

INICIATIVA *EX OFFICIO* NA INSTRUÇÃO E CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Carolina Maria Morro Gomes Galbiati*

RESUMO: O estudo do presente tema tem por escopo analisar a iniciativa *ex officio* na instrução e condução do processo, sob a perspectiva da moderna processualística civil. De início, será necessário expor sucintamente algumas linhas sobre os institutos básicos do processo, bem como sobre o acesso à justiça efetivo e adequado, sem perder de vista a evolução conceitual e a mudança dos paradigmas tais quais inicialmente concebidos. Em seguida, passa-se a investigação da iniciativa oficial no ordenamento jurídico, pormenorizando um relato histórico sobre os poderes atribuídos ao magistrado no ordenamento interno, além de uma breve análise do direito comparado. Para no final, buscar compreendê-la em face do atual sistema constitucional processual.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Iniciativa *ex officio*. Condução e Instrução. Processo. Sistema Constitucional.

* Advogada, Mestranda pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e integrante do Grupo de Pesquisa sobre a “Constitucionalização do Direito Processual” e da “Gramática dos Direitos Fundamentais”, ambos da instituição mencionada.

INTRODUÇÃO

O direito processual, nas últimas décadas, sofreu profundas alterações e, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se imperiosa a revisitação dos institutos do processo civil, a fim de interpretá-los a partir dos princípios e garantias fundamentais consagrados pela ordem constitucional.

Essa nova perspectiva influenciou diversos setores do direito processual e, em especial, a atuação do juiz no processo.

De início, a mudança do processo e seus paradigmas revelam que a tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado já não se constitui daquele mesmo modelo concebido inicialmente - em que o Estado, por meio do juiz, prestava a atividade jurisdicional sem imiscuir-se nas questões pertinentes ao processo, ou seja, a tudo assistia sem interferir, a fim de preservar sua imparcialidade.

Atualmente, a evolução do ordenamento jurídico reclama uma maior participação da sociedade nas decisões do Estado - resultado da democracia. Em contrapartida, a ampliação dos poderes do juiz - integrante da sociedade - no exercício da atividade jurisdicional, visa preservar os valores sociais.

Assim, para que o Estado preste a tutela jurisdicional em que os princípios e

garantias fundamentais sejam preservados, é necessário tornar concreto o acesso à justiça efetivo e adequado para que o ideal de justiça seja alcançado.

Estabelecidas estas premissas, verifica-se que a tendência dos ordenamentos jurídicos mais modernos é o de conferir maiores poderes ao juiz, para que este, na condução do processo, promova o equilíbrio e dê às partes iguais oportunidades de participação.

Portanto, para o estudo e compreensão do tema será indispensável recordar alguns institutos básicos do processo, inferir sobre a questão do acesso à justiça nos moldes preconizados pela moderna ciência processual constitucional, sem deixar de observar a evolução da iniciativa ex officio no ordenamento brasileiro e mencionar, ainda que superficialmente, o direito comparado.

Após tal inferência, pretende-se compreender a iniciativa ex officio de direção e instrução probatória no ordenamento jurídico brasileiro, em face do atual sistema constitucional processual, bem como analisar os diversos contrapontos que colocam em dúvida essa interferência estatal na condução do processo. Ora, a tutela jurisdicional necessita de provocação para ganhar movimentação, desta maneira, a iniciativa

oficial não ofenderia princípios constitucionais como o da inércia da jurisdição, do devido processo legal, da imparcialidade?

Nesse contexto, a solução para tais questionamentos acerca da iniciativa oficial no processo impõe um exame a partir do que propõe a moderna ciência processual.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A evolução do direito processual nos dá conta de que esse ramo do direito afastou-se da concepção privatista, passando a se enquadrar no âmbito do direito público, já que é o principal instrumento de realização do ordenamento jurídico.

Todavia, essa transformação do direito processual não parou e, com o advento da Constituição Federal de 1988, novos olhares foram lançados para este importante ramo do direito.

