pena de coação. Essa é a configuração básica do processo inquisitivo, que concede poderes ilimitados ao magistrado para suprir a insuficiente atividade processual das partes.

¹⁰⁰ALVARADO VELLOSO, Adolfo. O garantismo processual. Ativismo Judicial e garantismo Processual. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.22.

Nobili¹⁰¹ diz que o sistema inquisitivo foi o preço pago em razão da prova legal.

A concepção liberal da economia, com a liberdade de empresa em um mercado livre e com direito de propriedade, supunha que o processo civil se assentava naquilo que se chamava de princípio da oportunidade, porquanto que determinava que a iniciativa do processo era manifestação volitiva do cidadão, o qual decidia, atendendo a razões de oportunidade, ajuizar ou não a demanda, visando buscar a tutela jurisdicional para resguardar a proteção de seu direito subjetivo¹⁰².

Aqui se chegava a definição de princípio dispositivo em sentido estrito, segundo o qual incumbia somente às partes podiam iniciar o processo, delimitar o objeto do processo, sem a interferência do juiz que na sentença deveria limitar-se ao que lhe havia sido pedido (princípio da congruência da sentença).

No que toca à instrução probatória, como as partes eram donas do processo, a concepção liberal, excluía o juiz direção material no desenvolvimento do processo. Aqui o objetivo era conseguir um juiz terceiro e imparcial como garantia para as partes, de que se realizaria um processo que fosse verdadeiramente uma solução de controvérsias.

Esse era o sentido do brocardo *iudexiudicare debet secundum allegata et probata partibus*, por isso o juiz não podia: aportar fatos ao processo, ou seja, não poderia determinar provas – qualquer tipo de prova -, não poderia determinar provas cujo ônus incumbisse às partes, posto que se assim procedesse, significava que havia se tornado auxiliar da parte favorecida por esse meio.

Uma vez iniciado o processo, determinado o seu objeto pelas partes que aportam os fatos e tem a iniciativa probatória, a desconfiança da concepção liberal no Estado e seus órgãos, incluindo o jurisdicional, determinava como se desenrolava o processo e quem o dirigia.

Essa repartição de poderes, sem dúvida, privilegiava as partes e ao juiz não era sequer dado o direito de se manifestar sobre a falta de algum pressuposto processual, o que deveria ser feito pela oposição do demandado. O juiz não tinha poderes de ofício e o impulso processual era dever das partes.

¹⁰¹NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 15.

¹⁰²AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p.301.

3. OS PODERES DO JUIZ

3.1 Considerações sobre os poderes instrutórios no processo civil brasileiro e em alguns ordenamentos estrangeiros

Esse tópico pretende abordar sinteticamente a trajetória dos poderes instrutórios no processo civil brasileiro e nos ordenamentos de Portugal, Itália, Espanha e Argentina.

A discussão em torno dos poderes instrutórios do juiz¹ sempre gera intensa polêmica na doutrina especializada, porque, como assevera Barbosa Moreira² “uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo”, por isso não é concebível que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição, mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância.

Por isso, um dos temas que mais desperta polêmica é o da legitimidade democrática de se atribuir ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil.

O tema, aliás, desperta mais atenção na Europa do que no Brasil onde, inclusive, como já foi mencionado, a discussão é travada sob outras nomenclaturas, como ativismo judicial ou garantismo processual.

Nesse sentido, costuma-se aludir a “processo inquisitivo, para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a “processo dispositivo” para indicar aquele em que se atribui às partes o papel principal³.

No entanto, não há um meio preciso de mensurar uma ou outra tendência no processo civil brasileiro, porque, como assente a maioria dos doutrinadores, não existe um processo que seja totalmente inquisitivo ou dispositivo, embora se possa perceber que, nas

¹ “Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da “divisão do trabalho” entre o órgão judicial e as partes.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Temas de Direito Processual. Quarta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p.45).

²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004.

³Ibidem.

últimas décadas, as reformas tenham ocorrido no sentido de prestigiar a atividade do órgão jurisdicional para alcançar a almejada efetividade processual.

Esse fato, já advertido por Mauro Cappelletti, em sua obra⁴, de que “a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui fenômeno típico do nosso século”, se afigura correto, pois, tudo quanto se observa na prática confirma a arguta observação de Dinamarco de que “a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos ‘fins limitados’”.⁵

Em consequência e, decorrente dessa visão publicista, espera-se que a atividade do juiz na direção formal do processo não fique limitada à postura de mero espectador.

Essa é justamente uma das preocupações centrais deste estudo, uma vez que é preciso fazer um cotejo entre o princípio dispositivo que orienta, ainda, o processo civil brasileiro com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e, particularmente, na instrução probatória, para aferir se o aumento dos poderes do juiz constitui de fato elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais.

O tema, como assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

constitui um dos mais fascinantes da dogmática processual civil, porque se vincula estreitamente à natureza e função do processo, à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos.⁶

É bem verdade que o assunto ainda gera debates acalorados entre quem defende – corrente majoritária-, amplos poderes para o juiz, e, quem defende a limitação desses poderes tendo em vista o princípio dispositivo e a falta de interesse do Estado no interesse privado das partes.

O fato é que de forma similar em todos os ordenamentos, as reformas são sempre orientadas com base em dados estatísticos de movimentação forense e número de processos pendentes. Em outras palavras, a tão sonhada efetividade processual, ou como diz José Henrique Mouta, “a crise de tempestividade da tutela jurisdicional” é o vetor que orienta as reformas.

⁴CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.339.

⁶OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. In: **Mundo Jurídico**, 23 abr.2003. p 2.

Em Portugal, a exemplo do que aconteceu em outros ordenamentos, várias foram as reformas efetivadas com o objetivo de diminuir o número de processos executivos pendentes de julgamento nos tribunais.⁷

No entanto, em Portugal como aqui no Brasil, os resultados apontados demonstram que as reformas não atingiram o resultado esperado e levam à reflexão de que não seriam simples modificações normativas que teriam o condão de alterar o panorama atual⁸.

Na verdade, a respeito do tema, já se manifestou com muita propriedade José Carlos Barbosa Moreira:

A demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. Recordemos, antes de mais nada, a escassez de órgãos jurisdicionais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com a agravante de que os quadros existentes registram a vacância de mais de 20%, que, na primeira instância, nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher. Teríamos de incluir no catálogo das mazelas o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio; em nosso Estado, e provavelmente não só nele, a irracional divisão do território em comarcas, em algumas das quais se torna insuportável a carga de trabalho, enquanto noutras, pouco movimentadas, se mantém uma capacidade ociosa deveras impressionante, a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, que concorrem para reter em baixo nível a produtividade.

Ressalte-se, por oportuno, que as reformas no sistema português prestigiaram a chamada desjudicialização⁹, enquanto no Brasil as reformas ampliaram os poderes do juiz e os meios de coerção patrimonial, além de fomentar uma execução sincrética.

Em Portugal, as reformas ocorridas no sistema processual consagraram a criação de procedimentos diferenciados¹⁰, com o objetivo de diminuir o tempo do processo. Implantou-se um regime processual experimental, por meio do qual se buscou a tutela

⁷ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Estudos de Direito Processual**. Belém:Paka-tatu,2013. p.37-40.

⁸ Ibidem. p.36.

⁹Desjudicializar significa facultar às partes a oportunidade de resolver seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição, desde que juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis. O objetivo é desafogar o Poder Judiciário de suas atribuições em face da crescente litigiosidade que congestionava o judiciário.

¹⁰ Importantíssima previsão está inserida no artigo 9º do DL 108/2006 que dispõe sobre a apresentação conjunta das partes. No caso de ambos os litigantes estarem de pleno acordo quanto à exposição fática, e o objeto da divergência esteja restrito à interpretação a ser adotada pelo juiz, isto é, caso esperem tão somente, o julgamento, poderão trazer a petição inicial conjunta.

jurisdicional mais célere, com a participação efetiva das partes litigantes, que, inclusive, assinam juntas a petição inicial.¹¹

O procedimento, como se percebe, prestigia a cooperação do juiz e das partes em um regime que confia na capacidade e no interesse dos operadores do direito em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios postos em juízo, como afirma Mariana França Gouveia:

A bem da verdade, o que se observa nitidamente, pela nova regra, é a manutenção do espírito que vem norteando o Direito Processual Civil português, calcado, basicamente, na participação do juiz e na intensificação da colaboração das partes na solução do litígio.¹²

Conclui-se, à primeira vista, que embora se tenham dado soluções distintas na tentativa de solucionar as mazelas processuais, os problemas continuam sem aparente solução, ou seja, em Portugal, as reformas tiveram por objetivo uma tutela jurisdicional mais célere.

Conforme leciona Gáucia Mara Coelho, a demanda civil em Portugal, a exemplo de outros ordenamentos, depende da iniciativa das partes, às quais compete instaurar o processo, delimitar seu objeto e dar-lhe continuidade, ou não.

Em decorrência do princípio dispositivo, ao sentenciar, o juiz não pode condenar em quantidade superior, ou em objeto diferente do pedido pelo autor.

Ressalte-se que, tal princípio foi mitigado com a redação do novo Código de Processo Civil Português que passou a admitir a possibilidade de o juiz, basear sua decisão não apenas nos fatos alegados pelas partes, mas também em outros fatos que, embora não alegados, ficassem evidenciados no curso da ação¹³.

Relativamente ao ônus da prova, a regra é a de que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos. A instrução é informada pelos princípios do inquisitório, da cooperação, da audiência contraditória.

Em síntese, conforme ressalta António Montalvão Machado, antes da entrada em vigor do CPC de 95, “o juiz se limitava a ‘assistir’ à apresentação dos factos em juízo e ao correspondente desenrolar dos articulados no processo, sem qualquer poder de intervenção relativamente àqueles”, com as alterações atenuou-se a dimensão do princípio dispositivo e consagrou-se a possibilidade de o juiz participar, direta ou indiretamente, da apresentação e na

¹¹ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Estudos de Direito Processual**. Belém:Paka-tatu,2013. p.43.

¹² GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz na ação declarativa. Em defesa do processo civil ao serviço do cidadão. **Revista Julgar**, n.1 – janeiro/abril 2007. Associação sindical dos juizes portugueses. Coimbra. p.55.

¹³COELHO, Gláucia Mara. Direito Processualcivil português. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 292.

delimitação fáticas do próprio litígio, reconhecendo-lhe um papel mais operante e dinâmico do que aquele anteriormente previsto¹⁴.

No que diz respeito ao Direito Processual Civil Espanhol, verifica-se que este sempre oscilou entre prestigiar o procedimento ordinário de cognição e o priorizar os procedimentos sumários. Esse foco de tensão, como explica Sica, foi também enfrentado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* atualmente em vigor e que cujo objetivo também é a efetividade do processo¹⁵.

Por isso um dos meios que o legislador encontrou para fazer valer seus objetivos foi o de privilegiar a imediação, a concentração do procedimento e a oralidade. No processo espanhol, o procedimento é marcado pelo rigor preclusivo: a LEC estabelece que incontáveis decisões tomadas no curso do processo são irrecorríveis.

Importa considerar que o processo civil espanhol manteve a feição dispositiva e tal disposição está expressa na exposição de motivos da LEC:

Tal disposição está expressa na Exposição de Motivos da LEC:

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirando-se em el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo em que como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal e la configuración del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden e deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, em beneficio de todos.”

Vige o princípio da demanda, segundo o qual salvo raras exceções, o juiz não pode instaurar o processo de ofício, mas, apenas sob provocação do interessado, a quem incumbe também delimitar o objeto litigioso do processo, ou seja, o pedido e seus fundamentos fáticos.

