

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEA – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FERNANDO GOULART CARDOSO

O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

São Paulo
2015

FERNANDO GOULART CARDOSO

O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

Monografia do Curso de
Especialização em Direito
Processual Civil da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo – COGEA, sob a
orientação do Prof. Ms. Luciano
Tadeu Telles

São Paulo
2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I – INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO	6
1.1 Jurisdição	7
1.2 Ação	9
1.3 Processo	10
CAPÍTULO II – DOS SISTEMAS PROCESSUAIS	14
2.1 – O sistema acusatório.....	15
2.2 – O sistema inquisitório	18
2.3 – Sistema misto.....	19
CAPÍTULO III – DA PROVA	22
3.1 Natureza constitucional da prova	25
3.2 Ônus da prova.....	26
3.3 Inversão do ônus da prova	30
3.4 Teoria da carga dinâmica da prova	33
CAPÍTULO IV – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	36
4.1 – A iniciativa instrutória do juiz	37
4.2 – A busca da verdade e o princípio da imparcialidade	41
4.3 – Limites do poder instrutório	44
CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	50

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende-se uma análise crítica em face da iniciativa instrutória do juiz no processo civil, no qual se discutirá as vantagens de um sistema que permita o juiz a liberdade na condução do processo, e em contrapartida será analisada a corrente que alega que tal possibilidade violaria o sistema adotado no Brasil – acusatório - bem como acarretaria uma parcialidade do magistrado em face dessa liberdade.

Alegam os defensores da iniciativa instrutória do juiz no processo civil, que há a necessidade de um melhor acerto fático dos casos que estarão sendo analisados, ou seja, aproximá-los da verdade.

Podemos antecipar que é essa a nossa opção, uma vez que a busca oficiosa de provas não prejudicaria a imparcialidade do juiz, eis que a prova que por ele será produzida é neutra, já que não é possível antever os resultados que serão produzidos por ela, ou seja, se beneficiará o demandante ou demandado.

Importante dizer ainda, que não deve o juiz se preocupar se a prova irá favorecer o demandante ou à defesa.

No plano processual, os juízes por serem agentes responsáveis pela distribuição da justiça por intermédio da sentença, devem se atentar ao desenvolvimento do processo, devendo ser desenvolvido todos os esforços para alcançar a função social da jurisdição.

De efeito, outra parcela da doutrina, entende que a iniciativa instrutória do juiz no processo civil é incompatível com o sistema processual acusatório, haja vista que tal investigação por parte do juiz seria revestida de um caráter inquisitorial, o que torna o acusado um simples objeto no processo, diminuindo a condição de sujeito processual.

Aduz também essa parte da doutrina, que tal iniciativa – a instrutória – geraria a perda da imparcialidade do juiz, fazendo com que o equilíbrio do processo seja perdido.

Assim, indetificada a controvérsia, o momento atual é inspirador para o estudo sobre o tema, tão debatido e questionado. Afinal, o poder instrutório do juiz, principalmente em relação à iniciativa probatória tem grande importância e tende a ser cada vez mais ser discutido.

Deste modo, procurou-se nesse estudo, analisar as fundamentações expostas por cada corrente, visando especificamente à compatibilidade ou não dos poderes instrutórios do juiz no sistema processual civil brasileiro, fazendo ainda anotações referentes ao Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de março de 2015.

Assim, buscou o presente estudo, tentar afastar as críticas feitas por parte da doutrina sobre o poder instrutório do juiz, discorrendo sobre: o próprio poder instrutório e iniciativa das partes, o ônus probatório, os sistemas processuais e por fim a busca da verdade e seus limites.

CAPÍTULO I – INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Antigamente, a resolução de conflitos era buscada por meio da justiça pelas próprias mãos, de modo a prevalecer a vitória do mais forte sobre o mais fraco – autotutela – a qual era caracterizada pela ausência de um juiz distante das partes.

Nessa fase precedente à jurisdição, houve três etapas distintas, quais sejam: a autotutela e a autocomposição, a arbitragem facultativa e a arbitragem obrigatória.

Com o passar do tempo, surgiu à necessidade de o Estado impor-se sobre os particulares, substituindo-os em suas vontades, para o fim de apresentar a solução imparcial do conflito mediante o devido processo legal, iniciando-se no século III d.C. uma nova fase, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*.

“Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada ‘justiça privada’ para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de ‘jurisdição’” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p 29)

A partir de então, houve a construção da ciência processual sobre quatro alicerces: jurisdição, ação, defesa e processo.

Assim, passamos a estudar um pouco esses pilares da ciência processual.

1.1. Jurisdição

Muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição ao longo dos anos, travando inúmeros debates, iniciando na doutrina italiana com Giuseppe Chiovenda, Ugo Rocco e Carnelutti, passando à Enrico Tullio Liebman.

“Muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira delas define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pelos órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chioven-da). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a ideia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é cha-

mado a manifestar-se quando houver faltado da parte a observância do que a lei dispõe. Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicável e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz” (LIEBMAN. Tradução e notas de DINAMARCO, 2005. p. 22-23).

No Brasil, não há uniformidade de opinião entre os doutrinadores sobre os conceitos de jurisdição, contudo verifica-se uma forte influência de Chiovenda¹, que definia jurisdição como “(...) 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, efetiva”

Entre os doutrinadores brasileiros, define Humberto Theodoro Junior² jurisdição “é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida.”

Já Elpídio Donizetti, define jurisdição como:

É o poder, a função e a atividade exercidos e desenvolvidos, respectivamente, por órgãos estatais previstos em lei, com finalidade de tutelar direitos individuais ou coletivos. (DONIZETTI, 2012, pg. 4)

As características da jurisdição são: substitutividade, a exclusividade, a imparcialidade, o monopólio do Estado, a inércia e a unidade.

Assim, podemos dizer que o juiz, terceiro estranho a lide, ao decidir, substitui a vontade dos conflitantes, tornando indiscutível o conflito (coisa julgada material), por meio de uma atividade que será feita pelo Estado competente, através de uma provocação, sem a qual não ocorre o seu exercício.

Verifica-se que a jurisdição tem como importante característica a inércia, devendo, portanto, ser provocada para que possa atuar.

Isso está devidamente expresso nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil:

1 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: BrookSller, 2000, p. 8, Vol. II

2 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 42

Art. 2º 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.

O Novo Código de Processo Civil mantém o princípio da “inércia jurisdicional” como base ao direito processual civil, como pode ser observado no artigo 2º.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

No tocante ao escopo da jurisdição, afirmam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel que:

a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 150)

José Roberto dos Santos Bedaque³ aponta três correntes relativas ao escopo da jurisdição: a primeira entende que a jurisdição visa à tutela de direitos subjetivos; a segunda afirma que a jurisdição possui dois escopos, sendo o imediato que consiste na realização de interesses individuais ou coletivos, e o mediato que concerne à atuação da vontade da lei; e, por fim, a que predomina, a chamada de corrente objetiva apregoa que o escopo da atividade jurisdicional é a atuação da vontade da lei, seja para afirmá-la, seja para torná-la efetiva.

Portanto, o escopo jurídico da jurisdição consiste em assegurar que as normas do direito, contidas no ordenamento jurídico, sejam efetivamente cumpridas no caso concreto.

1.2. Ação

3 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 101

Cabe ao titular da pretensão resistida provocar a atuação da jurisdição para atuação no caso concreto, vez que, como já visto em tópico anterior, a jurisdição é inerte. Esta provocação do titular da pretensão resistida é denominada ação.

Segundo José Manoel de Arruda Alvim Netto:

É o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material). Esta conceituação compreende tanto os casos referentes a direitos subjetivos, quanto, também as hipóteses de cogitação mais recente, referentes a interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O texto que se segue, no entanto, circunscreve-se a considerar o direito de ação principalmente tendo em vista a figura do direito subjetivo. (ARRUDA ALVIM, 2007, p. 415)

Ao apresentar as principais acepções sobre o que seja “ação”, Fredie Didier Jr.⁴, afirma que este foi o principal tema objeto de pesquisa dos processualistas na fase de afirmação do processo civil como ramo autônomo do direito, resumindo-se em três: “Ação” como direito material em movimento/exercício, ou seja, era o próprio direito material violado; “Ação” como direito autônomo em relação ao direito material, ou seja, seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual⁵, e “Ação” como exercício daquele direito abstrato de agir, ou seja “Ação exercida”, “Ação processual”.

Pondera Bedaque⁶ que a ação sempre foi analisada sob o ângulo do sujeito que provoca a atividade jurisdicional, o que acarretou uma visão exageradamente privatista do direito processual, deixando de lado o aspecto público que envolve tal instituto.

No mesmo sentido, afirma Arruda Alvim⁷:

4 DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2006, pg. 165-166

5 Ao comentar sobre os autonomistas, Fredie Didier Jr., destaca que se dividiam entre dois grupos, quais sejam os “abstrativistas” e os “concretistas”. O primeiro considerava que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado, já o segundo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2006, pg. 165.