O direito processual abandonou a tradicional concepção de simples meio de solução dos conflitos, passando a primar pela efetividade processual na realização dos direitos fundamentais.

Dos pilares fundamentais do direito processual – jurisdição, ação, defesa e processo – torna-se possível explicar a

ampliação dos poderes do juiz, que vem a ser o ponto central do presente estudo.

Para tanto, ainda que superficialmente, será necessário revisitar tais institutos fundamentais do direito processual – jurisdição, ação, defesa e processo – dada sua importância e, especialmente, sua relação com o tema aqui desenvolvido.

O artigo 5º, incisos XXXV da Constituição Federal de 1988, estabelece que é o Estado quem prestará a tutela jurisdicional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diante da leitura do texto constitucional, é possível depreender que a jurisdição é inerte e aquele que sofre violação em sua esfera de direitos poderá provocar a tutela jurisdicional do Estado por meio do direito constitucional de ação, a fim de restabelecer, defender ou preservar o seu direito.

Verifica-se que isto é decorrência do princípio da demanda, ou princípio dispositivo ou da inércia jurisdicional,

previsto nos artigos 2º e 262º, ambos do Código de Processo Civil:

Art. 2.º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Nesse sentido, Eduardo Cambi pondera que:

Pelo princípio da demanda, não há jurisdição sem autor (*Nemo iudex sine actore*) ou sem ação (*ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*), pois o que caracteriza a jurisdição é a *inércia* que, por ser uma exigência de *imparcialidade* do órgão jurisdicional, só pode ser rompida por impulso das partes.¹

De acordo com o pensamento deste autor, é possível concluir que o princípio da demanda visa resguardar não apenas a imparcialidade do órgão julgador, mas também garantir o direito de ação.

É possível afirmar que o direito de ação decorre do mesmo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em contrapartida e de igual modo, àquele que é demandado o ordenamento jurídico assegura o direito de defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LIV e LV da Constituição Federal:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Verifica-se que o direito de defesa estabelece a bilateralidade do direito de ação, devendo ser real e efetivo, para que ao final do processo, o provimento justo possa ser deferido.

Importante ressaltar o que salienta Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar

¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2006. p. 22, grifos do autor.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999. p. 57.

inconstitucionais as normas que não o respeitem.

Nesse contexto, não podemos nos esquecer do processo, instrumento por meio do qual o ordenamento jurídico se faz presente e é atuado, conforme expressamente previsto, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Assim, o processo evolutivo do Estado e do direito ampliou os horizontes, conferindo maior participação aos integrantes da sociedade no ordenamento jurídico.

Portanto, com a modernização do processo civil, às partes, deve ser dada a possibilidade de atuar no processo em igualdade de condições. Para tal escopo, a postura do magistrado na condução do processo será decisiva e de fundamental importância para o estabelecimento desse equilíbrio.

Por meio desse intuito e com o desejo de alcançar tal finalidade, a comunidade jurídica passou a discutir no moderno processo civil a questão do acesso à justiça efetivo e adequado para a tutela dos direitos fundamentais e dos novos direitos.

Já que o acesso à justiça não deve constituir uma mera intenção legislativa, mas sim atuar concretamente em todos os planos do processo, a fim de resguardar a

efetividade processual, ninguém melhor que o juiz para torná-la uma realidade.

Relativamente ao acesso à justiça e almejada efetividade processual, Mauro Cappelletti e Bryant Garth nos traz que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.³

Daí a Constituição Federal de 1988 garantir o acesso à justiça, o que é possível deduzir da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No entanto, o acesso à justiça não compreende apenas o direito de ingressar em juízo, mas também o de ver assegurado um processo justo e efetivo, observadas as garantias constitucionais e processuais legais.

Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁴ afirmam que:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.12.

⁴ CINTRA, op. Cit., p. 33, grifos do autor.

defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso muito mais.

Na mesma toada, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵ dão seguimento ao seu raciocínio:

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

Verifica-se que o acesso à justiça constitui direito fundamental e trata-se de

um núcleo central do direito processual, a partir do qual, os princípios e garantias espalhados no ordenamento jurídico poderão ser conformados em busca da tutela adequada e justa.

