



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Limitações do Poder Instrutório do Magistrado

André Alemany de Araujo

Rio de Janeiro
2009

ANDRÉ ALEMANY DE ARAUJO

As Limitações do Poder Instrutório do Magistrado

Artigo Científico-Jurídico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do Certificado de Conclusão do Curso de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

AS LIMITAÇÕES DO PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO

André Alemany de Araujo

Graduado em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.
Servidor da Justiça Federal – SJRJ.

Resumo: As sucessivas reformas da legislação processual e material e o clamor pela celeridade da prestação jurisdicional como instrumento assegurado da segurança jurídica e da igualdade, impuseram a releitura de diversos institutos jurídicos. O Estado-Juiz para fazer face à essa demanda, diante das mazelas sociais, das desigualdades de fato e da preservação da coisa pública se vê impulsionado a assumir posição proativa nas relações jurídicas processuais, deixando de ostentar a clássica posição de órgão inerte. O presente estudo tem por escopo estudar as situações autorizadoras do exercício do poder instrutório do magistrado, com a consequente mitigação da inércia jurisdicional.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil, Dispositivo, Imparcialidade, Ativismo probatório e Judicial.

Sumário: Introdução; 1. Jurisdição. Considerações iniciais. Os Princípios do Dispositivo e da Imparcialidade; 2. A Celeridade e a Efetividade da Jurisdição; 3. Reflexos da Socialização do Direito Privado no Direito Processual; 4. O Poder Instrutório do Magistrado e o Ativismo Judicial; 5. O exercício do ativismo probatório. O interesse público. A hipossuficiência do jurisdicionado e a perplexidade da prova; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil Brasileiro consagra o Princípio do Dispositivo e admite a atuação de ofício do magistrado nas situações expressamente previstas em lei, e também nas hipóteses casuisticamente acolhidas pela jurisprudência.

O presente trabalho tem por escopo estudar as situações em que o magistrado tem o poder-dever de exercer o poder instrutório, em busca da verdade material e da atuação da vontade concreta da lei.

Preambularmente, a jurisdição e os clamores pela celeridade e efetividade da prestação jurisdicional serão abordados, enfocando-se as normas e princípios que as asseguram.

Propõe-se, ainda, a ponderação de valores entre a inércia da jurisdição – e imparcialidade do julgador – e o comportamento proativo do julgador na determinação de ofício da prova.

O poder instrutório será delineado, perpassando pela doutrina do denominado ativismo judicial, com a abordagem das hipóteses de sua incidência e respectivas limitações.

Busca-se despertar a atenção da comunidade jurídica para as situações já consolidadas acerca da atuação *ex officio* do magistrado no processo civil, bem como das situações que ainda suscitam controvérsias, pautadas pelo embate entre a busca da verdade material no processo civil e o princípio da inércia da jurisdição.

A metodologia será pautada no estudo doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, mormente após as pontuais reformas do Código de Processo Civil que contribuíram para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, bem como o início da vigência do Novo Código Civil Brasileiro, em 11 de janeiro de 2003, que promoveu a socialização do direito privado, acarretando, conseqüentemente, o incremento da intervenção estatal nas relações jurídicas, não só no âmbito do direito material, mas também no âmbito do Direito Processual Civil.

1. JURISDIÇÃO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. OS PRINCÍPIOS DO DISPOSITIVO E DA IMPARCIALIDADE

O homem vive em sociedade e, no convívio social, os seus interesses, de forma relativamente frequente, entram em conflito com o de seus semelhantes. A evolução se encarregou de demonstrar a real impossibilidade de cada um resolver por si os seus conflitos de interesses. Neste compasso, a lei do mais forte foi paulatinamente substituída pelo que denominamos jurisdição.

O juiz, órgão do Estado incumbido de dirimir os conflitos de interesse, presta a jurisdição, e diz diante de um caso concreto, quem efetivamente tem a razão.

O processo, instrumento por intermédio do qual o Estado presta jurisdição, nesse conceito, não perfaz mero mecanismo de resolução de conflitos, mas verdadeiro instrumento de realização do direito.

A função jurisdicional é árdua. As desigualdades materiais afloram, e, por mais desenvolvidos e modernizados sejam os sistemas jurídicos, ao cidadão-comum, a lei e ordem, muitas vezes parecem prestigiar o forte em detrimento do fraco. E esta é uma situação difícil de ser equacionada.

O comunismo fracassou. O Estado autoritário, centralizado e limitador das liberdades individuais, cedeu à sedução do capitalismo. A lógica de que as pessoas não são iguais, e que, as diferentes perspectivas de vida lhes proporcionam condições diversas, favoráveis ou desfavoráveis, contribuiu para a ruptura daquele sistema, que prestigiava a elite ditatorial, detentora do poder, em detrimento da população, sempre heterogênea, que, com anseios e dons diversos, se via desestimulada, e material e formalmente nivelada.