Prevê a possibilidade de desistência do processo pelo autor antes da citação, ou em caso de revelia, mas se o réu compareceu a juízo, a desistência depende de sua concordância.

¹⁴MACHADO, António Montalvão. **O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 159.

¹⁵SICA, Heitor. Direito Processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 82-90.

A renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, que pode ser feita pelo autor a qualquer tempo e independentemente da anuência do réu, desde que, evidentemente, o direito litigioso seja disponível.

A aplicação do princípio dispositivo se manifesta quase que absoluta no terreno probatório, e, embora o art. 429 atribua ao julgador o poder de determinar, de ofício, a realização de provas que a parte não tenha requerido e que sejam necessárias ao esclarecimento dos fatos litigiosos, restringe esse às hipóteses legalmente previstas (art. 282, 2.^a parte).

Esse dispositivo tem como antecedente o instituto das *diligencias paramejorproveer* que dava um toque de inquisitorialidade a um processo, predominantemente, dispositivo e, revela a preocupação do legislador em atribuir aos poderes instrutórios do juiz caráter supletivo ou subsidiário em relação ao das partes no campo probatório, as quais devem ser primeiro advertidas da necessidade da produção de determinada prova, antes que se cogite de o juiz determiná-la *ex officio*.

Fato esse, aliás, também expresso na Exposição de Motivos da LEC:

De ordinário, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuy en las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducirlos fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto em casos de singular simplicidade, estar assistidas de abogado.”

O Direito Processual Civil Italiano, discorre Boaventura Pacífico, a partir da monumental obra de Chiovenda, passou a constituir um riquíssimo manancial de ideias e técnicas destinadas ao aprimoramento do processo e sua influência, como é notório, não se limitou àquele país, inspirando um leque extenso de legislações ao redor do ocidente.

Nos últimos quarenta anos, várias foram as reformas por que passou o processo italiano e, a exemplo de outras, todas almejavam maior efetividade processual.

Por isso, nem bem o *Codicedi procedura civile* havia completado dez anos quando foi alterado para o fim de mitigar-se o regime de preclusões em primeiro grau, bem como para autorizar o controle, pelo colegiado, de provimentos proferidos pelo juiz instrutor.

Outra importante reforma foi a denominada reforma constitucional do justo processo (Lei constitucional n. 2/1999) que buscou constitucionalizar algumas importantes garantias processuais como o contraditório e a paridade de armas, juiz terceiro e imparcial, duração razoável do processo e direito de ação e princípio da demanda¹⁶.

No que tange ao princípio da demanda, ressalte-se que, a exemplo de outros, o ordenamento italiano, dispõe que o poder de iniciativa processual pertence ao titular do direito subjetivo.

Segundo a doutrina, o princípio da demanda é um instrumento voltado à garantia de imparcialidade judicial, pois se o próprio juiz tomasse a iniciativa do processo, estaria comprometido – ainda que psicologicamente – com o desfecho que ele próprio teria concebido ao dar o impulso processual.

Historicamente esse princípio sempre se atrelou ao princípio dispositivo¹⁷, ao qual também se costumava vincular a exclusividade de iniciativa probatória pelas partes, e, apenas no início do século passado, a doutrina italiana na esteira da alemã passou a distinguir ambos os fenômenos: o princípio da demanda tratada disponibilidade das partes sobre o objeto do processo, enquanto o poder de iniciativa probatória, atendo-se a verificação dos fatos alegados pelas partes, atrela-se ao desempenho da própria função jurisdicional.

Por isso o CPC cuidou da disponibilidade das provas em artigo específico art.115 e parcela expressiva da doutrina tem defendido o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz.

Tal entendimento não é pacífico na doutrina italiana, e alguns doutrinadores como Edoardo Ricci¹⁸ consideram que ao formular o parágrafo 1º do art.115 do *Codice di Procedura Civile*, o legislador pensou justamente no princípio dispositivo e quem examina a lei no seu teor objetivo, seja do ponto de vista literal, seja para obter todas as possíveis

¹⁶PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito Processual Civil Italiano. Direito Processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 246-266.

¹⁷ Sérgio Cruz Arenhart explica que “é comum se ter como idênticos os princípios da demanda e dispositivo, normalmente associados à mesma idéia, reconduzida ao brocardo romano “*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*”. De fato, o direito suíço e também o alemão, em regra, não distinguem os dois conceitos, abarcando as ideias contidas em cada qual dentro da mesma noção de princípio dispositivo (*Dispositionsgrundsatz*). Carnelutti, aliás, compreende as duas ideias como fases de um único princípio, sendo uma só a razão que justifica o poder de iniciar o processo ou aquele de propor determinada prova.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: https://www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda. Acesso: 26 nov. 2013.

¹⁸RICCI, Edoardo F. Il princípio dispositivo come problema didiritto vigente. **Rivista di diritto processuale**. V.XXIX (II Serie). Padova, 1974.

deduções lógicas, tem que admitir que a lei não faz uma escolha, nem a favor e nem contra as iniciativas instrutórias.

No que diz respeito à instrução probatória, no Direito Processual Italiano, o direito à prova ostenta dignidade constitucional, pois, constitui instrumento indispensável ao regular exercício dos direitos de ação e defesa¹⁹.

Os fatos que devem ser objeto da prova resultam dos debates entre as partes, notadamente do cotejo entre demandas e exceções, incidindo em toda a sua plenitude o princípio dispositivo.

A propósito da valoração das provas, vige o livre convencimento (art. 116), excetuadas as situações em que a própria lei cuida de regular a eficácia a ser atribuída a uma determinada prova, representando o resquício do sistema da prova legal do direito comum.

Ressalte-se que, embora a regra seja a da livre valoração, é indispensável que haja motivação, sobretudo para que a decisão seja controlável.

Quanto aos poderes instrutórios do juiz prevalece o entendimento de que em razão do disposto no artigo 115²⁰ somente pode ser determinado de ofício a realização de provas diante de expressa autorização legal.

Edoardo Ricci entende que o art. 115 do CPC não importa em reconhecimento do princípio dispositivo para quem o observa em seu aspecto literal e que na realidade que se lê que “o juiz tem que colocar como fundamento da decisão as provas apresentadas pelas partes ou pelo Ministério Público, pode-se pensar no princípio do direito à prova mais que no princípio dispositivo²¹.”

Quanto ao ônus da prova a legislação se amolda a teoria da repartição dos ônus probatório em consonância com a natureza dos fatos: ao autor a prova dos fatos constitutivos; ao réu, dos impeditivos, modificativos e extintivos. Além disso, a doutrina considera o ônus da prova regra de julgamento, de que o juiz lança mão quando não atinge convicção sobre os fatos relevantes da lide.

¹⁹PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito Processual Civil Italiano. Direito Processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 246-266.

²⁰ Segundo Edoardo Ricci, “*L’idea che quel principio sai riconosciuto dal 1° comma dell’art.115 cod.proc.civ. continua, nonostante tutto, ad essere per lo iú al riparo da riserve di carattere interpretativo; e la Battaglia per un processo, nel quale sai il método inquisitório a dominare il sistema, è sempre stata condotta solo come battaglia per una riforma dela legge in vigore. Altretanto sicuri che il principio dispositivo sai riconosciuto dal 1° comma dell’art.115 cod. proc. civ., si mostrano, dal canto loro, quanti lo difendono sottoi lprofilo politico.* (Ibidem).

²¹Ibidem. p.382.

3.2 Fundamentos para o aumento dos poderes do juiz e a imparcialidade no processo

Nicola Picardi, destaca em sua obra²², que a convicção difundida hoje é no sentido de que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social é responsabilidade do juiz, e essa mentalidade se verifica com clareza no atual momento do direito, onde a jurisprudência se apresenta como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica.

Esse momento, no entanto, deita suas origens em um processo evolutivo, em que a pluralidade de normas processuais favoreceu a possibilidade de soluções diversificadas e aumentou a taxa de discricionariedade das decisões do juiz, e por conseguinte, seus poderes com referência às escolhas e às adaptações do procedimento e das técnicas de resolução de controvérsias.²³

Como conclui o autor, “a expansão do âmbito da intervenção jurisdicional é constatada não só no plano processual, mas também e, sobretudo, no que concerne ao direito material. A verdade é que, hoje, o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições.”

3.3 Poderes instrutórios e contribuições para a efetividade processual

Ultrapassadas algumas etapas nessa discussão, o tema é revisitado sob uma nova nomenclatura. Agora, a discussão entre a compatibilidade do princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, que alguns doutrinadores vêm travando, insere-se sob a perspectiva do ativismo *versus* garantismo.

Na doutrina o debate em torno do tema vem ganhando sistematicamente, repercussão na Europa. Juristas como Franco Cipriani e GirolamoMonteleone, na Itália, Montero Aroca, na Espanha, e Alvarado Velloso, na Argentina, chamados “garantistas”, afirmam que a concepção publicista do processo – na qual se defende o protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes e se reveste de interesse público,

²² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organização e tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.2

²³Ibidem. p.4.

representado na busca do ideal de justiça – não tem fundamentos técnicos e científicos, e, sim, políticos, haja vista ter sido gestada sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.²⁴

Na verdade, seria uma revalorização do princípio dispositivo pela compreensão de que uma participação mais efetiva das partes e sua diligência na atividade probatória resultariam em melhores resultados para o processo. Aliás, nesse sentido, a opinião de Moacyr Amaral dos Santos²⁵, em perfeita sincronia com nosso momento atual:

Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Esse fato é objeto de controvérsia, posto que, “segundo os ‘publicistas’, a atribuição de poderes ao juiz tem fundamento técnico, visto que objetiva permitir-lhe perseguir a verdade e esclarecer os fatos para chegar o mais próximo possível da certeza, independentemente da atuação das partes, porque só assim cumprirá sua missão de pacificar com justiça.”²⁶

O tema comporta digressões, mas não é possível analisar a ampliação dos poderes instrutórios do juiz sem que se faça uma análise das razões apresentadas pelas correntes doutrinárias, bem como dos fundamentos que as justificam.

Para quem defende uma postura mais ativa do juiz, essa se justifica pelo fato de, por ser preponderantemente público o interesse que norteia o processo, uma participação pró-ativa deste na produção da prova serviria para proporcionar uma real igualdade entre as partes²⁷, sem, contudo, implicar riscos para a obrigatória imparcialidade do julgador.

²⁴PEÑA. Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o estado e desafogo do Judiciário. 2012. Tese (doutorado em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Livre-docente Cassio Scarpinella Bueno) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.p.9.

²⁵SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1999. p.351.

²⁶Ibidem. p.10.

²⁷ “A participação do juiz na produção da prova, ao contrário do que se costuma afirmar, constitui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes no processo. Desde que se preserve o contraditório efetivo e equilibrado, nenhum risco apresenta, para a imparcialidade do julgador, essa participação mais ativa”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009. p.58).

Outro fundamento seria o que leva o jurisdicionado a confiar no Poder Judiciário quando busca a solução de suas controvérsias: uma decisão justa dentro de um prazo razoável.

A questão da duração razoável do processo, diga-se de passagem, é um problema mundial e, para a doutrina brasileira não poderia ser diferente. O assunto tem sido objeto de preocupação para doutrinadores e legisladores, e muitos foram os esforços empreendidos nesse sentido.

Entre as maiores alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, destacam-se, sem dúvidas, as introduzidas pela EC 45 aprovada pelo Congresso Nacional e, dentre elas, a mais festejada, sem dúvida, foi a de elevar a categoria de Direito Constitucional à razoável duração do processo.