Nesse sentido, importante é a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶ ao afirmar que:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Desta maneira, torna-se possível concluir que o Estado, além de prestar a tutela jurisdicional, deverá comprometer-se a fazê-la de maneira efetiva, com o intuito de alcançar o ideal de justiça, logo se verifica que o primitivo conceito de prestação de tutela jurisdicional pelo Estado, nos moldes em que inicialmente fora concebido, gradativamente fora abandonado.

Para tanto, o Estado deve aparelhar-se e comprometer-se suficientemente, para garantir ao jurisdicionado, o fácil acesso ao Poder Judiciário, aos meios alternativos de solução de conflitos, garantir a qualidade e excelência de seus serviços, a observância das garantias processuais e dos princípios

⁵ CINTRA, op. Cit., p. 33-34, grifos do autor.

⁶ CAPPELLETTI, op. Cit., p. 13.

fundamentais do processo, a partir da visão moderna do direito processual civil.

Assim, para o Estado garantir o acesso à justiça, deve aprimorar as técnicas processuais, a fim de torná-las idôneas e aptas ao escopo do processo e da justiça sem perder de vista o critério da qualidade. Para tanto, deve investir em aparato tecnológico e humano - quanto a este último, conferir o necessário treinamento para a atividade a ser desenvolvida.

2 INICIATIVA *EX OFFICIO* NA INSTRUÇÃO E CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Analisada ainda que superficialmente, estas questões preliminares relacionadas à prestação jurisdicional, passa-se a expor sobre o tema em discussão, a saber, a iniciativa *ex officio* na instrução e condução do processo civil.

Inicialmente, será realizado um breve relato histórico sobre a evolução dos poderes atribuídos ao magistrado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma digressão ainda que sucinta sobre o direito comparado.

A evolução histórica do processo nos dá conta que sua concepção inicial era eminentemente privada, como exemplo,

temos os meios de solução dos conflitos de interesses em que o Estado não interferia com o intuito de realizar a pacificação social, no entanto a moderna ciência processual alterou esse cenário, fazendo com que muitas normas vigentes no ordenamento jurídico fossem alteradas e vários institutos revisitados.

Assim, a iniciativa *ex officio* encontrava naquele contexto óbices intransponíveis e, a possibilidade da flexibilização das normas relativas aos poderes instrutórios do juiz era refutado, já que inconcebível a idéia de que o magistrado pudesse participar do processo sem envolver-se com a causa, portanto seus poderes eram mínimos.

Nesse contexto Moacyr Amaral dos Santos⁷, cita que:

Igualmente, no direito pátrio, até bem pouco tempo, tolhia-se, em princípio, a iniciativa do juiz, adstrito à regra das Ordenações, pela qual devia ele julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado”. Em alguns casos, porém, a regra de que só às partes cumpria produzir a prova sofria exceções.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 3. ed. Correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 109, grifos do autor.

Verifica-se que o período histórico que retrata essa circunstância é o das Ordenações Filipinas, adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1822

Concluindo, Moacyr Amaral dos Santos⁸ nos traz que:

Vingava no processo brasileiro, pois, o sistema fundado no princípio da disposição das partes, isto é, o de se atribuir às partes a iniciativa da escolha e da produção das provas, sem que com isso se deixasse conceder ao juiz o poder, de *ex officio*, determinar diligências que viessem esclarecer pontos obscuros deixados por aquelas, de forma a melhor formar a sua convicção sobre os fatos controvertidos. Assim, a iniciativa judicial era meramente supletiva da iniciativa dos litigantes. Apenas quando da prova por estes produzida resultasse para o juiz a impressão de que era possível ser esclarecida, ou mesmo aperfeiçoada no sentido de melhor se inteirar da verdade e mais segura se formar a sua convicção, lhe era permitido converter o julgamento em diligência para se proceder a novas averiguações.