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 101

7 ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 14 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.pg. 403.

O que interessa primordialmente é estudar a ação e construir sua teoria tendo em vista sua finalidade, sempre em função do interesse público, e não focá – la unilateralmente, só da perspectiva do autor. Esta finalidade é o acionar da jurisdição, para a aplicação da lei. Esta aplicação da lei, obviamente, mesmo no caso do efetivo exercício de ação improcedente, terá sido feita, pois se terá dado razão ao réu, e não ao autor.

(...) lembremos que a ação está situada no campo do direito público e não no direito privado, como normalmente ocorre com o direito material (Direito Civil ou Comercial), e também que é por meio dela que se fazem valer normas de direito material público. A ação está sempre e necessariamente, por definição, na órbita do direito público, dado que é ao Estado que cabe – e em regra, só a ele – a distribuição da Justiça, por meio da prestação jurisdicional.

Portanto, a ação passou a ser estudada não só sob a perspectiva daquele que provoca a atividade jurisdicional, mas também quanto à sua finalidade. Desta forma, essa relevância dado ao estudo da ação foi o fator primordial para o reconhecimento da função pública exercida por tal instituto, cujo escopo maior é a pacificação social que decorre da esmerada aplicação da lei.

1.3. Processo

Processo nada mais é que um complexo de atos coordenados, tendentes a uma prestação jurisdicional, ou seja, mediante o processo é que se dará a prestação jurisdicional para os conflitantes.

Na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco⁸, o processo pode ser encarado pelo aspecto de atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre sujeitos.

Na lição de Bedaque⁹, é “o método adotado pelo Estado, para formular e atuar a norma jurídica, nos casos em que o destinatários desta não possam ou não queiram fazê-lo”.

Nessa linha de raciocínio aponta ainda o autor:

8 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24 ed. São Paulo : Mlaheiros, 2008 .pg. 297.

9 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 72

“(...) a relação processual tem seu próprio objeto, que jamais é o mesmo da relação de direito material. Pode esta pertencer ao direito público ou privado, não importa. O processo, entendido como relação processual mais procedimento, ou como procedimento realizado em contraditório, tem sempre a mesma finalidade a ser atingida: a manutenção do ordenamento jurídico, do que advém a afirmação da autoridade do Estado e a paz social. A relação processual é, portanto, completamente independente da de direito material. O que existe é uma relação de instrumentalidade entre o processo e o direito objetivo material, pois aquele visa à atuação deste. E essa finalidade satisfaz não apenas o interesse das partes cujas relações são reguladas pelas normas de direito material, mas, principalmente, o interesse público na obediência à ordem jurídica estabelecida. Aliás, este último se sobrepõe ao primeiro. Conclui-se, portanto, que o processo jurisdicional é instrumento de uma função do Estado que, para manter a paz e a harmonia social, tem a atribuição específica de promover a atuação do ordenamento jurídico”.

Nos dizeres de Elpídio Donizetti:

Terceiro dos institutos fundamentais do Direito Processual, ou da chamada trilogia estrutural do processo (ao lado da Jurisdição e da Ação), o processo pode ser conceituado sob dois enfoques: do ponto de vista intrínseco, é a relação jurídica que se estabelece entre autor, juízo e réu (afora eventuais terceiros, como o assistente e o denunciado à lide), com vistas ao acertamento, certificação, realização ou acautelamento do direito substancial subjacente; sob a perspectiva extrínseca, é o meio, o método, ou o instrumento para a definição, realização ou acautelamento de direitos materiais. (DONIZETTI, 2012, p. 72)

Importante destacar que não se pode confundir processo com procedimento, já que este representa o mero aspecto formal daquele. O processo se caracteriza, essencialmente, por sua finalidade de exercício do poder; já o procedimento, é a exteriorização de atos que se sucedem.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

o processo, outrossim, não se submete à única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor, e da defesa do réu. Uma ação de cobrança não se desenvolve, obviamente, como uma de usucapião e em muito menos como uma possessória. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o procedimento do feito, isto é, o seu rito”. (THEODORO JÚNIOR, 1996, p 42)

Dentre as várias teorias que surgiram a respeito da natureza jurídica do processo, as principais são: a) contrato; b) quase-contrato; c) relação jurídica processual; d) situação jurídica; e) procedimento informado pelo contraditório.¹⁰

Afirma Bedaque¹¹, que, a despeito das críticas de Goldschmidt, a maioria dos processualistas modernos aderiu à teoria da relação jurídica processual, a qual se baseia na ideia de que:

(...)é inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo – lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus.¹²

O reconhecimento do Estado como um dos sujeito da relação processual, responsável pelo exercício da jurisdição a quem as partes se subordinam, evidencia o caráter público do processo.

Segundo Bedaque¹³ que foi superada a visão privatista de que o processo tem por fim a tutela dos direitos subjetivos, tendo em vista que, conforme apregoa a moderna ciência processual, o interesse público na correta atuação da lei deve prevalecer sobre o interesse particular.

Não só as partes têm interesse no resultado do processo, mas também o Estado, vez que cabe a este assegurar a correta aplicação da lei no caso concreto para a justa solução do litígio.

O interesse do Estado no resultado do processo justifica a iniciativa probatória do magistrado em busca do esclarecimento dos fatos, posto que, ao contrário das partes, que agem segundo seus próprios interesses, o Estado age em defesa do interesse público que há em qualquer processo.

10 DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pg. 72

11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 70

12 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24 ed. São Paulo : Mlaheiros, 2008 .pg. 302.

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 72-73

Portanto, podemos concluir que o processo é a relação jurídica que serve como instrumento para um provimento jurisdicional, visando o benefício geral, em especial dos litigantes que deram início a respectiva relação.

CAPÍTULO II – DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

É confusa ainda na doutrina e jurisprudência brasileira a utilização do termo sistema, eis que parte-se diretamente ao estudo, sem, contudo, antes entender o que se pretende dizer por sistema.

Modernamente, uma das obras mais importantes a tratar do sistema e de seu conceito é a de Claus Wilhelme Canaris (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito). Após analisar o conceito de sistema em vários autores, iniciando por Kant, afirma Canaris que: “Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas não, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca a unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já na ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”. (GOMES, 2008, p. 18)

Assim, percebe-se a real importância do conceito de sistema para a ciência do direito, uma vez que sem ele, há apenas um aglomerado de leis sem qualquer relação entre si, o que totalmente descabido.

A ciência processual se apresentou no decorrer da história sob três formas distintas de sistemas, conhecidas como: o acusatório, o inquisitório e misto, visando à busca da verdade real, e também a aplicação da norma visando o conflito de interesses.

O sistema acusatório apresenta sob o ângulo histórico os seguintes características: a separação entre a acusação, defesa e julgamento, eis que as funções são exercidas por pessoas e órgãos distintos; a liberdade de defesa e igualdade de posição entre a acusação e réu; procedimento público e dominado pela oralidade; julgamento popular, ou por órgãos judiciais imparciais; livre apresentação de provas pelas partes e contraditório.

Por sua vez no sistema inquisitivo, há concentração das funções processuais, qual seja de acusar, defender e julgar no órgão judiciário; não é observado a ampla

defesa, tão pouco o contraditório, imperando o segredo e o procedimento escrito, conferindo amplos poderes de investigação ao órgão julgante.

Já no sistema misto, dividiu o processo em duas fases: de instrução preparatória e de julgamento, predominando nesta, os princípios e regras do sistema inquisitivo e na segunda fase, um procedimento com características do sistema acusatório.

Em termos gerais, o que distingue o sistema acusatório do sistema inquisitivo, é que as funções processuais de demandar, defender e julgar são deferidas a diferentes atores, quais sejam o demandante, o demandado e o juiz. Cabe dizer, que no sistema inquisitivo, as funções estão acumuladas, sendo que dependendo da necessidade, o inquisitor, deve suprir de maneira espontânea as necessidades da defesa, sendo o acusado tratado como objeto do processo, e não como sujeito, não podendo este exigir nada. No sistema misto há uma combinação dos dois sistemas, dividindo a fase instrutória e de julgamento.

Para compreensão dos sistemas processuais mencionados, em seguida será estudado cada um, observando as principais características, bem como as vantagens e desvantagens que cada sistema trás consigo.

2.1. O sistema acusatório

O sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado a princípio com base na acusação privada, havendo conseqüente evolução para a acusação oficial, admitindo-se em certos casos a iniciativa privada ou por qualquer do povo, instalando-se um verdadeiro processo de partes. Porém, sempre mantendo o julgador posição passiva, imparcial, assegurando-se a igualdade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.