No entanto, como já era de fácil suposição, tendo em vista os resultados de medidas semelhantes ocorridas em outros ordenamentos, o simples fato de se alçar a razoável duração do processo à categoria de direito fundamental, sem determinar as respectivas medidas a serem tomadas no sentido de garantir a eficácia da norma, de, per si, não teve o condão de resolver o problema da morosidade processual²⁸, que continua a ser objeto de reiterados debates.

Em estudo clássico, asseverava Egas Moniz de Aragão²⁹:

Não se conhece fórmula capaz de resolver o mais grave problema do processo civil: o volume crescente de litígios a afligir todos os países; alguma houvesse, por certo teria sido adotada e copiada. Devemos nos contentar com paliativos. Entre nós tem sido hábito mudar a lei, vezo antigo, que sem prévio e cuidadoso diagnóstico dos males a corrigir, costuma ser ineficaz. Convém alterar rumos e estruturas, simplificar procedimentos, corrigir abusos e distorções, adotar técnicas modernas, incluídas as de administração, máxime quanto a pessoal, incrementar soluções alternativas de disputas, tudo, porém sabendo não existir receita milagrosa a prescrever.

O fato é que a jurisdição deveria servir para pacificar conflitos, garantir direitos e manter a tranquilidade na vida em sociedade, mas o que se verifica na prática é que nem

²⁸ Na Itália houve grande pressão com relação ao tempo da duração do processo porque se tratava de direito reconhecido constitucionalmente à duração razoável do processo, e por isso, como forma de coibir a exagerada duração do processo foi introduzida no ordenamento italiano legislação específica para regular o direito do jurisdicionado de exigir do estado uma indenização (HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: QuartierLatin, 2006. p.17).

Ainda hoje, sem solução, os órgãos da comunidade europeia e de defesa dos direitos humanos acompanham o desenvolvimento dos processos nos países europeus, fazendo comparativos e realmente atuando de forma bastante ativa na cobrança por melhores resultados, redução de custos e tempo na duração do processo.

²⁹ARAGÃO, E. D. Demasiados Recursos? Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. 2006. p. 9-31.

sempre o processo favorece a quem tem razão e, algumas vezes, tal fato ocorre em virtude da exagerada duração do processo.³⁰

Remo Caponi³¹, analisando as mudanças legislativas no processo civil italiano, concluiu que, após dois anos de sua completa implementação, que, ressalte-se, foi gradual, eis que alguns dispositivos legais tiveram vacância legal de anos, não se pode afirmar que as reformas tenham atingido seu objetivo com relação à redução da duração do processo, visto que, ainda hoje os magistrados permanecem com elevado número de processos a serem julgados. Destaca, ainda o autor, a necessidade de serem conjugadas medidas afetas à política judiciária e estrutural.

Essas medidas, por sinal, são ponto de convergência na doutrina, embora não ignore que a almejada efetividade do processo necessita, além dos mecanismos legais, de um melhor preparo técnico e não prescinde de investimentos em recursos humanos, materiais e tecnológicos.

Nesse sentido, são precisos os comentários feitos por Federico Carpi³², quando destaca que a formação dos juízes, advogados e estudiosos do Direito em geral é um fator fundamental para solucionar a crise da justiça, que assola praticamente todos os sistemas legais, e diz: *“Certo sono importante le strutture, lenorme, l’informatica, matutto cio non serve a nulla se non vi sono operatori preparati”*.

Esse seria um fator a ser levado em consideração por quem defende uma postura mais ativa do juiz, leia-se, aumento dos poderes instrutórios do juiz, posto que, como asseveram os chamados publicistas, trata-se de técnica processual amparada em razões de eficiência e oportunidade, cujo escopo é permitir ao juiz a busca da verdade real e, por conseguinte, sanar eventuais deficiências da assistência das partes, para permitir a prolação de uma sentença justa, tendo em vista que as provas são produzidas para fortalecer a sua convicção acerca da controvérsia posta nos autos³³.

³⁰ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: QuartierLatin, 2006. p.23.

³¹ CAPONI, Remo. Le riforme dell’agiustiziacivile italiana deglianninovantasullosfondodell’agiustiziacivilealemã. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Giugno 1998, anno LII, n. 2, Giuffré Editore, Milano. p.603-605.

³² CARPI, Federico. Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Marzo 2000, anno LIV, n. 1, Giuffré Editore, Milano. p. 105-126.

³³ TARUFFO, Michele. Poteriprobatoridelle parti e delgiudice in Europa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX. Giuffré Editore. Milano, 2006.

Isto é claro, ao levar em consideração que, em todo processo, existiria um interesse público e tal postura não terá o condão de ferir a necessária imparcialidade do juiz nem o converterá em julgador autoritário³⁴ ou fascista, desde que haja a devida delimitação deste poder pela lei³⁵.

Aliás, a quebra da imparcialidade é um dos motivos mais invocados pela doutrina contrária ao ativismo judicial, que fundamenta tal posicionamento na necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, a quem cabe conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes e por tal fato deve manter-se equidistante.

Em sentido contrário, quem defende essa postura ativa, alega que não há motivos para crer que a conduta ativa do juiz, na realização de uma determinada prova, não importa necessária quebra de imparcialidade, uma vez que o julgador, ao agir assim, não pode prever o resultado dessa medida, que, inclusive poderá favorecer quem não produz a prova.³⁶

Discorrendo sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco, embora advertindo sobre os perigos da quebra da imparcialidade, manifesta-se contrário a uma postura de indiferença por parte do juiz.³⁷

3.4 Os poderes do juiz no Código de Processo Civil

Cândido Rangel Dinamarco ensina que sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heroicos concedidos por juízes e tribunais não passariam de balelas, não fora pelo

³⁴ Segundo Barbosa Moreira, ideia que se vinculou no pensamento da doutrina é a da existência de vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador e o tipo de regime político vigente no momento da ação e, um dos pontos sensíveis dessa problemática seria o da iniciativa em matéria de prova, já que alguns enxergam alguns traços de autoritarismo na assunção de poderes instrutórios pelo órgão judicial. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54).

³⁵ JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y La eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009. p.108- 110.

³⁷ A imparcialidade do julgador aqui referida como a impossibilidade de favorecimentos que venham a macular o princípio do contraditório e da igualdade entre as partes.

resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com as outras e com os bens da vida³⁸.

Por isso, como o interesse do Estado, na correta atuação do ordenamento, através do aparelho judiciário, sobrepõe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver atendidas e satisfeitas as suas pretensões³⁹, ao juiz são concedidos poderes para atuar não só a requerimento das partes, mas, também de ofício.

No sistema do Código de Processo Civil brasileiro, a regra fundamental é a que consta do 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”.

Essa tendência de conferir maiores poderes ao juiz corresponde, como já foi mencionado, a uma acentuação mais forte do caráter publicístico do processo civil.

Desse modo, vários são os dispositivos do Código em que se pode conferir as iniciativas probatórias do juiz, dentre elas:

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.342); pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder (art. 355); quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias (art. 360); ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (Art. 382).

Ressalte-se que o art. 130 permite ao juiz, determinar outras provas que não tenham sido, expressamente, previstas no Código, tendo em vista o poder que lhe outorga o dispositivo.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.444.

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O papel do juiz no processo civil**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p.11.

3.5 A “liberdade” do juiz e seus limites – livre convencimento e motivação judicial

Lançando um olhar sobre todas as grandes mudanças que ocorreram nas últimas décadas no âmbito do processo, verifica-se que quase todas elas estão relacionadas aos poderes instrutórios do juiz e, por conseguinte, ao terreno da prova⁴⁰.

A passagem do sistema da prova legal para o da persuasão racional, a permissão para que o juiz participasse da produção da prova e a consequente quebra do monopólio das partes no requerimento destas, são alguns exemplos que demonstram a magnitude das mudanças⁴¹.

Outro aspecto importante, como ressalta Alvaro de Oliveira é “a racionalização do sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica, e de critérios científicos, portanto, em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos ordálios, para a chamada prova ‘legal’”.

O art. 131 do Código de Processo Civil faculta ao juiz apreciar livremente a prova. No entanto, o mesmo dispositivo impõe limites a essa atividade quando condiciona essa liberdade ao dever de indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.

Isso significa que o juiz não está autorizado a decidir de acordo com suas impressões pessoais, quando estas estiverem em conflito com as provas do processo, cabendo-lhe formar sua convicção com base no conjunto dos autos⁴² e expor as razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma.

Assim, se é verdade que o juiz é livre para conduzir a atividade probatória, por outro lado, deve submissão às garantias constitucionais asseguradas as partes, conforme leciona Dinamarco:

Se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Livre apreciação da prova**: perspectivas atuais. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(4)%20formatado.pdf) . p.1. Acesso em: 23 jul. 2013.

⁴¹ Ibidem. p.1.

⁴² LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória**. Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1124.

lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor de segurança para os litigantes.⁴³

Além da motivação, outros princípios e garantias também servem de anteparo ao arbítrio judicial e, dentre eles, está o princípio do contraditório.

Não é, de fato, tarefa fácil valorar as provas que são apresentadas pelas partes com o fito de formar o convencimento do juiz. Sabe-se que, ao produzir determinada prova, pretende-se conduzir o espírito do julgador o conhecimento da “verdade” acerca dos fatos relevantes para a solução do conflito que lhe foi apresentado.

No entanto, sabe-se, também, que fatos são acontecimentos que, no instante imediatamente posterior à sua ocorrência, deixam de existir, restando apenas dados, comprovações, registros dessa ocorrência, que irão formar, na grande maioria das vezes toda a prova possível de ser produzida e quase sempre contaminada por deformações oriundas dos sentidos, dos valores e de processos psíquicos daqueles que com ele têm contato⁴⁴.

A prova não oferece ao juiz o conhecimento da verdade, e, tampouco a posse da certeza, mas tão somente lhe fornece subsídios para identificar qual a versão sobre os fatos que mais provavelmente corresponde àquilo que efetivamente ocorreu.

Dinamarco afirma que “a exigência da 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, inversamente os limites toleráveis dos riscos.”

De igual modo, Marinoni afirma que a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda, do juiz, que há de valorar a evidência concreta.

Além dessas questões, não se pode ignorar também o fato de que a crescente interferência da ciência na investigação dos fatos, coloca o juiz, frequentemente, diante de complexas informações técnicas e científicas, capazes de serem apreendidas em toda a sua extensão com facilidade apenas por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 281.

⁴⁴ PICININI, Joel. A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial. In: **Jus navigandi**. Nov./2005. p. 48-50.

É dessa forma que o devido processo legal, ao lado do dever de motivação das decisões judiciais, assume especial relevância para o exercício de controle sobre a formação do convencimento judicial, permitindo que as partes não apenas o influenciem mas também possam aferir a sua correção lógico- estrutural.

A decisão judicial que vier a ser proferida sem a observância do procedimento estabelecido por lei, além de ferir uma garantia constitucional do jurisdicionado, irá retirar a legitimidade que, em princípio, lhe é inerente por força da outorga constitucional.

Falar em contraditório, explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é falar na possibilidade efetiva que as partes tem de influenciar a formação do convencimento judicial, de pronunciar-se e intervir ativamente no processo, o que impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial.

A garantia ao contraditório torna-se, deste modo, limite ao ativismo judicial e condição de validade dos atos processuais, posto que, a decisão não pode ser uma surpresa para os litigantes sendo dever do órgão judicial atuar de forma o mais transparente possível, notadamente no momento da instrução probatória.

Se o contraditório representa um importante instrumento de que fazem uso os litigantes para ao menos em parte afastar o arbítrio da atuação estatal, igualmente fundamental, é a garantia constitucional de que as decisões judiciais venham a ser devidamente motivadas.