Essa situação permaneceu por largo período de tempo, todavia a doutrina começou a manifestar-se contrária aos limites impostos à atuação jurisdicional, preocupando-se com os rumos até então dados ao processo. Conseqüentemente, iniciam-se então, movimentos que buscam conferir ao processo instrumentos e

técnicas processuais hábeis a deferir maior efetividade.

Sobreleva anotar o que nos traz José Roberto dos Santos Bedaque⁹, no que tange aos reclamos da doutrina nesta fase:

A reação ao imobilismo judicial, em sede doutrinária, iniciou-se exatamente nesta casa, pelas idéias de um de seus ilustres catedráticos, Alexandre Gusmão, para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então; era necessário que se concedesse maior amplitude ao poder de iniciativa do juiz, a exemplo das legislações alemã, austríaca e húngara. Assim, inspirado no direito alienígena, sustentava ele, já em 1922/1924, a possibilidade de o juiz ordenar – de ofício – qualquer diligência que lhe parecesse necessária à apuração dos fatos debatidos no processo.

Importante trazer a lume o que menciona Moacyr Amaral dos Santos¹⁰, sobre os ensinamentos de Gusmão a respeito da nova doutrina:

GUSMÃO ensinava: “Sob o regime das novas idéias já triunfantes na processualística contemporânea, confere-se ao juiz a faculdade de subsidiariamente cooperar na disquisição e coligimento das provas, sendo-lhes permitido ordenar ou proceder *ex-officio* a quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias a bem da apuração da

⁸ Ibidem, p. 110.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.**

São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006. p. 74.

¹⁰ SANTOS, op. Cit., p. 110.

verdade dos fatos contidos em juízo; porque, se é certo serem as partes litigantes as mais direta e imediatamente interessadas nessa operação, não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos direitos individuais a todos seja plenamente assegurada e conseqüentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de direito privado, se realize, quanto possível, do modo o mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema das provas por iniciativa única e exclusiva das partes”. “O juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.”

Nota-se que os fundamentos dogmáticos que buscavam embasar o avanço legislativo perseguido à época constituem o discurso atual da moderna processualística civil, que busca a efetividade processual na realização dos direitos fundamentais.

Sem perder de vista a evolução dos poderes atribuídos ao juiz no ordenamento jurídico brasileiro, em 1939, o Código de Processo Civil brasileiro foi publicado e Moacyr Amaral dos Santos¹¹ destaca a justificativa do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos para o artigo 112, do Código, que trata dos poderes atribuídos ao juiz, trazendo que:

¹¹ SANTOS, op. Cit., p. 120.

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe o moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de GIUSEPPE CHIOVENDA, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, há um tempo, não só o caráter público do direito processual como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.

No entanto, apesar do avanço legislativo, os operadores do direito

resistiam à aplicação da norma, sustentando que mesmo em tais circunstâncias, o juiz só poderia agir em caráter supletivo.

Assim, Moacyr Amaral dos Santos¹² traz:

Assente-se, pois, que o Código admite expressamente tome o juiz iniciativa no tocante à escolha das provas. Mas não há dúvida que, apesar do que se disse sobre o autoritarismo judicial apregoado pelo estatuto processual, a atribuição concedida ao juiz, no art. 117, continua sendo, como dantes, meramente supletiva da iniciativa dos litigantes. Ainda são as partes que indicam as provas, o autor – na petição inicial (art. 158, n. V), e o réu – na contestação (art. 180 combinado como art. 158, n. V).

Atualmente, temos o Código de Processo Civil de 1973, o qual implicou numa grande evolução, já que em seu Capítulo IV, Título IV do Livro I, dedicou ao juiz uma especial atenção, tratando de seus poderes, deveres, responsabilidade, impedimentos e suspeição.