Como já dito oportunamente, a característica mais marcante para a configuração do sistema acusatório é a necessidade de separação das funções processuais, atribuindo a cada parte processual, somente uma das funções do processo, deste modo, ao acusador tem a função de acusar, o defensor tem a missão de defender o acusado e ao juiz haverá a competência somente de julgar,

visando preservar a imparcialidade do órgão julgador, possibilitando um julgamento mais justo.

Diante disso, tendo em vista a característica acima, não há possibilidade do juiz, a iniciativa da ação, tão pouco a pratica *ex officio* dos atos de investigação ou de produção de provas, devendo este, permanecer inerte, passivo, uma vez que o sistema acusatório visa um processo de partes, cabendo somente a elas, perseguirem os meios probatórios que se achem necessários para demonstrar a procedência de suas alegações.

Importante dizer, que caso seja permitido à oficialidade do exercício da ação, acarretará a descaracterização do sistema acusatório, tendo em vista que a não admissibilidade do exercício *ex officio*, constitui elemento substancial do sistema, que visou com tal fundamento de existência, evitar a impunidade, garantindo ao indivíduo um devido processo legal.

No sistema acusatório, o juiz deve necessariamente ser imparcial, o que não lhe tira o poder de determinar a realização de prova para a formação do seu convencimento.

Todavia, conforme já mencionado, a intervenção judicial, principalmente na atividade probatória a favor do demandado há de ser moderada, sendo apenas exercida em caráter de complementação, ou seja, supletivo, ocasionadas por determinadas situações de dúvidas em que se autorize efetivamente o acréscimo na realidade probatória capaz de ensejar a inocência do acusado. No mais, deve ser preservado ao máximo a característica da inércia do juiz, diante do contraditório entre as partes, mantendo assim a absoluta imparcialidade.

Ressalta-se ainda, que para configuração efetiva do sistema acusatório, não basta à presença das características mencionadas, sendo necessário que, para a formação de um instrumento legítimo de solução de conflitos de interesses, esteja o ordenamento jurídico em conformidade com os princípios democráticos que servem a demarcar o modelo acusatório, tais como os princípios da oralidade, da publicidade e do contraditório.

O princípio da oralidade consiste o modo ou a linguagem do procedimento, que por sua vez pode ser escrito ou oral, e ainda, misto. Em razão disso, a oralidade

apresenta algumas características tais como: a predominância da palavra falada e a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova.

Apesar do processo brasileiro predominar o sistema oral, em verdade existe um sistema misto, isto porque é fácil verificar tanto a possibilidade escrita como a oral, por exemplo, os depoimentos que são feitos oralmente, porém são reduzidos a termo escrito.

Assim, tendo em vista que o processo acusatório visa à formação da livre convicção do juiz, para proporcionar um julgamento imparcial e adequado, de forma mais aproximada da verdade real, podemos dizer que é necessária a oralidade.

Como já dito, a publicidade também se coloca como característica do sistema acusatório. Compreende-se por publicidade, a realização pública de todos os atos processuais, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredo e sem sigilo. Tal princípio encontra-se previsto no artigo 5º, incisos LX, XXXIII e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Porém, importante mencionar, que há situações excepcionais, que a própria constituição ressalva a publicidade, por exemplo, quando houver interesse social ou a intimidade o exigir, podendo o juiz limitar o acesso à prática dos atos processuais.

Por fim, de inegável importância no processo acusatório é o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, não raro sendo definida como a ciência que se dá ao acusado da imputação com o conseqüente chamamento a juízo para que se defenda, ou seja é a possibilidade reação à informação que lhe foi dada em momento oportuno. Na conhecida definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 80), “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contraditá-los”.

São exemplos de características do princípio do contraditório: a ciência que cada litigante deve ter dos atos praticados pela parte contrária, bem como o direito de ambas as partes produzirem em igualdade de condições, as provas relativas as suas pretensões. Diante desta última característica decorre a igualdade e a liberdade processual, ou seja, a igualdade de direito entre as partes e a liberdade de nomear o defensor que bem entender e de produzir as provas que melhor lhes convier.

Deste modo, verifica-se que para a configuração real do sistema acusatório, necessário os princípios mencionados - oralidade, publicidade e contraditório – pois só assim, será um sistema legítimo para a solução de conflitos de interesses.

Conclui-se, deste modo, através da análise feita, que o sistema acusatório dentre os sistemas processuais conhecidos é o que assegura melhor os interesses do demandado, com um maior respeito aos direitos e garantias individuais, já que preserva ao máximo a característica de separação de funções, bem como a inércia do juiz diante do contraditório feito entre as partes, mantendo assim, a absoluta imparcialidade no processo.

2.2. O sistema inquisitório

No sistema inquisitivo, constitui o outro lado da moeda do sistema que analisamos anteriormente. O sistema inquisitório há a concentração de todas as funções processuais - demandar, defender e julgar - em apenas um órgão, não se exigindo a observação e atendimento ao contraditório, à ampla defesa, imperando sempre o segredo e o procedimento escrito como formas de apuração dos fatos, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos incumbidos da função jurisdicional.

Tal sistema teve seu auge no processo canônico – apesar de seu surgimento ter ocorrido no direito penal romano - a partir da primeira metade do século XIII, com os Tribunais de Inquisição, que foram criados como resposta às doutrinas tidas como heréticas. Como assevera José Reinaldo de Lima Lopes: “A inquisição medieval nasceu num contexto de revoltas: muitas heresias cresceram no meio da crise do clero e dos pobres dos séculos XII e XIII. Desta fraqueza, impôs-se o poder central do papado” (LOPES, 2008, p 92).

Conforme já dito anteriormente, são características marcantes deste sistema: a concentração das funções, acusadora, defensora e julgadora, em um só indivíduo; o sigilo; ausência de contraditório e procedimento escrito.

Por suas características, não é difícil inferir que o demandado é na verdade, objeto do processo e não sujeito de direitos, pois, mesmo o sistema inquisitório

sendo integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, nele é oferecida poucas garantias de imparcialidade e objetividade, haja vista que existe tão somente um exame de presunção do juiz.

Não obstante, é fácil enxergar as críticas que são feitas ao sistema inquisitório, principalmente se realizada uma análise de sua evolução através da história, onde revela as maiores barbaridades que foram cometidas contra a humanidade através do então idealizado procedimento inquisitório.

Como adverte Zaffaroni, em uma análise crítica a sistema inquisitório,

Neste esquema, o seqüestro de Deus garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois, como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo poder que se exerce na procura desse saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o mau significa, justamente, obstaculizar o bom. Deste modo o uso da violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo (*objectus*) que se lhe oponha. Embora não pareça razoável comparar um inquisitor a um investigador científico, o certo é que tanto a tortura quanto a viviseção são consideradas como um bem na *inquisitio*, porque o *dominus* garante, com isso, que a humanidade seja salva diante das emergências (Satã, enfermidade, degeneração etc). Todo obstáculo ao saber inquisitorial do dominus é inimigo do bem e aliado do mal” (ZAFFARONI, 2007, p. 41)

Nos tempos atuais, após adequação por muitos países de um sistema misto, idealizado a partir da junção dos sistemas inquisitório e acusatório, poucas são os Estados civilizados que adotam o sistema processual inquisitivo.

No direito processual brasileiro, tendo em vista que estão garantidos constitucionalmente os princípios do contraditório, da ampla defesa, publicidade e oralidade, difícil falar em adoção do sistema inquisitório, claramente afastado, uma vez que há predominância das regras pertinentes do sistema acusatório.

2.3. Sistema Misto

O sistema misto, também conhecido como sistema inquisitório reformado ou sistema napoleônico, surgiu após a Revolução Francesa, em 1808, decorrente da necessidade então reclamada de se extinguir do ordenamento jurídico a inquisição.

Como o próprio nome diz, constitui-se o sistema misto, uma junção entre as regras admissíveis do sistema inquisitório e os princípios atinentes ao processo acusatório.

Resume Luigi Ferrajoli:

Assim, aconteceu, na história das instituições judiciárias, que os dois modelos de juiz – não diversamente, de resto, dos dois modelos de acusação, popular e burocrática – são reproduzidos mais ou menos paralelamente, alterando-se entre método acusatório e método inquisitório. Popular em Atenas e na Roma republicana, quando o processo era estruturado de forma acusatória, o juiz se tornou um funcionário da Roma imperial, simultaneamente ao consolidar-se do método inquisitório. Tornou-se depois a ser popular, na experiência acusatória alemã e, sobretudo, na inglesa da Alta Idade Média, dos juízes “pares” ou “jurados”, configurados de início como os “homens probos do bairro” chamados a realizar o *verdictum* ou testemunho “jurado” da acusação, e transformados desde a época da Magna Charta no hordierno júri. Voltou a ser magistrado, até os primórdios da Idade Moderna, quando a *iuriscitio* foi compreendida como manifestação da função soberana e por isso exercitada pelo imperador ou pelo papa, ou ainda por seus delegados, comissários ou oficiais. Foi novamente cidadão na mais breve experiência acusatória introduzida com a Revolução Francesa, que, em coerência com a descoberta iluminista da tradição romana clássica e anglo-saxã, introduziu o júri juntamente ao sistema acusatório. E retornou finalmente a ser magistrado com restauração, nos códigos napoleônicos e depois no processo misto de tipo continental de formas inquisitórias e burocráticas de jurisdição” (FERRAJOLI, 2006, p. 530).