Ruy Barbosa há muito já sustentava a igualdade proporcional (ou material), sustentando o tratamento desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades. O dogma proposto, entretanto, em nada se confunde com os ideais de isonomia material e formal, forjados pelo comunismo. Preconiza, ao contrário, sensível intervencionismo estatal para a tutela da coisa pública e da defesa do hipossuficiente.

Em suma: o homem é desigual, dotado de dons, talentos diversos, e nunca vai deixar de ser.

É sobre essa desigualdade de fato, e sobre a tendência do ser humano mais forte se locupletar do mais fraco, é que avulta a necessidade de instituições estatais interventivas.

Nesse compasso, o nosso estudo se limitará a estudar as limitações da atuação jurisdicional de ofício na concreção do direito.

A crença de uma justiça forte, imparcial e asseguradora do equilíbrio e da paz social, não deve ser ideal utópico, e o Estado-Juiz deve assumir esse papel, propiciando o acesso da coletividade à ordem jurídica justa.

Jurisdição, como definimos, é poder de julgar. A doutrina de Chiovenda, com propriedade, leciona que é o poder de fazer atuar a vontade concreta do direito.

O Estado-Juiz, entretanto, embora conhecedor das mazelas sociais, não pode, via de regra, inaugurar, impulsionar a jurisdição, devendo ser provocado para tanto.

Isso é o que se denomina de Princípio do Dispositivo (ou da Inércia Jurisdicional). A ação e o processo são poder e instrumento disponíveis da parte, que, se quiser, provocará a atuação do Estado, para a tutela do seu interesse.

O Código de Processo Civil, em seu art. 2º, regra expressamente o princípio em questão, asseverando que a tutela jurisdicional não será prestada senão quando a parte ou o interessado a requerer.

A Constituição, a seu turno, assegura o Devido Processo Legal – princípio central do processo – do qual se extraem os Princípios do Dispositivo, do Contraditório, da Ampla defesa, da Imparcialidade, da Isonomia (Paridade de Armas), entre outros.

Exige-se do julgador, no exercício do seu mister, a observância dos princípios supracitados, os quais, por natureza, se entrelaçam. E a estes se acrescem deveres, ressaltando os que emergem do artigo 125 do Código de Processo Civil, quais sejam: o de assegurar igualdade de tratamento às partes e o de velar pela rápida solução do litígio.

O Princípio da Imparcialidade tem matriz constitucional no Princípio do Juiz Natural, previsto no artigo 5º, LIII, no sentido de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Neste tópico, necessária remissão deve ser feita ao inciso XXXVII, do mesmo dispositivo constitucional, por correlato, que assegura a inexistência de júízo ou tribunal de exceção. Perfaz, por conseguinte, verdadeira garantia constitucional, constituindo instrumento obstaculizador do arbítrio estatal.

Extrai-se das normas em questão que o sujeito de direitos somente será julgado por quem tenha atribuição legal para fazê-lo, sendo vedado o direcionamento da causa para determinado júízo, que não o competente para apreciá-la.

Decorre da imparcialidade, portanto, a ausência de interesse, compromisso e/ou envolvimento do julgador com a causa ou com as partes do processo.

A imparcialidade é pressuposto processual subjetivo para que a relação processual se instaure validamente. A sua inobservância, portanto, pode ocasionar a nulidade do processo.

A imparcialidade, entretanto, não deve ser confundida com a neutralidade.

Exige-se do julgador que ele seja imparcial, pois neutro ele nunca será.

O atuar imparcial do magistrado pode ser aferido na ausência das causas de impedimento e/ou suspeição para julgamento, conforme previsão legal contida nos artigos 134 e 135, do Código de Processo Civil.

Assim é que ao juiz será defeso atuar: nas causas de que for parte; naquelas em que interveio como mandatário da parte; que oficiou como perito ou como órgão do Ministério Público, nas que prestou depoimento como testemunha; nas causas que conheceu em primeiro grau de jurisdição, proferindo sentença ou decisão; nas causas em que o patrono de uma das partes seja seu cônjuge ou parente; nas que seja cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta, ou na colateral até o terceiro grau; nas causas em que haja fundada suspeição, fundada na amizade íntima ou inimizade capital, nas causas em que tenha interesse, objetivo ou subjetivo, ou nas causas em que se discuta relação jurídica que participe o julgador, seu cônjuge ou seus parentes, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Sobre o tema, Marinoni assevera que será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deve ser por ela provado não tivesse sido provado (MARINONI, 2009). O renomado autor Alexandre Freitas Câmara, Excelentíssimo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no exame de um caso concreto (Agravo de Instrumento 2009.002.05776), e complementando o raciocínio supra, arremata afirmando que: “se é parcial o juiz que determina a produção de uma prova, pois esta beneficiará uma das partes, então também se deve considerar parcial o juiz que não determina a produção da mesma prova, pois assim beneficiará a parte contrária”.