Importante destacar que outros dispositivos do Código de Processo Civil também tratam dos poderes instrutórios do juiz, como por exemplo, os artigos 13; 113; 219, parágrafo 5º; 267, parágrafo 3º; 301, parágrafo 4º; 342; 346; 382; 399; 418; 436; 437; 440; 446, inciso II; 451; 461, parágrafo 5º; 798, sem olvidar a

possibilidade do juiz realizar ou determinar outras atividades *ex officio*.

Além disso, com o advento da Constituição Federal de 1988, tem-se que diversos dos princípios nela insculpidos passaram a influenciar o processo, constitucionalizando-o e, assim essa nova perspectiva traduz a importância de rever e interpretar os institutos processuais, em especial, a iniciativa oficial na condução e instrução do processo, a partir da nova ordem constitucional, já que este avanço merece ter suas técnicas aprimoradas aos escopos do processo.

Em suma, o atual contexto histórico e a democratização alcançada nos fornecem mecanismos hábeis para ousar no plano processual, a fim de vislumbrar na figura do magistrado não apenas uma máquina de dizer o direito, mas um participante ativo e comprometido em aplicar e tornar efetivo os princípios processuais constitucionais.

Traçadas as linhas gerais sobre a evolução dos poderes atribuídos ao magistrado no ordenamento brasileiro, passa-se a uma breve análise da legislação estrangeira sobre a ampliação desses poderes atribuídos ao juiz.

O direito comparado revela certa evolução neste campo, a fim de flexibilizar o ordenamento jurídico interno e fortalecer

¹² Ibidem, p. 121.

a atuação do magistrado no âmbito da condução do processo e da iniciativa probatória oficial.

Nessa toada, Portugal, Itália e Argentina procuram alargar os poderes do juiz na condução e instrução.

Nesse sentido, Maria Elizabeth de Castro Lopes¹³ nos traz o que segue em relação a Portugal:

Como se vê, o princípio dispositivo está mantido em Portugal apesar das recentes alterações no Código de Processo Civil, que, acompanhando a maioria dos países, procura fortalecer a posição do juiz no processo.

Maria Elizabeth de Castro Lopes¹⁴ aponta o quanto segue em relação ao direito italiano:

No direito italiano, a regra geral é a iniciativa das partes em matéria probatória e a exceção a atuação oficiosa do juiz. Os artigos expressamente indicados como exceções tratam da inspeção judicial (arts. 118 e 258), da requisição de informações à administração pública (art. 213), do juramento supletório (arts. 240 e 241), da inquirição de novas testemunhas e da renovação de exame (art. 257), da determinação de ofício de prova testemunhal pelo pretor ou juiz de paz (art. 312), dos poderes instrutórios para suprimento de irregularidades de atos ou documentos (art. 421), da admissibilidade de novas provas quando necessárias (art. 437, § 2º) e do juramento (CC, art. 2.736).

Importante ressaltar que a doutrina quanto ao direito italiano é divergente, prevalecendo, no entanto, que os poderes atribuídos ao magistrado são amplos, nesse contexto, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁵ aponta que:

No direito italiano, o art. 115 do código dispõe que a decisão deve ser fundada nas provas propostas pelas partes. Apesar disso, grande parte da doutrina sustenta não ser excepcional o poder instrutório do juiz, visto que inúmeros dispositivos legais o admitem. Há quem defenda, todavia, a exclusividade das partes quanto à iniciativa probatória, entendendo que o princípio dispositivo não sofre qualquer restrição e que a iniciativa do juiz no campo da prova deve ser limitada ao máximo.

No que tange ao direito argentino, Maria Elizabeth de Castro Lopes¹⁶ traz que:

No direito argentino o princípio dispositivo está mantido, no que se refere ao início do processo, às alegações e aos pedidos, mas confere ao juiz vários poderes no sentido da boa marcha processual e da melhor apuração dos fatos.

Em relação a outros ordenamentos e a exemplo do direito espanhol, apesar das recentes reformas em suas leis processuais, não há mudanças significativas, sofrendo forte influência do princípio dispositivo,

¹³ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 102.

¹⁴ Ibidem, p. 102.

¹⁵ BEDAQUE, op. Cit., p. 81.