A principal característica é a divisão do processo em duas grandes fases, quais sejam: a instrução preliminar, que traz os elementos inquisitivos, e a fase de julgamento, que há predominância do sistema acusatório; ou seja, no primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório; enquanto no segundo, é nítida a presença dos princípios da oralidade, publicidade, o contraditório e a livre apreciação das provas.

O sistema misto, atualmente é adotado por alguns países da Europa, porém, continua com a característica de combinar elementos acusatórios e inquisitórios, sendo que a medida de proporção irá depender do ordenamento processual que é adotado em casa país.

Deste modo, expostas as fundamentações dos sistemas processuais, acredita-se que, mais importante que a tentativa de se enquadrar o sistema processual brasileiro em um modelo de sistema, seja, analisar o sentido e o alcance

dos próprios princípios constitucionais de um ou de outro, haja vista que não existem sistemas puros, sendo todos “mistos”; havendo desta maneira, apenas a prevalência de um ou de outro sistema em determinado ordenamento jurídico.

CAPÍTULO III – DA PROVA

O objetivo da ação no processo civil é a solução de um conflito de interesses, e para que isso aconteça, é necessário mostrar ao magistrado o fato que está sendo objeto de discussão. As provas terão a função de demonstrar a verdade dos fatos, levando a um raciocínio lógico até o juízo final.

Conforme assevera José Miguel Garcia Medida:

À realização de um direito liga-se a necessidade de que haja apuração de fatos. Se é certo que se deve assegurar, no plano do processo, a existência de mecanismos tendentes a realizar eficazmente os direitos subjetivos, não menos certo é dizer que devem existir, também, no processo, instrumentos que permitam atestar, com segurança, a existência de direitos, o que se dá não apenas com correta compreensão do sistema jurídico, mas também, com o entendimento preciso de como surgiu o direito da parte, no plano dos fatos. A apuração destes fatos se dá, no processo, através da prova (MEDIDA, 2014, v. 1, p.239)

Porém, há vários sentidos para a palavra prova, sendo que os próprios processualistas divergem sobre a definição do que venha ser a prova. Há autores que preferem interpretar a prova como os elementos que são produzidos pelas partes, porém outros entendem como um procedimento.

Para exemplificar, transcreve Carnelutti:

[...] provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação; quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado. Como os meios para a verificação são as razões, esta atividade se resume na contribuição de razões. Prova, como substantivo de provar é, pois, o procedimento dirigido para tal verificação. Mas as razões não podem estar no ar; com efeito, o raciocínio não atua a não ser partindo de um dado sensível, que constitui o fundamento da razão. Em linguagem figurada também estes fundamentos chamam-se provas; neste segundo significado, prova não é um procedimento, mas um quid sensível enquanto serve para fundamentar uma razão. (CARNELUTTI, 2009, v. 2, p.495)

Chiovenda, lê-se a seguinte definição:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Objeto da prova constituem os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar “*signe tergiversatione*” dispensam prova. Releva distinguir os motivos de prova, os meios de prova e os procedimentos probatórios. São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz (por exemplo: a afirmação de um fato influente na causa, oriunda de uma testemunha presencial; a observação de um dano pelo

próprio juiz, no lugar). Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova (assim, nos exemplos aduzidos, a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados). Consistem os procedimentos probatórios no conjunto das atividades necessárias a pôs o juiz em comunicação com os meios de prova ou a verificar a atendibilidade de uma prova. (CHIOVENDA, 1998, v.3, p 109)

Ainda sobre a definição, conceitua Arruda Alvim:

Examinando o que seriam (m) o (s) conceito (s) jurídico (s) de prova (rectius, “meio [s] de prova”), concluímos que consiste(m) naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366 do CPC) como idôneos a convencer (prova como “resultado”) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência da atividade, principalmente dos litigantes (prova como “atividade”) (ARRUDA ALVIM, 2012, p 941)

Na visão de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, o instituto prova pode ser compreendido da seguinte forma:

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É o instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais. Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional. (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 474-475)

Verifica-se que prova é o elemento construído apenas e tão somente diante de um contraditório de partes visando à influência do juiz, ou seja, é o meio pelo qual este irá averiguar a ocorrência dos fatos que estão sendo alegados e fundamentados.

Assevera Moacyr Amaral Santos (2004 p. 343) “a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide. Estes, portanto, constituem o seu objeto”.

Desta feita, a prova tem como objetivo verificar se os fatos afirmados são certos; assim, com base nessa proximidade, se faz a convicção, ou seja, a prova tem o condão de esclarecer as alegações controvertidas suscitadas pelas partes ou ainda aproximar da certeza quanto aos fatos relevantes para julgamento.

[...] A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos

controvertidos no processo. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p 373)

Dispõe o artigo 332 do Código de Processo Civil:

Art. 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.

No novo Código de Processo Civil dispõe o artigo 369¹⁴:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Importante dizer, que a prova judiciária não se destina apenas ao convencimento do juiz, quanto a verdade que está sendo discutida no processo, mas também, revela-se como instrumento na solução dos conflitos da sociedade.

Tendo em vista que a investigação judicial se dirige a fatos pretéritos, reconstituição somente poderá ser alcançada a partir de meios indiretos, que serão trazidos aos autos pelas partes litigantes, mas sempre respeitando os princípios do contraditório, ampla defesa, paridade de armas, etc., que estão presentes no Direito Processual Civil.

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. Os meios legais de prova são os previstos nos arts. 342 a 443; mas além deles, permite o Código outros não especificados, desde que “moralmente legítimos. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p 447)

Portanto, podemos concluir que as provas são elementos dirigidos ao juiz com a finalidade de esclarecerem determinados fatos; tendem à formação do convencimento do magistrado, sobre a veracidade ou não de determinado fato, e também um instrumento na solução dos conflitos de interesse.

14 “o art. 369 assegura, em harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, o “princípio da *atipicidade* da prova”, constante do art. 332 do CPC atual” (BUENO, 2015, p. 271)

3.1. Natureza constitucional da prova

O acesso efetivo a prova é um direito fundamental, que se compreende nas idéias de acesso a justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, como está descrito em nossa Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos XXXV, LIV, e LV.

Assegurar o direito de ação no plano constitucional, acarreta de maneira conseqüente, a garantia ao devido processo legal, de modo a proteger as partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz.

Contraditório efetivo e defesa ampla, compreendem o poder que é conferido à parte para se valer de todos os meios de prova existentes e adequados, para a possibilidade da reconstrução dos fatos que acontecerem em momento oportuno.

O processo para conseguir chegar ao seu verdadeiro fim - qual seja, o real acesso à ordem jurídica justa - necessário se faz, a garantia da produção de prova, como assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também, assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. (BEDAQUE, 2011, p. 27)

Como já dito anteriormente, o direito a prova assume particular importância no âmbito da garantia constitucional da ação e da defesa, eis que para atuação efetiva do direito de agir e de defender-se é fundamental que as partes possam valer-se das provas para demonstrarem fatos relevantes para a acusação, quanto para a defesa.

A garantia constitucional do direito a prova nasce de uma perspectiva garantista do Direito Constitucional brasileiro, que foi resultado, sobretudo, das experiências históricas de resistência do indivíduo em face das arbitrariedades que eram impostas pelo Estado.

Contudo, apesar de ser um garantia inerente ao devido processo constitucional, o direito a prova não pode ser considerado como valor absoluto, pois

as regras, bem como os princípios processuais são instrumentos, destinados por sua vez, a assegurar o funcionamento estatal na resolução dos conflitos, não sendo deste modo regras absolutas, que não podem ser objeto de discussão, como adverte Aury Lopes Jr:

(...) não pode (como fazem alguns) deslocar o objeto de adoração, sob pena de retorno ao positivismo, apenas com uma nova roupagem. Junto nasce uma nova crença: a que a Constituição é tábua de salvação para todos os males e, mais grave, de que a Constituição é “boa” (e quem os protege da bondade dos bons?). Não esqueçamos que a Constituição é extremamente penalizadora (basta atentar para a criação constitucional do crime hediondo, da impossibilidade de fiança para determinados crimes etc) e que projeto tem sido plenamente levado a cabo. (LOPES JR. 2007, p. 10)

O fato de alguns valores não serem considerados absolutos, não significa que estará sendo comprometido o cumprimento dos princípios que foram inseridos na Constituição, por isso, que algumas limitações - ainda que de caráter infraconstitucional - muitas vezes se justificam, é provável que por alguma razão importante, outro motivo também está protegido em sede constitucional.