Enquanto permaneceu limitado à esfera da legislação infraconstitucional, este dever de motivar restringia-se a questões de ordem eminentemente processuais, isto é tinha o condão de permitir que os litigantes tomassem conhecimento das razões pelas quais o juiz decidiu desta ou daquela forma.

Ao ser elevada ao status de garantia constitucional, o dever de motivação assumiu um espectro de muito maior abrangência, livrando o jurisdicionado de possíveis arbitrariedades, pois sempre que uma decisão judicial deixa de observar os argumentos do litigantes (expendidos em meio ao contraditório) ou deixa de promover a correta valoração da prova existente nos autos, é toda a sociedade que está ameaçada, conforme leciona Barbosa Moreira:

A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como 'privilégio' dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecratório. Ora, a

via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade de motivação obrigatória e pública.

O controle extraprocessual deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições.

A legitimidade de uma decisão judicial deriva pois, da correta exposição dos motivos que conduziram o raciocínio do juiz, e permite à sociedade aferir a sua correção, tanto na exposição dos fatos quanto na eleição das normas incidentes ao caso concreto, pois somente mediante a análise da motivação é possível exercer um controle efetivo sobre a formação do convencimento judicial, verificando se houve a correta valoração da prova existente nos autos, para que a partir dela o direito pudesse ser aplicado.

Do exposto percebe-se que o esta tentativa de restringir adequadamente a liberdade que dispõe o juiz para formar o seu convencimento não visa retirar da magistratura a sua independência, antes, busca legitimar suas decisões e reforçar a sua autoridade.

Se o sistema da prova legal, no qual o juiz não realiza qualquer ponderação, não perquire o valor ou a legitimidade da prova, limitando-se somente a aplicar o que está na lei, o sistema da livre convicção é a sua antítese, pois confere ao julgador a mais ampla liberdade para colher e apreciar as provas.

A persuasão racional ou o livre convencimento motivado surge, então como um sistema misto, a convicção há de ter na origem da análise da prova não de forma arbitrária e sem peias, mas, condicionada a regras jurídicas, regras de experiência e regras de lógica, tanto que o juiz deverá obrigatoriamente, mencionar na sentença os motivos que o levaram a decidir daquela forma.

A aplicação do Direito é uma atividade humana e, como tal, sujeita aos acertos e desacertos do homem, desse modo para que possamos limitar adequadamente a liberdade judicial, há de ser concedida às garantias constitucionais ao devido processo legal e a motivação das decisões judiciais a maior efetividade possível, dentro do limites estabelecidos por nosso ordenamento jurídico processual.

Nesse sentido, o constitucionalismo moderno vem desenvolvendo importantes mecanismos de combate ao arbítrio judicial.

O juiz deve sim, exercer seu livre convencimento e enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, motivando expressamente suas razões sempre que entender por bem

afastar um argumento trazido pelas partes, ou desconsiderar um fato sobre o qual exista prova nos autos.

Somente assim estará assegurado o direito fundamental da parte de participação no processo e cumprido pelo juiz o seu dever de motivar adequadamente as decisões.

3.6 A preclusão: prova *ex officio* e segurança jurídica

Segundo José Fernando Simão dentre as suas várias acepções, segurança pode significar, a busca do homem em ser proteger contra ameaças externas (violência, crime ou dor), a busca por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva), ou ainda, proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência (segurança social).

O apelo ao valor da segurança como pressuposto e função do direito é lugar comum na tradição contratualista. Isso porque, “a partir de suas premissas se explica a origem das instituições políticas e jurídicas, considerando-se a exigência empírica ou racional, utilitária ou ética, a teor das diversas interpretações do estado e da natureza do pacto social, de abandonar uma situação em que a pessoa possui uma liberdade ilimitada (ainda que insegura) para outra liberdade limitada, mas protegida e garantida⁴⁵.”

A segurança é, portanto, pressuposto e função indispensável dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito e um valor do qual decorre o princípio da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica, segundo José Afonso da Silva, consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida⁴⁶”.

Ressalte-se, que uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos tem que as relações jurídicas, sob o império de uma norma, devem perdurar ainda que tal norma seja substituída.

Segurança efetiva, adverte Simão, pressupõe previsibilidade.

⁴⁵SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil** – prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil. São Paulo, 2011.p. 196/201.

⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.432.

Decorre dessa premissa que os juízes na sua prática de aplicação do direito, costumam priorizar o valor da segurança jurídica, situando-a acima das posições morais e políticas⁴⁷, conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas.

Isso porque, segundo ele, o princípio da segurança jurídica se encontra ligado a duas exigências: qualidade da lei e previsibilidade do direito. Dessa previsibilidade decorrem os princípios da não-retroatividade da lei, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima e da estabilidade das relações contratuais.

O princípio da segurança jurídica, conforme é assinalado por Gomes Canotilho, se constitui, assim, em uma das vigas mestras da ordem jurídica e se liga, estruturalmente, à moderna exigência de que se dê maior estabilidade as situações jurídicas.

Além de atender ao princípio da segurança jurídica, a preclusão pode ainda ser entendida como fator de estruturação do procedimento, daí a importância de que se observar as questões sujeitas a preclusão como forma de, não só evitar-se a dilação indevida do processo, bem como de se observar este princípio.

E, mesmo levando em consideração que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo⁴⁸, sabe-se que a preclusão é um dos institutos de que se serve o legislador para tornar o processo mais rápido, pois, é um instituto que tem por objetivo levar o processo para frente, impedindo contramarchas no curso do procedimento.

Precisamente, por visar à celeridade do processo, o instituto da preclusão seria descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão: o que se pretende com a preclusão é

⁴⁷SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil** – prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil. São Paulo, 2011. p.199-201

⁴⁸OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.129.

apenas abreviar a duração do processo, pouco importando, que isto implique em uma sentença injusta⁴⁹.

Por isso o nosso ordenamento processual prevê que: “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Isso significa que, a parte, tendo o ônus de contestar e não o fazendo, ou seja, de requerer as provas que julga necessárias a comprovação do direito alegado ou contestado, não o fazendo, sujeita-se a preclusão.

Sabe-se que a doutrina concebeu algumas espécies de preclusão⁵⁰ justamente para evitar que a parte ciente dos seus ônus e deveres processuais, pudesse procrastinar, indefinidamente, o feito.

Pois bem, sabe-se que em matéria de prova, no que toca às partes, que devem requerer a sua produção no momento oportuno, não há dúvidas, a preclusão e seus efeitos se impõem, já que como assevera Egas Moniz de Aragão, a verificação deste fato processual (preclusão) origina consequências, das quais, portanto, é causa, o que é natural em vista de os atos e fatos do processo se encadearem numa sequência preordenada a um fim.

Se, em relação às partes a questão está definida, no que toca aos poderes instrutórios do juiz ainda há divergências sobre o que ele pode ou não fazer em matéria de prova. A questão que se coloca é: existe preclusão para o juiz no curso da instrução probatória? Pode o juiz determinar *ex officio* a produção de uma determinada prova sem violar o princípio da segurança jurídica?

Heitor Sica tratando do tema sob a perspectiva das limitações impostas aos sujeitos do processo, afirma que as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte dos seus sujeitos e referem-se, desse modo, também ao juiz⁵¹ e que, portanto, há certo limite (material) à atuação do juiz na determinação de provas de ofício.

⁴⁹ Segundo Couture, a técnica da preclusão foi desenvolvida para viabilizar o caminhar do processo de forma sucessiva, mediante o encerramento definitivo das fases precedentes, impedindo o regresso a momentos processuais já superados e consumados.

⁵⁰ De acordo com os doutrinadores temos em nosso processo civil as seguintes espécies de preclusão: a) preclusão temporal- ocorre em razão do tempo, como o processo é um caminhar para frente, subordinando-se a prazos contínuos e peremptórios, como a capacidade da parte para praticar o ato processual está subordinado a determinados limites temporais, decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato (art. 183); preclusão lógica - decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se queria praticar também; preclusão consumativa - estabelecida no art. 473 do CPC, tem ela por pressuposto a impossibilidade de se realizar um ato processual já praticado anteriormente.

⁵¹ “Também nessa sua segunda acepção, a preclusão assume o caráter de fenômeno processual que impõem limitações ao exercício dos poderes dentro do processo, nesse caso, os poderes decisórios do juiz. Quando Remo

A definição desses limites é o desafio, posto que, se a lei impõe ao juiz o poder-dever de atuar de ofício na instrução probatória, não se limitando aos elementos trazidos pelas partes, restando apenas uma divergência na doutrina atual quanto ao grau de variação desse ativismo judicial⁵², não se pode olvidar de que os atos do juiz também sujeitam-se a preclusão sob pena de ferir a segurança jurídica das decisões tomadas no curso da instrução probatória.

O instituto da preclusão *pro iudicato* foi criação do ilustre processualista italiano Enrico Redenti no início da década de 30 e na concepção do mestre italiano, servia para designar um fenômeno totalmente diverso daquele originalmente concebido por ele⁵³.

Merece relevo o fato de que parcela expressiva da doutrina processualista atribui a Chiovenda a definição do instituto da preclusão. De fato, o conceito do Instituto foi alcançado pelo eminente processualista italiano ao longo de vários ensaios sobre o tema publicados ao longo de trinta anos.⁵⁴

Já o Instituto idealizado por Redenti, no início do século passado, foi concebido tendo em vista situações como a que ocorre no processo executivo, em que, embora a sentença extintiva do processo faça coisa julgada formal, não faz coisa julgada material, já que neste tipo de processo não há julgamento de mérito e, portanto, não poderia adquirir as características próprias desse Instituto.

Redenti procurou estabelecer, desse modo, um fenômeno que agisse sobre essa sentença e lhe imputasse os mesmos efeitos de indiscutibilidade e imutabilidade próprios da coisa julgada como forma de garantir a segurança jurídica da decisão⁵⁵.

Pannais afirmou que ‘as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte de seus sujeitos’, não se referiu, a nosso ver coberto de razão, apenas às partes, mas também ao juiz.” (SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.181).

⁵² Isso dependendo da natureza dos interesses em jogo, pois, conforme assevera José Carlos Baptista Puoli a disponibilidade do direito material alegado ou o “princípio dispositivo” não mais deve ser tomado como justificativa para uma defesa intransigente de uma atitude passiva do juiz no desenvolvimento do processo. Isto pelo fato da consciência, já várias vezes afirmada, a respeito da existência de outros objetivos do sistema processual, objetivos esses de caráter público, e que deve preponderar em relação a eventual disponibilidade do direito material debatido.

⁵³Embora tenha suscitado inúmeras discussões entre doutrinadores italianos, o tema não despertou o mesmo interesse entre os doutrinadores pátrios, o que não seria tão prejudicial, se os operadores do direito, em sua maioria, não houvessem passado a utilizar de forma equivocada, a expressão cunhada por Redenti, que passou a usar o termo como espécie de preclusão *sui generis* para designar a impossibilidade de o juiz decidir questões já decididas no processo.

⁵⁴SICA, Heitor Vítor Mendonça. Op. Cit. p.72.

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz**: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004. p. 16-23.

Em linhas gerais, segundo o pensamento de Redenti (que foi seguido por outros renomados mestres processualistas, como Minoli, Micheli e Carnelutti) uma execução, ao atingir seu final com a satisfação do direito do credor, impediria a discussão acerca do crédito que deu ensejo ao extinto processo executivo. Tal decisão, portanto, teria, por força da preclusão *pro iudicato*, resultado prático muito semelhante ao da autoridade da coisa julgada material e faria com que aquela execução ficasse resguardada sob o manto da estabilidade e segurança definitivas.⁵⁶

Pois bem, como se constata, inicialmente, o conceito de preclusão não foi definido rigorosamente, posto que se ligava ao conceito de coisa julgada formal e à competência do juiz.⁵⁷

Com a evolução dos estudos, Chiovenda chegou a duas definições de preclusão: uma dirigida às partes e outra dirigida à atividade do juiz.