¹⁶ LOPES, op. Cit., p. 107.

sem o correspondente abrandamento conferido pela moderna processualística civil. Assim, a iniciativa probatória do juiz será excepcional.

Nessa toada, Maria Elizabeth de Castro Lopes¹⁷ nos traz que:

Como se vê, a lei espanhola mantém como regra geral, o princípio dispositivo, não só quanto à iniciativa da ação, mas também quanto à produção de provas (principio de aportación de prueba). Isso não impede, porém, a atuação oficiosa do tribunal “cuando así lo establezca la ley”. Conclui-se, pois, que o princípio dispositivo vigora plenamente na Espanha, e a determinação de provas pelo juiz tem caráter de exceção.

Diante destas circunstâncias e após a demonstração de que a iniciativa oficial há muito tempo é discutida tanto no ordenamento jurídico interno quanto em outros países, passa-se à análise do tema frente ao sistema processual constitucional brasileiro.

Do exposto até aqui, é possível inferir que o juiz em tempos mais remotos estava impedido de adotar uma postura mais ativa na condução do processo, sendo resultado da dogmática então vigente.

A evolução do Estado conferiu aos integrantes da sociedade uma maior participação no processo democrático e o

fez de maneira a conferir e promover uma maior liberdade e igualdade.

Nesse contexto, para que a tutela jurisdicional seja efetiva, adequada, justa e àqueles que a buscam sejam socialmente pacificados, necessário se torna assegurar a igualdade substancial àqueles que sejam admitidos ao processo.

Portanto, a figura do juiz não deve ser vislumbrada como alguém despido de valores, anseios, desejos; ele também se encontra inserido no contexto social e, no exercício de sua função, deve perseguir a realização dos valores sociais e constitucionais para o alcance dos escopos do processo, ou seja, a realização da justiça.

Daí o ordenamento jurídico atual conferir ao juiz maior iniciativa na condução do processo, a fim de que por meio de seus poderes possa promover o equilíbrio entre as partes para alcançar o processo justo.

Para alcançar tal mister, um dos pontos cruciais e essenciais que envolve o tema está no estudo do princípio da igualdade.

Eis que a igualdade constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o artigo 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988:

¹⁷ LOPES, op. Cit., p. 106-107.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Por conseguinte, o artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988, enuncia a igualdade de todos perante a lei:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No entanto, a igualdade formal preconizada pelo legislador constituinte deve ser transformada em realidade e aí reside o desafio, promover a igualdade material.

Nesse sentido, Kildare Gonçalves Carvalho¹⁸ pondera que:

De fato, a igualdade formal, entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida, tão enfatizada nas chamadas democracias populares, e que, nas Constituições democráticas liberais, vem traduzida em normas de caráter

programático, como é o caso da Constituição brasileira.

Desta maneira, para tornar o magistrado o guardião dos valores sociais, é necessário ampliar sua atuação no processo, a fim de que ao chegar ao provimento final tenha sido observada a igualdade real de condições e oportunidades entre as partes.

Assim, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁹

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Enfim, a iniciativa oficial na condução e instrução do processo constitui importante elemento da igualdade material.

Por outro lado, há os que sustentam que essa postura produz o inconveniente de afetar a imparcialidade do juiz, ou ainda sua liberdade, ou que essa postura mais ativa do juiz poderia sugerir sua atuação em favor de uma das partes em detrimento da outra, comprometendo o equilíbrio e a igualdade de condições e oportunidades a ser deferido às partes.

¹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 731.

¹⁹ CINTRA, op. Cit., 53.

No entanto, tais argumentos contrários a iniciativa oficial são facilmente opostos pela proposta da moderna doutrina processual, já que a concessão de poderes ao juiz tem como objetivo alcançar os escopos do processo efetivo e justo e desmitificar a autoridade do magistrado como mero reproduzidor mecânico do direito.