Deste modo, para que seja efetivo o direito a prova que está devidamente previsto em nossa Constituição, necessário compreender que tal previsão não deve ser entendida apenas como poder de produção de prova, mas também, a segurança de que seja considerada e corretamente valorada.

3.2. Ônus da prova

A palavra ônus tem origem no latim (onus), significando fardo, carga, peso, imposição, etc. Isso explica porque, ônus da prova, sendo interpretado como a necessidade de provar, com o intuito de ver reconhecido a pretensão manifestada.

Segundo Arruda Alvim:

As regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes, do ponto de vista como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória (ARRUDA ALVIM, 2012, p 941)

O ônus da prova pode ser encarado sob dois aspectos, quais sejam: o aspecto subjetivo e o objetivo.

O subjetivo se refere à distribuição do ônus às partes, isso significa, que o ônus da prova somente interessa ao autor e ao réu, mas não ao juiz, desta forma, as partes litigantes, cientes do seu ônus, devem tomar medidas necessárias para cumpri-lo, sob pena de ter o pronunciamento desfavorável.

Já o aspecto objetivo, o ônus da prova interessa não às partes, mas ao juiz, que tem o dever de buscar a verdade dos fatos para formar sua convicção, independentemente da iniciativa das partes.

Contudo, importante esclarecer que se a parte deixar de produzir determinada prova cujo ônus lhe incumbia, isso não significa que ela suportará um julgamento desfavorável, já que caberá ao magistrado a luz do livre convencimento valorar a prova até que se chegue a elementos que fundamentem a decisão em favor de uma das partes.

Consoante leciona João Batista Lopes:

“(...) há dois aspectos do ônus da prova, bem claros e definidos: a) o ônus subjetivo (a quem incumbe provar); b) o ônus objetivo (encerrada a prova, irrelevante é indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará a causa levando em consideração todos os elementos constantes dos autos” (LOPES, 2007, p. 46)

Dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. 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.
 Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
 I - recair sobre direito indisponível da parte;
 II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Da simples leitura do respectivo artigo, podemos concluir que cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu, à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, refletindo segundo Elpídio Donizetti¹⁵, a

15 DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pg. 561

adoção do Código de Processo Civil, de uma “*concepção estática do ônus da prova*”, já que se distribui prévia e abstratamente o encargo probatório.

Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta que está prevista em lei. Extintivo porque faz cessar a vontade da pretensão da parte contrária. Impeditivo é a inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, ou seja, a ausência do fato constitutivo, por sua vez, os fatos modificativos são todos aqueles que dão um novo aspecto ao fato.

No Novo Código de Processo Civil, essa regra foi mantida, porém, traz algumas novidades, já que admitem expressamente os casos em que pode haver modificação das regras constantes nos incisos I e II do atual Código de Processo Civil.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de 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, caso em que 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.

De toda forma, cabe ressaltar, que a prova não constitui uma obrigação, mas sim, um encargo, um ônus que têm os litigantes de provar a verdade dos fatos para o juiz. As partes provam em benefício próprio, visando dar ao juiz uma convicção, ou seja, é uma alternativa que dispõe o autor ou o réu, eis que em decorrência de sua escolha, poderá ou não beneficiá-lo.

Tanto há disponibilidade do autor e réu, que agora ficou consignado no Novo Código de Processo Civil que poderá haver distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes - como pode ser observado no artigo supra mencionado.

Ou seja, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para

ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” - artigo 190 do Novo Código de Processo Civil.

O artigo 334 do Código Processo Civil apresenta as hipóteses de fatos que não dependem de prova: fatos notórios, fatos incontroversos, fatos inconcludentes ou irrelevantes e atos objeto de presunção absoluta:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos, no processo, como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

São fatos notórios aqueles de conhecimento geral, público, no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Os fatos incontroversos são aqueles sobre os quais as partes não discutem, ou seja, são fatos alegados pelo autor e que não são contestados pelo réu, ou seja, são fatos que não foram impugnados especificamente ou tempestivamente pela outra parte. Já os fatos inconcludentes ou irrelevantes são aqueles que não possuem relevância jurídica para o processo.

No Novo Código de Processo Civil, com relação aos fatos que não dependem de prova, não houve modificação, como pode ser observado no artigo 374:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos, no processo, como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade

Conforme já dito, a produção de prova é apenas um ônus e não uma obrigação processual, devendo a parte escolher fazer ou não o seu exercício.

Conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁶, a produção da prova não é um comportamento necessário para julgamento favorável, contudo se sujeitarão as partes ao risco de um resultado desfavorável.

Contudo, importante dizer, que o juiz, por sua vez, não é mero expectador das provas produzidas pelas partes devendo, na busca da verdade real, determinar as

16 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz - Prova. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, pg. 179

diligências necessárias com o intuito de esclarecer dúvidas sobre pontos que entenda relevantes.

A função do juiz no processo civil moderno aponta para uma participação mais ativa na realização do processo, sendo interesse do Estado e não somente privado o andamento, a investigação e o resultado jurisdicional que está sendo dado.

Portanto, o ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado, mas sim de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.¹⁷

3.3. Inversão do ônus da prova

Conforme visto, há a regra de distribuição do ônus da prova, no qual o ônus incumbe ao autor, que deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, para que a verdade alegada em juízo seja admitida pelo magistrado. Ao réu, cabe demonstrar a existência de fatos que modificam, impedem ou mesmo extinguem o direito pleiteado pelo autor (art. 333 do Código de Processo Civil).

Em que pese à regra geral, prevê o parágrafo único do artigo 333, do Código de Processo Civil, que há possibilidade da inversão do ônus da prova, porém essa possibilidade comporta limitações taxadas no próprio artigo.

Art. 333. 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.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Contudo, essa disciplina sofreu atenuações com a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo em vista que no seu artigo 6º, VIII, que previu a possibilidade de inversão do ônus da prova.

17 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz - Prova. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, pg. 179

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A inversão do ônus da prova é um direito garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, atribuindo proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor. No referido artigo, a fim de facilitar a defesa do consumidor em juízo, é possível a inversão do ônus da prova a seu favor, a critério do magistrado, quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Verossimilhança refere-se ao convencimento do juiz acerca da plausibilidade das alegações do autor na peça inicial. Já a hipossuficiência está ligada à condição de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, ou seja, uma situação de desvantagem na qual se encontra o consumidor.

Essa regra tem fundamento no princípio da isonomia, visando reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, de forma a compensar uma eventual posição de inferioridade no processo.

Contudo, de acordo com o próprio art. 6º, VIII do CDC, essa inversão não será automática, ou seja, não significa que ocorrerá a inversão do ônus da prova simplesmente por se tratar de uma demanda consumeirista, essa inversão fica condicionada ao juízo do magistrado.

Há uma discussão acerca do momento em que se deve proceder a inversão do ônus da prova.

A primeira corrente defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no despacho saneador, isto é, no início da fase de instrução probatória, já que além de servir como orientação para o magistrado quando proferir a sentença, o ônus da parte tem por principal objetivo embasar a atividade das partes e do juiz ao longo da instrução; garantindo o contraditório, a ampla defesa e devido processo legal, de forma a evitar decisões surpresas.

A impossibilidade da realização da inversão do ônus da prova na sentença inclusive já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que se constata do seguinte precedente:

"PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA - ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, **sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.**

- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido." (destacou-se)

(REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 592)

Já outra parte da doutrina defende que a inversão deve ser feita na sentença, pois seria uma regra de julgamento.

Adepto a esta corrente, diz José Geraldo Brito Filomeno, na obra de Ada Pellegrini:

"A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida". (GRINOVER, 2001, p. 130.)

Embora a questão seja polêmica na doutrina, entendemos, que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade da inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda, assegurando aos litigantes a produção das provas

que se fizerem necessárias que certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime.¹⁸

Aliás, tal discussão tende a acabar, eis que o Novo Código de Processo Civil determina o momento para a respectiva inversão do ônus da prova, ao prever em seu artigo 357, a inversão do ônus da prova como regra de instrução.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
(...)
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;
(...)

Trata-se um grande avanço, tendo em vista que no Código de Processo Civil atual, não diz expressamente o momento para a inversão, deixando a margem inúmeras discussões, que agora, tendem a terminar.

3.4. Teoria da carga dinâmica da prova

Conforme visto, há a regra de distribuição do ônus da prova, no qual o ônus incumbe ao autor, que deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, para que a verdade alegada em juízo seja admitida pelo magistrado. Ao réu, cabe demonstrar a existência de fatos que modificam, impedem ou mesmo extinguem o direito pleiteado pelo autor (art. 333 do Código de Processo Civil).

Contudo, com o avanço do estudo da ciência processual, bem como no decorrer da prática forense, deu o surgimento de uma nova teoria, qual seja: teoria da carga dinâmica das provas.

A teoria da carga dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa.