Dizia, em síntese, que a perda da faculdade de propor questões se apresenta não só no momento final do processo, mas também durante este, à medida que as questões apresentadas são decididas e eliminadas.

O mestre italiano também acreditava que a preclusão atuava sobre a atividade do juiz, atingia seus poderes dentro do processo, e impedia-o de decidir questões anteriormente decididas. Contudo, como àquela época se supunha que não se poderia falar em preclusão dos poderes do juiz, alguns doutrinadores conservaram a nomenclatura já existente – preclusão *pro iudicato*, mas atribuindo-lhe uma conotação diferente.⁵⁸

Na mesma linha de pensamento do italiano, Frederico Marques, no Brasil, utilizou a mesma nomenclatura para afirmar que:

⁵⁶ “Sabemos, por ejemplo, que se puede proceder a ejecución forzada procesal, aun em virtud de títulos ejecutivos extrajudiciales, sin que se declare judicialmente La certeza de si existe em realidad el crédito. Sólo si los sujetos pasivos se alzan poniéndose a La ejecución antes de que se La lleve a cabo, podrá surgir de ello un juicio de cognición y desembocar em una declaración de certeza. Pero si no hay oposición y La ejecución llega imperturbablemente hasta su término, ello representará algo de irrevocable e irreparable. Desde esse momento, nadie podrá ya alzarse contra el hecho consumado, para destruirlo o invalidarlo. Y em estos limites, se tendrá um resultado práctico similar AL que se tendría si se lo hubiera protegido con La cosa juzgada. Se puede hablar entretanto, em tales casos, de *preclusiones pro iudicato*.” (REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Tomo I. Nociones y reglas generales. El proceso ordinario de cognición em primer grado. Buenos Aires: EJE, 1957. p.69).

⁵⁷ SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.73.

⁵⁸ Daniel Assumpção prefere chamar a preclusão para o juiz de preclusão judicial assim justificando tal opção: “Acreditamos ser inconcebível, ao se criticar a construção de um conceito, servir-se de seu nome para designar situação diversa. Criada por aquelas que acreditavam que a preclusão somente se operava em relação às faculdades processuais das partes, a preclusão para o juiz, então uma espécie *sui generis* do instituto, deveria ser batizada com outro nome, já que pelo conceito de preclusão *pro iudicato* já se entendia uma ideia totalmente diferente, bastante criticável, porém já existente.”

Pode-se falar de preclusão *pro iudicato* em relação a decisões de conteúdo exclusivamente processual, uma vez que, em tais pronunciamentos, impossível será aludir-se à coisa julgada por ausência de resolução judicial sobre o mérito da causa. Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão *vera e própria* não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão só as faculdades processuais das partes, fala-se em preclusão *pro iudicato*.

O fato é que, embora Alcides de Mendonça Lima assevere que, “a rigor, poderá não haver prejuízo para as partes pelo uso defeituoso de uma palavra ou de uma expressão”, o termo foi consagrado na doutrina nacional para explicar a impossibilidade de o juiz decidir questões já decididas no processo, máxima essa constante, inclusive, no nosso ordenamento, no artigo 471 do CPC.⁵⁹

Assim, como a preclusão é um dos institutos cuja finalidade maior é impedir que o processo sofra contramarchas no seu curso e permita assim que o seu curso se torne mais célere, o sistema processual foi dotado de freios que impõem limites também ao juiz quanto à possibilidade de retificação e de alteração de suas decisões,⁶⁰ para impedir eternos retornos no curso do procedimento.

Na mesma linha de pensamento, assevera Nelson Nery, em comentários ao artigo 471 do Código de Processo Civil, “a preclusão envolve as partes, mas pode ocorrer, também, relativamente ao juiz, no sentido de que ao magistrado é imposto impedimento com a finalidade de que não possa mais julgar questão dispositiva por ele já decidida anteriormente. A doutrina faz referência a esse fenômeno, denominando-o de preclusão *pro iudicato*”.

O Código de Processo Civil brasileiro, embora consagre o princípio dispositivo, não o consagra em sua plenitude⁶¹, por permitir que, em alguns casos, possa o magistrado determinar a produção de provas que não tenham sido requeridas pelas partes. Essa prova que a doutrina convencionou chamar de *ex officio*, está disciplinada no artigo 130 e dispõe que:

⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil.** São Paulo: Método, 2004. p.16

⁶⁰ Artigo publicado por: SOUZA JUNIOR Sidney Pereira de. A preclusão *pro iudicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz (art. 130, do CPC).In: **Revista de Processo**RePro 158/264. São Paulo: RT, 2008.

⁶¹ A rigor o juiz não poderia julgar fora do que as partes alegaram, nem ter em conta provas não apresentadas por elas. Isso porque nosso Código consagra o princípio dispositivo, segundo consta da exposição de motivos do autor do projeto, Prof. Alfredo Buzaid (conf. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.397).

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimentos da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Significa dizer que, sob a ótica publicística, o processo não pertence às partes e desse modo deve ser considerado como objeto de um interesse transcendental ao dos litigantes, situado no próprio interesse público, e, portanto, no que tange à nova visão dos poderes do juiz na iniciativa probatória, diante da crescente valorização do princípio da verdade real,⁶² passou-se a admitir que, embora não se negue existir no processo o princípio da preclusão da prova a impor formalidades de tempo para a recepção e produção da prova, tal limitação não alcança o juiz, conforme explica Humberto Theodoro:

Não se nega existir no processo o princípio da preclusão da prova a impor formalidades de tempo para a recepção e produção da prova. Todavia, impossível é se esquecer que o interesse preclusivo guarda estreita relação com temas como o contraditório e a lealdade. Assim, *o interesse perseguido pelo princípio que estabelece a preclusão em relação à prova é “impedir que se surpreenda al adversario com pruebas de último momento, que no alcance a controvertilas, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no puede ejercer su defensa”*⁶³.

Desse modo, sempre que a parte não se tenha desincumbido da produção de uma determinada prova voltada à demonstração do fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de um direito seu alegado, o juiz pode determinar a sua produção no lugar da parte. O tema polêmico e objeto de muita preocupação, uma vez que a doutrina diverge acerca da extensão desse poder.

Costuma-se apontar como justificativa para tal providência, dentre outros argumentos, o fato de que o juiz tem o compromisso de bem julgar e, portanto, para isso deve buscar a verdade real, sem o que não seria possível prolatar uma sentença justa, seja por não ter formado o seu convencimento a respeito dos fatos que lhe foram postos à apreciação, seja por julgar que o conjunto probatório se afigura insuficiente.

Desse modo, deve o juiz atuar de maneira a suprir as eventuais deficiências técnicas da parte, tendo em vista o caráter publicístico do processo.

⁶² THEODORO JR., Humberto. **O processo justo**: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. In: Academia Mineira de Letras Jurídicas. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>. Acesso em: 21 jul. 2013.

⁶³ ECHANDIA, HermandóDevís. **Compendio de derecho procesal**. 3. ed., v. 2. Bogotá: Editorial ABC, 1994. p. 19.

Ressalte-se que, também é frequente, a alegação de que, ao determinar a produção de uma determinada prova, o juiz não sabe a qual das partes esta irá beneficiar, ou seja, uma vez provado o fato, poderá beneficiar qualquer das partes.

Enfim, essa postura oficiosa, característica de um sistema inquisitivo, em que a figura do juiz é dotada de amplos poderes instrutórios, é considerada como necessária à atividade instrutória do juiz.

No entanto, é preciso ponderar até que ponto o juiz pode determinar *ex officio*, sem violar os princípios da segurança jurídica e sem sujeitar-se à preclusão.

Pois bem, embora o artigo 130 do CPC indique a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, alguns doutrinadores entendem que estas só podem ser determinadas em casos muito específicos⁶⁴, restringindo-se, basicamente, às provas periciais, nos casos em que é impossível⁶⁵ ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos⁶⁶.

Como bem recorda Daniel Amorim Assumpção, “a redação do art.331 do Código de Processo Civil não deixa qualquer margem de dúvida de que caberá ao juiz, na decisão saneadora determinar as provas úteis e necessárias ao esclarecimento dos fatos alegados pelas partes e conseqüentemente, indeferir aquelas que, ao contrário, se mostrarem inoportunas, inúteis ou desnecessárias.”

Ainda que seja possível determinar a produção *ex officio*, de uma prova que entenda necessária, há que se observar se esta determinação não viola a segurança jurídica de uma questão já decidida.

Tome-se como exemplo, um processo em que o juiz já tenha se manifestado a favor ou contra a produção de uma prova, sendo essa atitude motivada por requerimento da parte ou mesmo *ex officio*, poderá reformar sua decisão sem que esta tenha sido objeto de

⁶⁴ Nelson Nery Jr. em seu *Código de Processo Civil comentado* indica que não há limitação ao juiz exercer de ofício, seu poder instrutório no processo civil. Em sentido contrário, Arruda Alvim, entende que se de um lado, pode o juiz, lícitamente, adentrar a atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação de sua convicção, deverá sempre fazê-lo subsidiariamente, não suprimindo as omissões da parte inerte (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

⁶⁵Matérias fáticas que exijam conhecimento específicos alheios a experiência cotidiana do magistrado.

⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme e. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

recurso?⁶⁷ Ou, tendo deferido uma prova *ex officio*, voltar atrás e indeferi-la sem parte pretensamente interessada tenha interposto recurso na revogação da medida?

Pode o juiz deferir uma prova requerida por um dos litigantes para mais tarde tê-la por inadmissível ou desnecessária e indeferi-la? Ou ainda, indeferir uma prova e, sem que haja interposição de recurso, em provimento posterior, determinar a sua produção?

Uma vez deferida a prova, poderia o juiz voltar atrás e indeferi-la, sem que ela tenha sido objeto de desistência por parte do interessado em sua produção?

As respostas a essas indagações comportam opiniões diversas, mas, olhando-se pelo prisma da disponibilidade do direito, a nosso ver, o momento adequado para essas decisões seria a do saneamento do processo. A partir dessa fase, ainda que não tenha formada a sua convicção, o magistrado deveria julgar em função dos fatos já provados.

A exceção ficaria restrita às questões de ordem pública, fato reconhecido em decisões já proferidas no âmbito dos Tribunais Superiores⁶⁸, onde se “entendeu correta a possibilidade de determinação de ofício da prova tanto em primeira como em segunda instância”, ainda que tenha havido preclusão para as partes que não se propuseram demonstrar a real necessidade de prova pericial, ainda que diante da inércia do litigante na interposição de recurso contra a decisão de primeiro grau que a indeferiu, visto tratar-se de uma prerrogativa do julgador.⁶⁹

Isso significa dizer que, no interesse público da efetividade da justiça, o juiz sempre que se encontrar em uma situação de dúvida diante das provas apresentadas pelas partes, pode, com a finalidade de firmar o seu conhecimento, determinar as provas que lhe aprouverem, segundo a dicção do artigo 130.

Ressalte-se, por oportuno, o voto divergente do Ministro Ari Pargendler no julgamento do mesmo recurso⁷⁰, em que ele reconhece a preclusão e privilegia o princípio dispositivo:

(...) as partes têm o ônus de provar os fatos que alegam, e a produção dessa prova deve ser feita no 1º Grau de Jurisdição. Se a parte ré

⁶⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz**. Preclusão *Pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004.p. 266-268.