Logo, o juiz preocupado em proferir uma sentença justa, deve interferir na condução do processo e correspondente instrução probatória, a fim de manter a igualdade entre as partes, sem que isso comprometa sua imparcialidade já que não estará se envolvendo com o objeto da causa e nem mesmo favorecendo uma das partes, mas apurando os fatos para alcançar a realidade em que os mesmos ocorreram.

O juiz que determina a realização de uma prova para melhor esclarecer os fatos e formar sua convicção evita, o “*non liquet*”, poderá proferir uma decisão com segurança. Ademais, ao determinar a realização de tal prova não o estará fazendo em benefício de uma das partes, já que não tem condições de prever o seu resultado, por isso não é correto afirmar que o juiz se torna parcial por tal motivo, nesta circunstância estará apenas buscando a verdade, a fim de formar o seu convencimento judicial.

Nesse sentido, salienta Luiz Guilherme Marinoni²⁰:

Do mesmo modo, o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte.

Em contrapartida, o magistrado que constata a hipossuficiência de uma das partes, para, por exemplo, produzir uma prova que possa interferir no resultado do processo e se omite deixando de promover o equilíbrio entre as partes do processo, também age de modo a comprometer a sua imparcialidade, uma vez que atuará em favor da parte que possui maiores condições. É comum que aquele que possui recursos financeiros e técnicos à sua disposição vença as demandas, pois possui meios para produzir e administrar com destreza as provas no curso do processo.

Assim, salienta José Roberto dos Santos Bedaque²¹ que:

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

²¹ BEDAQUE, op. Cit., p. 114.

objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga.

Portanto, o juiz ao interferir na instrução probatória almeja apenas proferir um provimento final com justiça, garantindo o efetivo e adequado acesso à justiça; isso em nada compromete sua imparcialidade, já que tudo será submetido ao contraditório das partes e devidamente motivado.

Assim, tudo quanto o juiz determinou no curso do processo em relação à instrução probatória deve ser devidamente motivado - nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal - e, após, submetido ao contraditório das partes, com o fito de legitimar os poderes do juiz e proteger as partes contra as arbitrariedades.

O juiz, engajado com sua atividade jurisdicional, prima pela aplicação dos princípios constitucionais ao processo e às partes concede a igualdade de condições necessárias para alcançar a pacificação social.

Com razão, afirma José Roberto dos Santos Bedaque²²:

A participação do juiz na produção da prova, ao contrário do que se costuma afirmar, contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre

as partes do processo. Desde que se preserve o contraditório efetivo e equilibrado, nenhum risco apresenta, para a imparcialidade do julgador, essa participação mais ativa.

Dáí resulta que não há comprometimento dos princípios constitucionais da imparcialidade e da igualdade, em face da ampliação dos poderes do juiz, para conduzir e instruir o processo.

É de se notar que a atual sistemática processual exige do juiz uma postura ativa, na qual este juiz participe do processo, não apenas aplicando a letra fria da lei ao caso concreto, mas zelando para que os fatos sejam apurados e a realidade em que se deram sejam descobertas. Ademais, tal postura promove a igualdade de condições entre as partes, já que aquele que não possui recursos não se tornará refém de sua hipossuficiência econômico-financeira e/ou técnica; tudo isso contribuirá para que o correto direito material seja aplicado com justiça, tornando o processo um instrumento efetivo na busca da realização do acesso à justiça.

Importante lembrar que essa atuação mais ativa do juiz não suprime e nem mesmo prejudica a atuação das partes, apenas estabelece o diálogo e o equilíbrio entre o juiz e as partes, buscando

²² Ibidem, p. 153.

esclarecer melhor os fatos para alcançar o provimento mais justo.

Desta maneira, o juiz, ao assumir o exercício de sua atividade, compromete-se em tornar real o interesse público de justiça, pois ao prestar a tutela jurisdicional, deve engajar-se, a fim de realizar os valores perseguidos pela sociedade.

O juiz também faz parte da sociedade e dela deve participar para conhecer a sua realidade e, no exercício de sua jurisdição, não deve apartar-se desses valores, mas concretizá-los, tendo em vista que esses são os anseios da sociedade, que do juiz esperam decisões justas.