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

18 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 161.

“(...) a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz, o qual já deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido” (THEODORO JÚNIOR, p. 422-423)

Já vimos que o Novo Código de Processo Civil, mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), porém, no §1º do artigo 373, abriu a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto.

Dispõe o artigo 373:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de 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, caso em que 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.

Assim, o Novo Código de Processo Civil permite expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz e ainda abre a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria.

Contudo, como pode ser observado, o dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar do tema e positiva o entendimento pacificado no STJ de que o momento adequado para a redistribuição do ônus da prova é o saneamento do processo.

Ademais, o §2º do aludido artigo dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Ou seja, caso a prova seja de difícil concepção para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas

outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

Portanto, em que pese a regra geral de distribuição do ônus da prova, agora, o Novo Código de Processo Civil, traz expressamente a possibilidade do juiz transferir o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa.

CAPÍTULO IV – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme leciona Daniel Penteado de Castro¹⁹, “os poderes instrutórios são espécie do gênero poderes do juiz, os quais não deixam de ser poderes-deveres. Sendo o juiz o agente em que o Estado deposita poderes que o legitimam a realização de seus atos, esses são exercidos como um dever perante as partes, inerente à garantia constitucional do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), uma vez que a realização da justiça não é um favor do Estado, mas uma garantia solene de promessa constitucional (acesso à justiça)”.

No Sistema Processual Civil Brasileiro prevalece a concepção de que o juiz tem o poder-dever de determinar de ofício a efetuação dos meios de prova, consoante já consagrado na jurisprudência pátria.

Segundo Dinamarco²⁰ a “instrução não é sinônimo de prova nem fase instrutória se confunde com fase probatória. Provas e alegações unificam-se no conceito de instrução, porque ambas são teleologicamente unidas pelo objetivo de produzir conhecimento no espírito do juiz”.

Deste modo, os atos do juiz ligados ao deferimento/indeferimento de determinada prova ou meio de sua produção relacionam-se com os poderes do juiz voltados à produção da prova, que, por sua vez, compreende os poderes instrutórios.²¹

4.1. A iniciativa instrutória do juiz

Como já vimos, embora caiba as partes o ônus da prova, o juiz não deve ficar inerte no processo, tão pouco é simples expectador durante a instrução processual, isto porque sendo o processo uma função social, o cumprimento desta função depende da efetividade dele, por tal motivo, que há a amplitude no poder do juiz, sendo lhe facultado colher e produzir elementos visando a apuração da verdade.

19 CASTRO, Daniel Penteado de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 171-172

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 3, p. 34.

21 CASTRO, Daniel Penteado de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 183

Existente sem dúvida um princípio geral, qual seja, que as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, porém, ao juiz é dado o poder para cooperar na produção de provas, ordenando de ofício as diligências necessárias para a apuração da verdade dos fatos que estão sendo discutidos em juízo. Por tal motivo – a busca da verdade dos fatos – dispõe o juiz de poderes instrutórios visando suprir a inércia das partes, ou até mesmo o descaso que cada uma pode ter em relação ao ônus probatório.

Os juízes por serem agentes responsáveis pela distribuição da justiça por intermédio da sentença, devem se atentar ao desenvolvimento do processo, devendo ser desenvolvido todos os esforços para alcançar a função social da jurisdição.

Em entendimento comum ao exposto está Ada Pellegrini Grinover, que afirma que “O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.”

Como pode ser claramente observado no artigo 130, do Código de Processo Civil, é dado poder ao juiz produzir provas.

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.

Tal iniciativa, também pode ser observada nos artigos, 331, § 2º; 384; 342; 355, 360, 382, 399, 440, 418, 437, 405, § 4º, como aponta Daniel Pentead de Castro²² ao afirmar.

De igual modo, cabe ao juiz determinar, sem necessidade de provocação, a realização de perícia (art. 331, § 2o, do CPC), 384 ordenar o comparecimento pessoal das partes, para “interrogá-las sobre os fatos da causa” (art. 342 do CPC), determinar a exibição de documento ou coisa, em poder de terceiro ou do litigante, assim como a exibição de livros comerciais e documentos (arts. 355, 360 e 382 do CPC), requisitar a repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, “certidões necessárias à prova das alegações das partes” ou “procedimentos administrativos nas

22 CASTRO, Daniel Pentead de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 193

causas em que for interessado a União, o Estado, o Município ou respectivas entidades da administração indireta” (art. 399 do CPC), proceder à inspeção de pessoas ou coisas (art. 440 do CPC), inquirir como testemunhas as pessoas referidas em depoimentos ou declarações, assim como determinar a “acareação de duas ou mais testemunhas, ou de algumas delas com a parte, quando sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas alegações” (art. 418 do CPC), determinar a produção de nova perícia (art. 437 do CPC), bem como ouvir como declarantes as testemunhas impedidas ou suspeitas (art. 405, § 4o, do CPC). Esses são meros exemplos de iniciativas probatórias do magistrado previstos no Código de Processo Civil, cujo rol não é restritivo, mas sim exemplificativo, conforme discorrido nos parágrafos anteriores. Ademais, a literal redação do art. 130 do Código de Processo Civil é clara em prever que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, “determinar as provas necessárias à instrução do processo”, o que não limita, por oportuno, a um rol taxativo que restrinja as iniciativas probatórias do juiz. Portanto, são diligências cujo limite é a própria formação do convencimento do magistrado. Todavia, o exercício dos poderes instrutórios encontra balizas que serão comentadas adiante, mormente a observância das garantias constitucionais.

Verifica-se deste modo que a busca da verdade, decorre da própria justificativa da existência do processo, confundindo com o interesse que o Estado tem de tutelar a liberdade individual.

Ninguém melhor que o juiz para julgar a necessidade de produção de determinada prova, tendo em vista que ele é o destinatário dela, podendo desta maneira avaliar quais os meios de que necessita para a formação de seu convencimento.

No novo Código de Processo Civil, o artigo 370, corresponde ao artigo 130 do atual código, e como pode ser observado, evidencia a iniciativa probatória do magistrado.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

É verificada na doutrina divergência com relação ao momento da iniciativa probatória, ou seja o exercício desse poder-dever do magistrado.

Moacyr Amaral Santos, Cândido Rangel Dinamarco, João Batista Lopes, Humberto Theodoro Júnior e José Manoel de Arruda Alvim sustentam que as iniciativas probatórias do juiz devem ser utilizadas supletivamente às provas já

produzidas nos autos pelas partes, condicionado a persistência da dúvida no convencimento do magistrado.²³

Já outra parte da doutrina entende que a atividade cognitiva ligada aos poderes instrutórios, a dimensão desses poderes, não se restringe apenas à fase de conhecimento, tampouco a atos do juiz que precedem a sentença, podendo ser exercidos em toda situação que demande necessidade do magistrado procurar elementos necessários para fundamentar a sua decisão. Fazem parte dessa corrente José Roberto dos Santos Bedaque, posteriormente acompanhada por Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, Sérgio Alves Gomes, Sérgio Luís Wetzel de Mattose Sidney da Silva Braga.

De efeito, há autores que advertem que somente as partes devem oferecer prova dos fatos que alegarem, de acordo com o seu interesse, ficando somente a faculdade do juiz de maneira complementar apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não o fez.

Diante desse raciocínio, o juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício, para evitar a quebra da imparcialidade.

O juiz *“no debe intervenir mucho como buscador de pruebas para mantenerse por encima del litigio, sin prejugar su solución ni comprometer su imparcialidad...”* (MARQUES, 2000, p. 350)

Respeitando a posição dos autores que entendem desta maneira, não nos parece correto afirmar tal situação, isto porque o magistrado, ao determinar a prática de certa prova, o faz para esclarecimento de um fato específico, não visa beneficiar nenhuma das partes, mas tão somente a prolação de uma decisão justa.

O exercício da atividade instrutória oficial, não fere a imparcialidade do juiz. Pelo contrário, preserva a isonomia processual por equilibrar ou mitigar as desigualdades existentes entre as partes, resultando em uma efetiva paridade de armas.

Ora, se a atividade instrutória oficial destina-se a formação do convencimento do julgador – que aplica tal poder em razão de averiguar a existência de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos – a iniciativa não compromete a imparcialidade.

23 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 185-186.

Além do mais, importante dizer, que não basta o juiz simplesmente ordenar a produção de provas, a iniciativa oficial necessita da adequada fundamentação, a fim de que, caso seja encontrada alguma irregularidade, possa as partes apresentarem razões de impugnação, em eventual recurso.

Nessa linha de raciocínio está Marcos Alexandre Coelho Zilli:

De qualquer modo, a iniciativa instrutória do julgador não pode ser considerada, desde logo e sem qualquer exame mais detido de todas as circunstâncias processuais que a cercaram, como incompatível com a imparcialidade que é exigida deste sujeito processual. Como observado, a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do posto a julgamento em virtude do dever que é imposto de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apensa e tão somente (sic), quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir, portanto, contornos de atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração de todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaços para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais. (ZILLI, 2003, p. 144).