⁶⁸REsp 345.436-SP. Relator Ministra Nancy Andri ghi. Terceira Turma.Data de julgamento: 07/03/2002.

⁶⁹SOUZA JR., Sidney Pereira de. A preclusão *pro iudicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz. **Revista de processo** RePro 158/264. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁰REsp 345.436-SP. Relator Ministra Nancy Andri ghi. Terceira Turma.Data de julgamento: 07/03/2002.

requereu a produção da prova pericial e o juiz, no despacho saneador, expressamente, a indeferiu, estamos diante de um caso de preclusão. O processo não anda para trás; é por isso que existe o efeito da preclusão.

[...]

Não poderia o Tribunal em 2º Grau retroceder. Vigê no Processo Civil o princípio dispositivo, segundo o qual, se a parte não quis recorrer, perdeu o prazo para fazer a prova. Dir-se-á que o Tribunal pode converter o julgamento em diligência. Pode. Quando a prova pericial produzida for mal feita, pode o Tribunal converter em diligência, para que a prova seja refeita, mas não pode deferir a produção de uma prova que o Juiz de 1º Grau, por decisão irrecorrida, indeferiu.

De fato, nada mais lógico que deixar a iniciativas das provas ao cuidado das partes, visto que elas melhor conhecem os fatos e os meios para demonstrar a sua existência.

3.7 Autonomia da vontade e Direito Processual Constitucional

Segundo Luiz Edson Fachin,⁷¹

marca indissociável do novo paradigma constitucional é a repersonalização do Direito, uma clara ruptura com o fetichismo das titularidades absolutas. A tutela dos direitos fundamentais, próprios do ser e não do ter, tornou-se, ao menos no plano do dever ser, o paradigma da ordem constitucional.

Essa reordenação, explica o mestre, não se verificou apenas no plano do Direito Civil, ao revés, a atomização dos âmbitos de atuação do Direito foi substituída pela sistematização tendo como fundamento de validade o atendimento a ordem constitucional.

Nesse contexto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente, a pressões sociais na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial os excluídos⁷².

⁷¹FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 7-13, abr./jun. 2011, p.10. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>. Acesso em: 13 jan 2014.

⁷² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN Luiz Edson (org). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000. p.29-30.

Desta forma, relativizou-se a abstração científica entre o Direito Civil e o Direito Processual que seguem como disciplinas autônomas, porém, sem se desconectarem da função que exercem, como integrantes da mesma ordem jurídica.

O projeto do Novo Código de Processo Civil, portanto, não poderia, ignorar essa tendência e, dissociar-se de sua missão constitucional, já que o Direito Processual, imprescindível para a concretização dos princípios constitucionais, não se afirma de costas à evolução vivenciada no âmbito do Direito Civil, mas sim, acompanha e compartilha a função de garantir uma sociedade justa e solidária⁷³, e, desse modo, passa a integrar o conjunto de ferramentas para o cumprimento da função social do Direito.

Nesse sentido, o Direito Processual volta-se à realização de direitos fundamentais, sendo para isso alimentado em sua concretização pelo mesmo paradigma que atua no ramo material do Direito Privado⁷⁴.

Em perfeita sintonia com essas premissas, o artigo 167 do Novo Código de Processo Civil fixou a autonomia da vontade como princípio informador da conciliação.

“Art. 167. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. ”

Trata-se de importantíssima inovação, posto que, como assevera Fachin “na sociedade contemporânea, marcada pela pluralidade e pela diversidade, a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, nem sempre representa o fim do conflito.”

Tida como elemento fundamental do Direito Privado, a criação liberal da autonomia privada prestou-se a legitimar uma das bases do pensamento jurídico oitocentista (do qual emanou o Código Civil de 1916, revogado pela lei 10.406 de 2002)⁷⁵.

A vontade soberana das partes, no pensamento liberal, regia todo o desenvolvimento das relações privadas, levando ao extremo a concepção de liberdade como espaço da ausência plena de intervenção do Estado, desse modo, a norma legal e o direito

⁷³FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 7-13, abr./jun. 2011, p.8. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>. Acesso em: 13 jan 2014.

⁷⁴Ibidem. p.9

⁷⁵ Ibidem, p.10.

possuíam, neste influxo, caráter estrutural, destinado a garantir que a vontade dos sujeitos fosse materializada em uma relação jurídica tendente à perpetuidade⁷⁶.

A o dispor sobre esses importantíssimos mecanismos de solução de controvérsias – mediação e conciliação-, quis o legislador tratar esses institutos antes resignados a hipóteses de menor importância, para propiciar a real pacificação do conflito, valorizando a participação efetiva das partes envolvidas no litígio.

Nesse aspecto, resta evidente a preocupação e acerto do projeto em definir como um dos critérios fundantes da conciliação e da mediação a autonomia da vontade, a ser apreendida na seara dos direitos disponíveis.

3.8 Os limites do pedido – *ne eatiudex ultra petita partium*

O escopo do presente trabalho não é discorrer sobre o pedido e seus limites, assunto que, à exemplo de outros mencionados nesse trabalho, já foi objeto estudo por parte da doutrina processualista. O objetivo é mostrar a relação do pedido com o princípio dispositivo, e, como limite imposto ao juiz na sentença.

Pois, bem, sabe-se que a demanda desencadeia o processo, pelo qual elabora o provimento jurisdicional sobre a pretensão posta pelo autor⁷⁷.

Desse modo, realizado o direito de agir, a demanda apresenta como que a matéria prima do provimento jurisdicional, a ser elaborado no curso do processo. A pretensão nela deduzida não se altera com a defesa e constitui o *meritum causae*, ou seja, o objeto do processo⁷⁸.

Por isso, Milton Paulo de Carvalho Filho afirma que “pode-se dizer que o instituto da inalterabilidade do pedido é um dos que tem fundamento remoto nos princípios

⁷⁶FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 7-13, abr./jun. 2011, p.8. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242941>. Acesso em: 13 jan 2014. p.11.

⁷⁷CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.P.63

⁷⁸CARVALHO, Milton Paulo. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.p.63.

informadores de cada sistema processual, em cuja conformidade também se edita a sua disciplina legal⁷⁹.”

Nesse sentido, segundo informa o princípio dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.

Essas premissas se expressam pelos aforismos *ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium*, e vinculam duplamente o juiz aos fatos alegados, e o impede de decidir a causa com base em fatos que as partes não tenham afirmado e o obriga a considerar a situação de fato afirmada pelas partes como verdadeiras.

Desse modo, ao determinar a extensão do provimento do juiz, tem-se como atendido o princípio da congruência ou correlação, que impõe uma correspondência necessária entre o pedido e a sentença.

⁷⁹CARVALHO, Milton Paulo. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p.45.

4. PRINCÍPIO DISPOSITIVO: PERSPECTIVAS FUTURAS

4.1 Ativismo e garantismo: um “novo” enfoque para um antigo problema¹

Antoine Garapon, diz que o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social, ou pelo contrário, de a travar.

Para Alvarado Velloso, a mais grave expressão do ativismo ocorrida nos últimos tempos, expressa-se no fato de que, sob o argumento de uma pretensa defesa da Constituição, juízes com vocação a ser protagonista midiático, começaram a intervir em toda sorte de assuntos, que em princípio são da esfera de atribuição de outros Poderes do Estado, e, dessa forma, abandonam o acatamento à lei para entrar no campo do co-governo e desgoverno, impossível de controlar.

Fervoroso defensor do garantismo² processual, segundo Velloso, é imprescindível que se retorne às raízes do processo para indagar a sua razão de ser e sua causa para que se possa defender com segurança a manutenção e plena vigência do sistema acusatório ou dispositivo de enjuizamento.

Isso porque, a despeito de tudo o que a doutrina já escreveu acerca da natureza jurídica do processo, este, para o mestre, nada mais é do que “um método pacífico de debate dialogal e argumentativo” cuja causa é a existência de um conflito intersubjetivo de interesse no plano da realidade da vida, conflito esse que deve ser solucionado com a maior brevidade possível para que seja mantida a coesão de um grupo social num lugar e tempo determinados.

A história nos mostra que vedada à autodefesa, a solução buscada para esses conflitos intersubjetivo foi a autocomposição que manteve sua essência até os dias atuais.

¹ Segundo Alvarado Velloso, o tema é reflexo atualizado do antigo enfrentamento dos dois sistemas de enjuizamento, inquisitivo e dispositivo, que segue vigente de forma inexplicável e com a possibilidade de não melhorar, ao menos no campo do direito processual civil. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. O garantismo processual. Ativismo Judicial e garantismo Processual. In: DIDIER JR., F. et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p.13-34.

² A doutrina também atribui o termo revisionista para se referir àqueles que entendem ser necessárias reformas buscando por em discussão alguns postulados sobre os quais se fundamenta a concepção publicística do processo.

Algumas vezes, no entanto, não sendo possível a autocomposição, e não havendo outra alternativa, buscou-se a heterocomposição pública operada sobre a forma de processo judicial a solução desses litígios.

Conforme assinala o mestre o processo seria assim um meio de debate dialogal e argumentativo que se realiza entre dois sujeitos naturalmente desiguais em posições antagônicas em relação a um mesmo bem da vida.

Estes sujeitos se igualam judicialmente para os fins da atuação do diretor do debate (juiz) que com isso deve ostentar três qualidades essenciais: imparcialidade, imparcialidade e independência, para assegurar a permanente bilateralidade, ou seja, o contraditório.³

Com isso, conclui Velloso que: “a razão de ser do processo é a erradicação de toda força ilegítima dentro de dada sociedade, para manter um estado perpétuo de paz e de respeito às normas adequadas de convivência que todos devem acatar”.

Essa razão de ser, a seu turno, tem seu fundamento lógico na absoluta impossibilidade de que os particulares façam justiça pelas próprias mãos, e isso, independentemente da corrente doutrinária que considere o ato de julgar a concretização da lei ou a pacificação social com justiça.

Por isso, para bem julgar, o juiz não pode jamais perder de vista a sua mais importante qualidade: a de ser absolutamente imparcial, ou seja, para processar e sentenciar, o juiz não pode estar e nem se colocar na posição de parte, já que não é possível ser autor, acusador e juiz ao mesmo tempo. Além disso, o juiz deve carecer de todo interesse subjetivo na solução do litígio e deve atuar sem subordinação hierárquica no que toca às partes.⁴

Para os garantistas ou revisionistas, ao contrário do que afirmam os ativistas, o problema não está colocado na concepção publicística do processo, mas sim no fato de que utiliza-se esse argumento para dar ao juiz poderes ilimitados.

GirolamoMonteleone aduz que, as críticas feitas pelos revisionistas não constituem nenhuma novidade no panorama jurídico do Direito Processual, posto que, referem-se a conceitos que datam de pelo menos um século. Seria, portanto, uma tentativa de desqualificar o debate acerca daqueles que criticam o fato de que se siga pensando que “el processo sirve esencialmente para reconocer y reintegrar losderechos subjetivos de

³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo O garantismo processual. Ativismo Judicial e garantismo Processual. In: DIDIER JR., F. et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p.13-34.

⁴Ibidem. p.13-34.

los ciudadanos lesionados o amenazados por el ilícito comportamiento ajeno, y que em esto se resuelve, sin otros añadidos, su interés público y social⁵.”

Segundo ele, não está em debate o fato de que a justiça e portanto, a jurisdição e o processo, tenham relevância social, posto que todo direito é expressão de uma sociedade organizada⁶. O que se questiona é por que uma sentença é justa ou mais justa, se o juiz está dotado de maiores poderes instrutórios e concretamente do poder de determinar de ofício a produção de provas, quando esta tarefa é incumbência das partes?