Portanto, aos artigos 125 e seguintes do Código de Processo Civil e, em especial, o artigo 130 do mesmo diploma e demais dispositivos processuais que conferem uma atuação mais elástica ao julgador, deve ser conferida uma interpretação de acordo com a proposta da moderna ciência processual, ou seja, o juiz ao exercer seus poderes deve orientar-se pelos princípios constitucionais e processuais e utilizar amplamente esses poderes, a fim de alcançar os escopos do processo.

Assim, para conferir instrumentalidade e efetividade ao processo não basta o legislador ampliar os

poderes do julgador, é preciso antes de tudo dar maiores e melhores condições aos julgadores, incrementar, ampliar e tornar reais as técnicas, a fim de fazer atuar eficazmente esses poderes.

Por fim, tornar real o acesso à justiça, a efetividade do processo, a solução adequada e justa para os conflitos de interesses envolve uma postura mais ativa do julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lançadas algumas considerações sobre a iniciativa oficial na condução e instrução do processo frente ao direito processual constitucional é possível extrair algumas conclusões.

A moderna ciência processual surge para questionar os paradigmas anteriores e apontar os novos posicionamentos a serem adotados, tudo para abrandar os rigores e os excessos do passado, tornando a efetividade processual a tônica do processo.

A evolução do ordenamento jurídico passou a reclamar uma maior participação social, o que culminou na exigência de um julgador mais ativo na condução e instrução do processo, ou seja, o julgador deve estar atento as ocorrências surgidas no curso do processo e realizar as

interferências pertinentes em busca do processo justo.

No entanto, não basta um julgador ativo é preciso antes de tudo um recurso humano revestido de valores sociais, morais e éticos. Este julgador, para participar do processo, deve estar devidamente inserido na realidade social daqueles que o buscam como a última instância para a solução adequada do conflito social.

Em se tratando de processo como um instrumento de realização da justiça e pacificação social para que o seu intento seja alcançado, caberá àquele que o conduz primar pela observância dos princípios constitucionais processuais, sob pena de deixar de garantir o devido processo constitucional e negar o acesso à justiça às partes.

Portanto, ao julgador mais ativo caberá promover o diálogo e a cooperação entre as partes do processo, a fim de que o equilíbrio seja alcançado e a igualdade substancial observada, para alcançar a adequada solução dos conflitos.

Em contrapartida, muitos esforços deverão ser realizados para que o acesso à justiça e os princípios constitucionais processuais se tornem uma realidade, pois de nada adianta legislar criando novos mecanismos processuais que privilegiem

as técnicas e enalteçam os princípios orientadores do sistema, sem os correspondentes recursos para sua implantação.

Assim, aos julgadores não basta ser conferidos ou ampliados os seus poderes, é preciso antes de tudo dotá-los de meios materiais capazes de fazer com que seus poderes possam ser realizados no plano material, a fim de reduzir as desigualdades e garantir o acesso à justiça amplo e irrestrito a todos aqueles que necessitem do Poder Judiciário, para solucionar os seus conflitos.

Eis que conceder ou ampliar maior iniciativa oficial são medidas hábeis e necessárias aos escopos do processo e da justiça.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 35, 1984.

_____. **O problema da “Divisão do Trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 41, 1986.

BAUR, Fritz. **O papel ativo do juiz.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 27, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2006.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2006. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.** 2. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. v. 2.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 3. ed. Revista e atualizada. Curitiba: Positivo, 2004.

LOPES, João Batista. **Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação**

jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 35, 1984.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo.** 9. ed. Revista, ampliada e atualizada com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.** 9. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova Judiciária no Cível e Comercial.** 3. ed. Correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad.

SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de armas.** Disponível em: <
http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf > Acesso em: 25 ago. 2010.

SILVA, Nelson Finotti. **Um juiz mais ativo no Processo Civil.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 83, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>>. Acesso em: 25 ago. 2010.