Ademais, no momento em que o juiz determina a produção de uma determinada prova não requerida pelas partes, ou quando ache necessário inquirir novamente uma testemunha, por exemplo, o juiz não conhece o resultado que essa prova irá trazer ao processo, tão pouco sabe qual parte será favorecida pela sua produção.

Desta maneira, podemos dizer que a atuação de ofício do juiz é uma decorrência natural dos princípios dos princípios processuais, não devendo o magistrado se preocupar se tal produção irá beneficiar um ou outro.

Portanto, através da análise realizada, podemos concluir – com respeito aos que entendem de maneira diversa – que é inaceitável que o juiz profira uma sentença, aplicando normas de direito substancial, sobre fatos que não foram demonstrados. O resultado da prova é fator decisivo para a conclusão do processo, devendo assim o juiz, não se limitar aos elementos fornecidos pelas partes, assumindo uma posição ativa na fase instrutória.

4.2. A busca da verdade e o princípio da imparcialidade

Entre os argumentos mais utilizados na doutrina dominante contra a iniciativa do juiz em produzir provas, diz respeito à imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento das partes. Sendo que caso fosse conferida a possibilidade ao juiz de determinar que seja realizada uma prova, tal ato quebraria a imparcialidade.

Os adeptos a tal entendimento, afirmam também, que a inércia do juiz em face das provas produzidas pelas partes, asseguraria a imparcialidade.

Afirma José Frederico Marques:

O que há a registrar, portanto, é o seguinte: o Código de Processo Civil, embora concedendo poderes instrutórios ao juiz para a descoberta da verdade, preferiu afastá-lo ao máximo de intervenções nesse sentido, para resguardar – lhe a imparcialidade. Em se cuidando de questões de exclusivo *ius dispositivum*, a tarefa de produzir provas e formar a verdade processual pertence quase totalmente às partes; e, quando se tratar de lide em que está em jogo direito indisponível das partes ou a insuficiência de elementos de convicção, requerendo a produção de provas: esse órgão é o Ministério Público (MARQUES, 2003. p. 254)

Todavia, o juiz ao determinar a realização de determinada prova, não tem condições de saber – antes de solicitá-la - o resultado que trará a produção solicitada. O aumento do poder instrutório do juiz, em verdade, não favorece qualquer das partes.

O exercício da atividade instrutória oficial, não fere a imparcialidade do juiz. Pelo contrário, preserva a isonomia processual por equilibrar ou mitigar as desigualdades existentes entre as partes, resultando em uma efetiva paridade de armas.

Há portanto, que se romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é incompatível com a imparcialidade. Primeiramente , porque, ao assim proceder, o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por conseqüência, quem será porventura beneficiado. Ou seja, “quando este determinar que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entender oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao

processo, nem se sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mas completa dos fatos. Ao juiz não importa vença autor ou réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão (ZILLI, 2003, p. 144)

Embora se reconheça que tal atitude do juiz não lhe permitirá alcançar a verdade plena, inegavelmente o facilitará a chegar mais próximo da realidade, nem que seja somente uma parcela desta.

Não há dúvida que a melhor maneira de preservar a imparcialidade é assegurar as partes a possibilidade de submeter a atividade exercida pelo juiz ao princípio do contraditório, impondo-lhe o dever de motivar as suas decisões. Desta feita será assegurada a imparcialidade do juiz, ainda que este participe da instrução do processo, uma vez que suas decisões serão fundamentadas e proferidas após o efetivo contraditório.

Ressalta-se novamente que a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias, de maneira alguma afeta a sua imparcialidade. Se o juiz agir desta maneira, somente estará atendendo aos fins sociais do processo, uma vez que a visão publicista exige que o juiz seja comprometido com a efetivação do direito material.

Na lição trazida por Moreira:

Não me parece que a nossa legislação processual deixe de ministrar ao juiz os instrumentos de que precisa para conduzir bem o processo, inclusive em matéria de instrução probatória do juiz como algo que se realize em substituição àquilo que outrem deveria realizar. Não; ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto será dentro da sua função precípua. Ele não está fazendo as vezes de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio – é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa. Peço licença para sublinhar que isso nada compromete a imparcialidade do juiz. Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria –se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortalíssima posição de ter de ser sempre parcial, que atue, que não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me. (MOREIRA, 1994, p. 95)

Cumpra agora esclarecer, que não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o decorrer do processo, de maneira especial aos exercícios de poderes que a lei lhe atribuiu.

Imaginemos que o juiz esteja convencido, após o exame dos elementos dos autos, que poderia alcançar a produção da verdade, desde que suprida fosse a omissão da parte no tocante à prova. É evidente que decidiria contra a sua vontade se não determinasse o esclarecimento do fato.

Diante deste temor, de perder a imparcialidade, que os juízes nos dias atuais, deixam de se utilizar dos poderes instrutórios que lhes foram conferidos pelo legislador processual, acarretando um total desvio de finalidade.

Dentro desta linha de raciocínio, não pode o juiz se abster de utilizar os poderes que lhe foram conferidos, com receio de que possa por ventura ocorrer uma parcialidade.

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que deixe de influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos, bastando apenas se limitar ao exame da matéria fática, cuja a reprodução se faz mediante as provas.

Podemos assegurar que a maior arma para assegurar a imparcialidade do juiz, - evitando abusos em sua iniciativa instrutória - é o princípio do contraditório, como já dito anteriormente. Desta feita, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra limite natural no contraditório, que impede a ocorrência de um desvirtuamento de objetivo, ou seja respeitando os princípios constitucionais.

Dinamarco²⁴ assevera:

“A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico. A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que os juízes exercem, como guardas da Constituição e responsáveis pela sua interpretação fiel e cumprimento estrito.”

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, cit., p. 46

Assim, admitir a figura de um juiz passivo, neutro, que apenas fica no aguardo da colheita de provas é coadunar com a injustiça, tão repudiada em nossos dias atuais, pois por vezes o que ocorre é verdadeiro massacre da parte menos favorecida economicamente.

Portanto, a iniciativa probatória nada infere na imparcialidade do juiz, tendo em vista que o magistrado está submetido às restrições determinadas pelas garantias das partes do processo, quais sejam o contraditório e ampla defesa. Sendo certo que nada impede do juiz ser neutro e parcial, bastando que essa neutralidade beneficie a parte que pretende obter vantagens indevidas desse comportamento.

Finalmente deve-se destacar que a busca da verdade não quer dizer ilimitada possibilidade de produção de provas, pois há vedações legais que necessitam ser respeitadas, como a seguir será exposto.

4.3. Limites do poder instrutório

Mais difícil do que a questão da imparcialidade é a fixação dos limites que são impostos pelo sistema, ao exercício do poder instrutório pelo juiz. A busca da verdade, não significa a possibilidade ilimitada de produção de provas, necessário de faz vedações legais, justamente para evitar a arbitrariedade do magistrado.

Pode-se dizer que os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação, ou seja, o juiz não pode buscar provas relativas a fatos que não estão submetidos ao contraditório. O juiz deve levar em conta exclusivamente as informações obtidas no processo e nos limites da lide.

Assevera Barbosa Moreira²⁵:

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 à sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, in Temas de direito processual: quarta série, cit., p. 47.

Na mesma linha de pensamento, é o entendimento Bedaque²⁶:

Em princípio, pode-se dizer que os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação. À luz do princípio da correlação ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir (CPC, arts. 128 e 460). Se assim é, não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório.

Mais importante que o acertamento fático do caso em que está sendo analisado pelo juiz, é o respeito ao sistema de garantias do processo. Isso significa que embora o julgador tenha liberdade na apreciação das provas, existe uma limitação ao seu poder decisório, pautando-se em alguns parâmetros legais. Daí, o motivo que nos leva a crer que temerária é o entendimento que a concessão de poderes instrutórios ao juiz supostamente ensejaria imparcialidade e arbitrariedade.

É considerado ainda como limite à atividade instrutória oficial, a submissão, a necessidade, da decisão ao contraditório, bem como a fundamentação do ato judicial que a determina (arts. 93, IX, da CF e 131, 458, II, e 165 do CPC).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explanam que a motivação das decisões judiciais é um importante princípio voltado ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, o qual possui a finalidade de aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade e justiça da decisão no caso concreto.²⁷

Todavia, não se sabe dizer se o sistema estabelece alguma restrição específica à iniciativa instrutória do juiz, sendo certo, que tratam apenas de regras e princípios gerais aplicáveis à matéria em análise.

Com efeito, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo civil, por força do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, sendo tal entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, configurando uma medida à limitação da liberdade probatória do juiz. Uma vez sendo possível a produção de uma prova ilícita, evidenciaria uma negligência de assegurar a estrutura e conformidade do ordenamento jurídico, devendo o Estado, impedir que dela se utilize para eventual condenação.