Quem assegura que produção *ex officio* de provas – pessoa alheia aos fatos concretos deduzidos em juízo-, sejam mais idôneas que aquelas propostas pelas partes. Segundo Monteleone, até hoje não restou demonstrado que a introdução de provas pelo juiz no processo possam ser produzidas com objetividade e imparcialidade, e que tal, conduta implica em ingerência no direito de defesa que incumbe, por lei, ao advogado da parte.

Por vezes, nem mesmo a obrigatoriedade de motivar consegue afastar o subjetivismo com que as provas *ex officio* podem ser produzidas.

A questão do subjetivismo não é, absolutamente, algo que se possa aferir com precisão.

Como afirma José Renato Nalini⁷:

o debate em torno dos temas “ativismo judicial” e “garantismo”, é decerto, um dos mais interessantes aos cultores do Direito Processual. Por vezes pintado com cores apaixonadas, a discussão propiciou o desenvolvimento de rica doutrina acerca dessas questões, que representam verdadeiros panos de fundo para trabalhar questões atinentes às reformas das leis processuais em vigor no país.

Nas palavras de Montero Aroca, na metade do século passado vimos a relativização da verdade na hora de fixar a função do processo, mas, por outro lado, a verdade objetiva se converteu politicamente no fim do processo civil e na função essencial da prova. Tal fato não pode permitir, contudo, que em nome dessa persecução, os direitos das partes que buscam no processo a solução de seus problemas, sejam violados e que se esqueçam de princípios essenciais do processo civil.

⁵ MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: TirantLoBlanch, 2011.p.180

⁶ Livre tradução do texto acima citado. p.184.

⁷ NALINI, José Renato. Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada? In: DIDIER JR. Et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.p.383.

Enquanto não se chega a um consenso sobre quem tem razão, melhor deixar às partes a tarefa (que já lhe é imposta por lei) de aportar os fatos que provarão o direito alegado, e ao juiz, a difícil tarefa de bem julgar.

4.2 O Novo Código de Processo Civil

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos⁸.

Além disso, a legislação infraconstitucional deve ser compreendida como concretização de direitos fundamentais processuais civis.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil ora em trâmite na Câmara dos Deputados, encontra-se em perfeita sintonia com essas **diretrizes**.

Merece destaque o fato de que em seu capítulo 1º o Projeto anuncia que a disciplina do Direito Processual Civil se regerá por direitos fundamentais processuais civis, ou seja, aqueles direitos já previstos na Constituição reforçando a noção de que a legislação infraconstitucional é o seu desdobramento natural.

Desse modo, o processo civil se regerá pelos princípios da segurança jurídica, da igualdade de todos perante o Direito e, do direito à participação no processo, essa condição de basilar do Estado Constitucional.

Esses direitos fundamentais expressos na Constituição, se repetem ao longo de vários dispositivos do Novo Código, como por exemplo:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.15.

públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

(...)

Art. 7º. É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Digno de nota, também, é o fato do Novo Código de Processo prestigiar a autonomia privada quando além de repetir o princípio da demanda (art.2º), deixa claro a disposição do legislador em promover e incentivar a conciliação e mediação.

Conforme Luiz Edson Fachin, sendo estes meios de resolução de conflitos inerentes à atuação dos interesses privados, a menção da autonomia da vontade como fundamento da mediação deve ser interpretada a partir de ressignificação desta categoria, já construída no âmbito do Direito Civil, conectando processo e Direito Material no ambiente constitucional⁹.

Art. 167. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

No que toca aos poderes e deveres do juiz o art. 6º trouxe uma importante inovação no que diz respeito aos seus poderes. Da dicção do artigo, percebe-se que o legislador cuidou de reiterar os valores, princípios e regras constitucionais que devem nortear a atuação do juiz, além de ressaltar o fato de nesta condição é funcionário público que exerce de *munus* público, razão pela qual sua atividade deve pautar-se pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Art. 6º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁹ FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 48 n. 190, t.2, p. 7-13, abr./jun. 2011. Brasília, 2011.

Além disso, o artigo 139 do Novo Código repetiu em parte o artigo 125, acrescentando novos incisos, dentre os quais, merece destaque o inciso V, que reforçando a noção de que a conciliação/mediação deve ser estimulada, e que deve o juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

No capítulo que trata Das provas (capítulo XIII), e do ônus da prova, o Novo Código de Processo Civil tratou expressamente do assunto para permitir a distribuição dinâmica da prova, observados os pressupostos em seu artigo 380 § 1º cuja transcrição fazemos a seguir, ressaltando desde já a importância que a inovação que trará ao ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Como se pode perceber, pode-se considerar que a Teoria de Jeremy Bentham ganha força a partir dos novos delineamentos do processo civil moderno no que toca aos poderes instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova.

CONCLUSÕES

“Todos os fenômenos históricos, têm um começo, mas também têm um fim, e sua evolução torna-se em algum ponto - mais ou menos longo - história de seu fim.”

Remo Caponi

Nos anos o Direito Processual Civil passou por várias reformas que buscaram imprimir maior eficiência ao processo e para conferir a necessária efetividade a estas foi necessário conferir maiores poderes instrutórios ao juiz, o que mitigou a influência do princípio dispositivo que orienta o nosso ordenamento jurídico processual.

Ao fazer um levantamento histórico da trajetória do princípio dispositivo no percurso evolutivo do processo civil verifica-se que este sempre orientou a instrução probatória e, por conseguinte, sempre esteve ligado aos poderes instrutórios do juiz.

O nosso Código de Processo Civil em sua exposição de motivos, expressamente, consagra o princípio dispositivo, e, inclusive, ressalva que os poderes reservados ao magistrado para prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça, teriam lugar no processo de execução mais do que no processo de conhecimento, o qual se desenvolveria num sistema de igualdade entre as partes.

O princípio dispositivo em sua versão contemporânea, significa que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se funda o pedido, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada por elas. Tal assertiva expressa no brocardo *iudexiudicaredebetallegata et probatapartium*, de modo a obrigá-lo a considerar a situação de fato afirmada pelas partes como verdadeira.

Um dos fatores apontados como causa de sua mitigação está ligado aos debates travados pelos doutrinadores tedescos e italianos em torno da questão terminológica e que foi determinante para delimitar o seu alcance.

O princípio dispositivo se insere dentro do modelo dispositivo e apresenta-se como um dos pilares do sistema processual, na medida em que é afastada a autotutela como meio de solução do conflito, e confere-se a um terceiro imparcial o julgamento da lide.

A natureza disponível – ao menos em regra, dos interesses discutidos no processo civil seria o fundamento político jurídico do princípio dispositivo, já que, nas causas em que

prepondera o interesse público sobre o interesse privado, não haveria concessões à verdade formal.

Outros fundamentos do princípio dispositivo são a imparcialidade do juiz (garantia de justiça) e a autonomia da vontade das partes, sem o que não se concretiza o valor igualdade.

O princípio dispositivo ainda é o principal instrumento de que a parte dispõe para estabelecer limites aos poderes do juiz no que se refere à apreciação das provas, bem como das alegações e pedidos formulados no processo, já que o juiz não pode decidir além do que lhe foi pedido (*ne eatiudex ultra petita partium*).

Um dos fatores que servem de incentivo para que se reflita sobre uma revalorização do princípio dispositivo, repousa no fato de que as pesquisas revelam que noventa por cento da população que se socorrem do Poder Judiciário o consideram moroso e lento na solução dos conflitos, e, desse grupo mais de sessenta por cento consideram os magistrados parciais e dependentes.

A jurisdição guarda ampla ligação com o exercício dos poderes instrutórios, posto que, dentro da moderna concepção desse instituto, além do escopo jurídico, devem ser atendidos os escopos sociais e políticos de forma a atender à ordem jurídica justa.

O sistema processual, como instrumento, guarda perfeita correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-se nas mutações por que ela passa. Desse modo a própria Constituição incumbe-se de configurar o Direito Processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação de Direito Civil (direito material), mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.

No panorama jurídico do Ocidente é usual a contraposição entre dois grandes grupos aos quais se aplicam, respectivamente, as conhecidas denominações *civil law* e *common law*. O confronto entre esses sistemas é frequente e feito sob diversos enfoques, sendo que o mais comum é aquele que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes na instrução probatória.

Dessa “divisão” resultaram dois modelos de processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial.

No sistema adversarial, recai sobre as partes o poder de conduzir o feito e de produzir as provas necessárias à reconstrução dos fatos. Em proporção inversa, espera-se do juiz uma posição mais passiva, de árbitro absolutamente equidistante, responsável, especialmente, por assegurar a absoluta isonomia entre as partes e o cumprimento das regras estabelecidas.

No sistema inquisitorial, presente nos ordenamentos cujas origens estão no sistema romano-germânico (*civil law*), tem-se como característica principal um forte protagonismo do juiz, de forma que quanto mais poderes forem atribuídos ao juiz, mais inquisitivo o processo será.

Como afirma Barbosa Moreira, com sua peculiar clareza, que “sem temor de erro que o destino da maioria das causas depende essencialmente da convicção do órgão judicial acerca dos fatos de que se originou o litígio”, ressalta, a importância da atividade de instrução probatória como momento processual.

Instruir significa “expressar a soma de atos e diligências que, na forma das regras legais estabelecidas devem ou podem ser praticados, no curso do processo, para que se esclareçam as questões ou fatos, que constituem o objeto da demanda ou do litígio.” Tudo o que se faça no processo com a intenção de provar e esclarecer, é instrução.

Por isso, a prova seria o meio pelo qual o juiz buscaria a verdade dos fatos colocados como fundamento da lide, por meio da atividade cognitiva destinada a formar o seu convencimento, ou melhor, o juiz formará um juízo de valor acerca dos fatos da causa.

O Código de Processo Civil brasileiro, sob a influência da doutrina de Chiovenda, em seu artigo 333 do Código de Processo Civil, que trata da distribuição do ônus da prova entre autor e réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito – direito por ele afirmado – enquanto ao réu incumbe provar os fatos que impedem a constituição ou modificam a extinção deste direito.

No entanto, doutrina expressiva tem sustentado a possibilidade de investigação probatória oficial sem se apegar a necessidade de o autor provar os fatos constitutivos, e o réu aos extintivos, modificativos e impeditivos. Também o juiz pode determinar a produção de provas, sem que isso importe no desvirtuamento do ônus da prova ou no desequilíbrio entre as partes.

Merece relevo o estudo dos aspectos do ônus da prova e, dentre eles, a teoria da carga dinâmica da prova, visto que determinam a concepção moderna que guia o processo civil e está estreitamente ligada aos poderes instrutórios do juiz.

Frise-se que a teoria da carga dinâmica da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova. A teoria da carga dinâmica das provas tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano.

Para Peyrano, não há por que manter-se a concepção estática da distribuição do ônus da prova, atribuindo-se este à parte que, pelas circunstâncias, estiver e tiver melhores

condições para demonstrar os fatos do caso específico, independente de sua posição no processo.

O legislador criou uma distinção com o objetivo de facilitar a inversão do ônus da prova: a demonstração de que além de frágil – vulnerável – o litigante também seria hipossuficiente. Desse modo, vulnerabilidade e a hipossuficiência, são fatores levados em consideração pelo juiz na inversão do ônus da prova.

A verdade sempre foi objeto de preocupação para o processo e um dos objetivos a serem perseguidos no curso deste. Por isso, a doutrina processual sempre procurou distinguir entre verdade real e verdade formal, geralmente ligando àquela ao processo penal e esta ao processo civil.

Decorrência da visão publicista do processo espera-se que a atividade do juiz na direção formal do processo não fique limitada à postura de mero espectador.

Significa dizer que, sob a ótica publicística, o processo não pertence às partes e desse modo deve ser considerado como objeto de um interesse transcendental ao dos litigantes, situado no próprio interesse público.

Em outros ordenamentos, a exemplo do Brasil, já se busca compatibilizar o princípio dispositivo com os poderes instrutórios.

A discussão em torno da compatibilidade do princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, que alguns doutrinadores vêm travando, insere-se sob a perspectiva do ativismo versus garantismo.

Incipiente no Brasil o tema começa a ganhar corpo com a adesão de processualistas renomados aqui e em outros ordenamentos, já que o aumento dos poderes instrutórios se mal utilizados podem violar o princípio da segurança jurídica.

O projeto do Novo Código de Processo Civil não ignorou essa tendência e, com o intuito de garantir uma sociedade justa e solidária aposta na conciliação e na mediação como ferramentas para o cumprimento da função social do Direito.

REFERÊNCIAS

ADROALDO FURTADO, Fabrício (Coordenador). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALPA, Guido. **I principi generali**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Disponível em: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54. Acesso em: 05 jul. 2013.

_____. O garantismo processual. Ativismo Judicial e garantismo Processual. In: DIDIER JR., F. et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de. Os poderes do juiz e seus limites. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Demasiados Recursos? Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. 2006.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Estudos de Direito Processual**. Belém: Paka-tatu, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: https://www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda. Acesso: 26 nov. 2013.

ARIETA, Giovanni; SANTIS, de F.; MONTESANO, Luigi. **Corso di base di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 2002.

AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

BAHIA, Alexandre et. al. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo e princípios constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O princípio dispositivo em sentido material e forma. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260 Acesso em: 15 dez. 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O papel do juiz no processo civil**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes**: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (quarta série). São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

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

_____. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **O processo civil contemporâneo**: um enfoque comparativo. Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática e procedimento. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória**. Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tania da; OLIVEIRA, Guilherme de (coordenadores). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito e Processo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006.

BOUZON, Emanuel. **Uma coleção de direito babilônico pré-Hammurabiano – Leis de Eshnunna**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. Tomo I. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones del derecho procesal civil, segun el nuevo código**. VI. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CAPONI, Remo. Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta su llo fondo della giustizia civile alemã. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Giugno 1998, anno LII, n. 2, Giuffrè Editore, Milano.

_____. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuale. **Civil Procedure Review**, v.1. n.2:42-57, jul/set, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Diritto e processo**. Trattato di processo civile. Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè Editores, 1962.

_____. **Libertá individuale e giustizia social em el processo civile italiano**. Giustizia e società. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. **Acesso à justiça**. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **La prueba civil**. Tradução Niceto Alcalá-Zamorra Y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

_____. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **El Proceso Civil en el Derecho Comparado.** Las Grandes Tendencias Evolutivas. Tradução Santiago Sentís Melendo. Lima: ARA, 2006..

CARACIOLA, Andrea Boari. **Princípio da Congruência no Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora LTR, 2010.

CARNACINI, Tito. **Tutela giurisdizionale e tecnica dei processo.** Studi in onoredi Enrico Redenti. V2. Milano: Giuffrè editore, 1951.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Tratatto del processo civile.** Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. **A prova civil.** Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

CARPI, Federico. Le riformedel processo civile in Italia verso il XXI secolo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Marzo 2000, anno LIV, n. 1, Giuffré Editore, Milano.

CARVALHO, Milton Paulo. **Do pedido no processo civil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Apelação sem efeito suspensivo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Daniel Penteadó. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Marcato) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil.** V I. Tradução E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948.

_____. **Instituciones de derecho procesal civil.** V II. Tradução E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948.

_____. **Princípios de derecho procesal.** Tomos I e II. Tradução José Casais y Santaló. 3. ed. Madrid: Reus, 1977.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COELHO, Gláucia Mara. Direito Processual civil português. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo.** São Paulo: Lex Editora, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

_____. **Le prove civili.** 3. ed. Roma: Utet Giuridica, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

DANOVI, Filippo. L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale. **Rivista di diritto processuale**. Volume LXIII (II serie). Milano: CEDAM, 2008.

DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. 2009. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009,

DIAS, Jean Carlos. A dimensão Jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**. n.107. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Jus Podivm, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento V. I 6. ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006.

_____. **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Podivm, 2013.

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

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.I, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.II, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ECHANDIA, Hermando Devís. **Compendio de derecho procesal**. 3. ed., v. 2. Bogotá: Editorial ABC, 1994.

ESPADALER, Enric Fossas. **El principio dispositivo em el Estado autonómico**. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 48 n. 190, abr/jun. Brasília, 2011.

FACHIN Luiz Edson (org). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000.

FAILDE, Juan José Garcia. **Nuevo derecho procesal canônico**. Estudio sistemático - analítico comparado. 3.ed. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1995.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria Geral da Prova** – aspectos polêmicos. Salvador: JusPodivm, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz na ação declarativa. Em defesa do processo civil ao serviço do cidadão. **Revista Julgar**, n.1 – janeiro/abril 2007. Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Coimbra.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y La eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella e Agnes Cretella. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KEMMERICH, Clovis Juarez. **As faces do princípio dispositivo**. São Paulo: Saraivajur, 2003.

LAGRASTA NETO, Caetano et al. **Direito de Família**: Novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Fundamento del principio dispositivo. In: **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962.

_____. **Manuale di diritto processuale civile.** V II. Il processo ordinário dicognizione. 4. ed. Milano: Giuffrè editore, 1984.

_____. **Manuale di diritto processuale civile.** V I. Principi. 5. ed. Milano: Giuffrè editore, 1992.

_____. **Manual de Direito Processual Civil.** V.I. 3. ed. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LOPES, João Batista. Apelação. Efeitos. Art. 520 do CPC. Aplicabilidade à sentença de despejo. **Revista dos Tribunais.** São Paulo v.97. n 867 p. 83-90.

_____. **A prova no Direito Processual Civil.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória.** Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile.** 17. ed. Milão: Giuffrè, 2009.

MACHADO, António Montalvão. **O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001

MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** V I. 3. ed. 1912. São Paulo: Conan, 1995.

MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto Processuale Civile.** V I. Nozioni introduttive e disposizioni generali. 14. ed. Torino: G. Giapicelli Editore, 2011.

MARCATO, Antonio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. In: **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3021>>. Acesso em: 25 set. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme e. **Teoria Geral do Processo.** Curso de Processo Civil V.1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Prova.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O projeto do CPC: críticas e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil,** vol.I. Campinas-SP: Millenium Editora, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil,** vol.II. Campinas-SP: Millenium Editora, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado:** com remissões e notas comparativas ao projeto do Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Enjuiciamento civil**. Tomo I. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

_____. **Enjuiciamento civil**. Tomo II. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Princípios informativos no código de processo civil**. Repro 34/9.abr.jun/1984. São Paulo: RT, 1984.

MENEZES, João Armando Costa. O caráter político do processo e jurisdição constitucional. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**.ano 2 (2013) n. 8. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08423_08438.pdf

MICHELLE, Gian Antonio. **L'onoredella prova**. Padova: CEDAM, 1966.

_____. Teoria Geral da Prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). **Atividade Probatória**. Doutrinas essenciais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar Editores, 1945.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 11. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONTELEONE, Girolamo. **Diritto Processuale civile**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002.

_____. Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. Volume LXIV (II serie). Milano: CEDAM, 2009.

_____. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: AROCA, Juan Montero et al. **Proceso civil e ideologia**. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensaios. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. 2008. 502 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NALINI, José Renato. Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada? In: DIDIER JR. et al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

NASI, Antonio. **Disposizione del diritto e azione dispositiva**. Contributo allo Studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione. 3.ed. Milano: Giuffrè Editore, 1965.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais** (série aspectos polêmicos e atuais dos recursos) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz**. São Paulo: Método, 2004.

NOBILI, Massimo. **Il princípio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. Artigo publicado na **Revista de Processo**. Repró 71/31. jul/set. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1993.

_____. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. In: **Mundo Jurídico**. 23 abr. 2003.

_____. **Livre apreciação da prova**: perspectivas atuais. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(4)%20formatado.pdf) . p.1. Acesso em: 23 jul. 2013.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Direito Processual Civil Italiano. Direito Processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

PANTOJA, Fernanda Medina. **Apelação cível**: novas perspectivas para um antigo recurso: um estudo crítico de direito nacional e comparado. Curitiba: Juruá, 2010.

PEÑA. Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o estado e desafogo do Judiciário. 2012. 140 f. Tese (doutorado em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Livre-docente Cassio Scarpinella Bueno) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

PENTEADO DE CASTRO, Daniel. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**: fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e tradutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Manuale del processo civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PICININI, Joel. A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial. In: **Jus navigandi**. Nov./2005.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Curitiba: Ed Juruá, 2006.

PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. **Princípio da congruência no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto Processualecivile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PONTES, Helenilson. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN Luiz Edson (org). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Tomo I. Nociones y reglas generales. El processo ordinário de cognicion em primer grado. Buenos Aires: EJE, 1957.

RICCI, Edoardo F. Il princípio dispositivo come problema di diritto vigente. **Rivista di diritto processuale**. V.XXIX (II Serie). Padova, 1974.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCCO, Ugo. **Derecho Procesal civil**. Trad. esp. Felipe de J. Tena. México: Porrúa, 1939.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise sistemática dos efeitos da apelação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo n.62. p. 79-88, maio 2008.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. O processo cautelar, o recurso de apelação e o efeito suspensivo: a posição do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo. V34. N173. P.259-313, jul 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e no comercial**. 3 ed. v.1. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1961.

_____. **Primeiras linhas de Direito Processual**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Primeiras linhas de Direito Processual**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCALABRIN, Felipe. **O processo civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do Estado Liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático**. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/14_Dout_Nacional_7.pdf. Acesso em: 26 ago. 2013.

SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba** – los grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires: Ejea, 1978.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direito Processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coordenador). **Direito Processual civil europeu e contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V.I. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil** – prescrição e decadência. 2011. 302 f. Tese (Livre-docência em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de. Eficácia da sentença e o efeito suspensivo do recurso. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo. N.80.p.61-70. nov.2009.

SOUZA JR., Sidney Pereira de. A preclusão *pro judicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz. **Revista de processo RePro** 158/264. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Vulnerabilidade no processo civil. Artigo publicado na **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/vulnerabilidade-no-processo-civil/9968>. Acesso em: 13 nov. 2013.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Nozionigenerali. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX. Giuffrè Editore. Milano, 2006.

_____. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas & Sociales, 2008.

_____. **La semplice verità: Il giudice e La costruzione dei fatti**. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza & Figli, 2009.

_____. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TESORIERE, Giovanni. **Contributo allo Studio delle preclusion in el processo civile**. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1983.

THEODORO JR. Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. In: **Revista de Processo** 23/173, jul.set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Organizadores). **Doutrinas essenciais do processo civil**. VI. Princípios do Processo Civil. São Paulo: RT, 2011.

_____. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. In: Academia Mineira de Letras Jurídicas. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>. Acesso em: 21 jul. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz et. al. **Direito Processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

VERDI, Giovanni. **Profili del processo civile**. Processo di cognizione. 3. ed. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2006.

_____. **Profili del processo civile**. 1. Parte generale. 7. ed. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2008.

_____. **Profili del processo civile**. Procedimenti speciali. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2008.

_____. **Diritto processuale civile**. 1. Parte generale. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. v. 3. São Paulo: RT, 2007.

WYNESS MILLAR, Robert. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, S.A. Editores, 1945.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil. **Revista de Processo** 116/334. São Paulo: RT, 2004.