Nos dizeres de Zilli:

26 BEDAQUE, José Roberto dos Snaots. Poderes Instrutórios do juiz. 5ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. pg. 162

27 CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010. pg. 74.

Não se nega que a absolvição de um culpado longe de está de constituir situação confortável e aceitável. O problema exige, todavia, uma mudança na ótica de seu enfrentamento. Ou seja, as questões processuais relacionadas e decorrentes de uma prova ilícita constituem, na verdade, efeitos de um problema muit anterior que pode ser resumido na simples e inafastavel constatação de que o Estado, por seus agentes, foi o único e o verdadeiro responsável pela má condução da colheita de probatória, cabendo a ele, portanto, assumir o ônus público dos efeitos causados pelo desvio de suas próprias condutas (ZILLI, 2003, p. 159/160)

Desta forma, sendo a prova ilícita, deve esta ser desprezada pelo juiz, uma vez que não se reveste da idoneidade jurídica como meio de formação de convencimento do magistrado.

Importante dizer, que mesmo sendo constado que houve um sacrifício da apuração da verdade no processo, tal prova – a ilícita – não pode ser levada em consideração, uma vez que maior que a verdade está o ideal do processo justo, condizente com o devido respeito às garantias fundamentais da pessoa humana.

Outro limite de suma importância é o temporal, ou seja, o juiz não pode acarretar excessiva demora no julgamento da demanda, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável, como está disposto no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Caso aconteça a possibilidade da produção de provas mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com o fundamento no juízo de probabilidade, ou ainda, segundo as regras de distribuição do ônus da prova.

Ora, o juiz apesar de ter como objetivo a busca da verdade no processo, tal iniciativa instrutória não deve ser *ad aeternum*, sendo que a inobservância de um lapso temporal razoável acarretará em uma conseqüente ineficácia do instrumento, fazendo que a função da jurisdição não seja dada como deveria.

Além do mais, cumpre dizer mais uma vez, que não basta o juiz simplesmente ordenar a produção de provas, a iniciativa oficial necessita da adequada fundamentação, a fim de que, caso seja encontrada alguma irregularidade, possa as partes apresentarem razões de impugnação em eventual recurso.

Assim, verifica-se a existência de regras de contenção destinadas a evitar arbitrariedades e teratologias.

Portanto, o juiz respeitando os limites que lhe foram dados em sua iniciativa instrutória, - quais sejam: o dever do juiz em levar em conta exclusivamente as informações obtidas no processo; a submissão, a necessidade, da decisão ao contraditório, bem como a fundamentação do ato judicial que a determina; a não admissibilidade de provas ilícitas e por fim, a celeridade processual - estará o “entregando” as partes uma jurisdição mais justa.

Conclui-se assim, que a concepção tradicional do Direito Processual Civil, precisa de reformulações, de modo a reconhecer a importância da atuação ativa do juiz na produção probatória, pois, o resultado da prova é fator decisivo para a conclusão do processo, não devendo assim o juiz se limitar aos elementos fornecidos pelas partes, já que ele está em um papel garantista da função social da jurisdição.

CONCLUSÃO

As considerações finais são resultado da compreensão obtida após as pesquisas realizadas, cujo intuito era demonstrar a importância dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

Como se afirmou no início, dois são os posicionamentos existentes: os que defendem uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo, bem como aqueles que são em contrário a tal participação instrutória.

Após as análises, viu-se que a participação do juiz na produção de provas, ao contrário do que se costumam afirmar, contribui de maneira significativa para a real igualdade entre as partes no processo.

A iniciativa instrutória do juiz, desde que preserve o contraditório, não apresenta risco algum para a imparcialidade do julgamento, já que as provas pertencem a todos que participam do processo, da relação processual, uma vez que permitem demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses.

Além do interesse das partes, o processo visa algo maior, qual seja o interesse público, por tal motivo, o juiz sempre tem que buscar uma correta aplicação da lei aos fatos efetivamente verificados.

Como já descrito neste trabalho, o juiz tem o papel coerente com sua função social, por tal motivo ele deve ser ativo, estimulando o contraditório, suprindo as deficiências das partes, justamente para manter a igualdade entre elas.

De efeito, como visto, há autores que advertem que somente as partes devem oferecer prova dos fatos que alegarem, de acordo com o seu interesse, ficando somente a faculdade do juiz de maneira complementar apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não o fez.

Diante desse raciocínio, o juiz somente em casos excepcionais deveria empreender a pesquisa de ofício, para evitar a quebra da imparcialidade.

Contudo, o exercício da atividade instrutória oficial, não fere a imparcialidade do juiz, pelo contrário, preserva a isonomia processual por equilibrar ou mitigar as desigualdades existentes entre as partes, resultando em uma efetiva paridade de armas.

Ora, se a atividade instrutória destina-se a formação do convencimento do julgador – que aplica tal poder em razão de averiguar a existência de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos – a iniciativa não compromete a imparcialidade.

Além do mais, para se evitar a parcialidade bem como a arbitrariedade foram realizadas vedações legais, ocasionando um limite para a atuação instrutória do juiz - não basta o primeiro simplesmente ordenar a produção de provas.

Entre os limites estão: a necessidade da submissão da decisão ao contraditório; fundamentação do ato judicial que a determina a produção da prova; a inadmissibilidade das provas ilícitas e limite temporal.

Apesar do juiz ter como objetivo a busca da verdade no processo, tão iniciativa instrutória não deve ser *ad aeternum*, sendo que a inobservância de um lapso temporal razoável acarretará em uma conseqüente ineficácia do instrumento, fazendo que a função da jurisdição não seja dada como deveria.

Portanto, o juiz respeitando os limites que lhe foram dados em sua iniciativa instrutória, estará “entregando” as partes uma jurisdição mais justa, cumprindo assim a sua função social.

Conclui-se deste modo, não temerária a utilização dos poderes instrutórios do juiz, justamente porque há limites ao seu exercício, que garantem a independência, autonomia e imparcialidade do Poder Judiciário, sendo o princípio de igualdade e a verdade expressões diretas da prestação jurisdicional mais justa, não devendo assim, se limitar aos elementos fornecidos pelas partes, já que ele – juiz - está em um papel garantista da função social da jurisdição.

Ademais, como vimos à luz do Novo Código de processo Civil, a regra geral de estabilidade da distribuição do ônus da prova sofre grande reformulação, dando uma maior liberdade para as partes, bem como ao juiz a fim de buscar a verdade no processo, distribuindo em muitas vezes a carga da prova.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 14 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-68.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil interpretado. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. Poderes instrutórios do juiz. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Daniel Penteado de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 35-46, nov. 2007.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Brookseller, 2000

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

_____. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1-3.

_____. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

_____. A instrumentalidade do processo. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1, p. 124-135.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012

GRINOVER, A. P; CINTRA, A.C. de A; DINAMARCO, C. R. Teoria geral do processo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Forense 347/3-10

_____. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LOPES JR, Aury. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. Vol.I. Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, n. 862, p. 11-21, ago. 2007.

_____. Novas linhas do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 2.

_____. Manual de direito processual civil. 2. ed. rev. e atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 2000. v. 1-2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, 1999. v. 1, n. 3, p. 5-23, out./dez. 1999.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. Ed RT, São Pual, 2003.

NOTAS

1 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Brookseller, 2000, p. 8, Vol. II

2 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 42

3 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 101

4 DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2006, pg. 165-166

5 Ao comentar sobre os autonomistas, Fredie Didier Jr., destaca que se dividiam entre dois grupos, quais sejam os “abstrativistas” e os “concretistas”. O primeiro considerava que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado, já o segundo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2006, pg. 165.

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 101

7 ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 14 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.pg. 403.

8 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24 ed. São Paulo : Mlaheiros, 2008 .pg. 297.

9 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 72

10 DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pg. 72

11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 70

12 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24 ed. São Paulo : Mlaheiros, 2008 .pg. 302.

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 72-73

14 “o art. 369 assegura, em harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, o “princípio da *atipicidade* da prova”, constante do art. 332 do CPC atual” (BUENO, 2015, p. 271)

15 DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pg. 561

- 16 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz - Prova. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, pg. 179
- 17 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz - Prova. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, pg. 179
- 18 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 161.
- 19 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 171-172
- 20 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 3, p. 34.
- 21 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 183
- 22 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 193
- 23 CASTRO, Daniel Penteadó de - Poderes Instrutórios do Juiz No Processo Civil - Fundamentos, Interpretação e Dinâmica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, pg. 185-186.
- 1 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, cit., p. 46
- 24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, in Temas de direito processual: quarta série, cit., p. 47.
- 25 BEDAQUE, José Roberto dos Snaots. Poderes Instrutórios do juiz. 5ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. pg. 162
- 26 CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010. pg. 74.