A neutralidade, por outro lado, pressupõe a ausência ou exclusão de influências ideológicas e subjetivas na análise da causa. É o pressuposto da indiferença.

Pode-se afirmar que a neutralidade, ao contrário da imparcialidade, não é pressuposto de validade do processo, não sendo passível de acarretar a sua nulidade.

É possível que se exija do julgador a imparcialidade. Nunca, por outro lado, a sua neutralidade. O magistrado, ao julgar, não se despe de seus valores, sociais, culturais e ideológicos, e não pode ficar insensível ou indiferente ao bem da vida perseguido.

É justamente por esta razão que o Estado-Juiz, mitigando o Princípio do Dispositivo (ou da Inércia Jurisdicional), pode atuar na concreção do direito, sendo certo que, neste mister, muitas vezes, é exigida a sua atuação proativa - objeto deste estudo - propiciando o acesso à ordem jurídica justa e a consequente isonomia material, no trato igual dos iguais e desigual dos desiguais.

2. A CELERIDADE E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO.

Há muito se questiona e critica a lentidão da prestação jurisdicional. Os tribunais, sejam da Justiça Comum Estadual ou Federal, sejam das justiças especializadas – a do Trabalho é um exemplo latente – encontram-se abarrotados de ações e procedimentos judiciais sem solução. O número de juízes não comporta a demanda jurisdicional, e, muitas vezes, o direito parece sem que o seu titular dele desfrute.

O legislador não desconhece o problema e, há algum tempo, sucessivas reformas têm sido promovidas na legislação processual para o enfrentamento da questão.

Algumas inovações legislativas merecem ser mencionadas, tais como: a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, advinda com a reforma do Código de Processo Civil - CPC, em 1994 (artigo 273, do CPC, com redação determinada pela Lei 8.952, de 1994); a instituição dos Juizados Especiais para a apreciação de matérias de menor valor e complexidade (Lei 9099, de 1995 e Lei 10.259, de 2001); a apreciação dos recursos em decisão monocrática pelo relator (artigo 557, do CPC, com redação determinada pela Lei 9756, de 1998); a prioridade de tramitação dos processos em que é parte pessoa idosa (artigo 1211-A, do CPC e artigo 71, da Lei 10.741, de 2003); a adoção da súmula vinculante (artigo 103-A, da CR e Lei 11.417, de 2006); a exigência de comprovação da denominada

repercussão geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário (artigo 102, §3º, da CR e artigos 543-A e 543-B, do CPC, acrescentados pela Lei 11.672, de 2008); a denominada “filtragem” das matérias idênticas, que geram multiplicidade de recursos (artigo 543-C, do CPC, acrescentado pela Lei 11.672, de 2008); a reforma do processo de execução, que instituiu o denominado sincretismo processual (artigos 475-A e seguintes, do CPC, acrescentados pela Lei 11.232, de 2005); e, recentemente, a denominada “Meta 2”, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, no 2º Encontro Nacional do Judiciário, ocorrido em 16 de fevereiro de 2009, visando a identificação dos processos judiciais mais antigos, e a adoção de medidas concretas para o julgamento, até dezembro de 2009, de todos os feitos distribuídos até o dia 31.12.2005 (em primeiro, segundo grau e nos tribunais superiores).

Como se verifica, é larga a atividade legiferante e regulamentar para atender aos clamores pela celeridade processual.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que se convencionou denominar de ‘Reforma do Judiciário’, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º, prescrevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A norma em questão, de índole programática, denota a preocupação da sociedade com a necessidade de pronta resposta às questões postas em juízo. A justiça lenta não é efetiva, não entrega o bem da vida perseguido, e tudo isso, lamentavelmente, gera o descrédito do Poder Judiciário: deve-se atentar ao ditado: “a justiça tardia é a negação da própria justiça”.

De se salientar que, ainda na Emenda Constitucional nº 19, de 1998, mais conhecida como ‘Reforma Administrativa’, foi acrescentada a expressão “eficiência” ao seu artigo 37, que passou a ostentar a qualidade de princípio, juntamente com os demais que norteiam a Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O

Princípio da Eficiência tem como pressuposto o desempenho do melhor trabalho com o menor ônus para a Administração, ou seja, a adoção pela Administração Pública do binômio prestação-economicidade.

O supracitado problema da ausência de celeridade na prestação jurisdicional não tem solução pronta. Diversos fatores contribuem para o seu agravamento, e não bastarão reformas na legislação para que o intento seja alcançado. A cultura da população tem que se desenvolver e a democracia se aperfeiçoar. O Judiciário ainda tem os entes federativos como seus maiores “clientes”, e a máquina tende ao emperramento com as inúmeras possibilidades de (re)discussões das matérias, mediante os diversificados recursos à disposição do jurisdicionado.

Paralelamente ao exame da celeridade da prestação jurisdicional se faz imprescindível o estudo da segurança e efetividade da jurisdição.

A doutrina conceitua a efetividade como a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.

Luiz Roberto Barroso leciona que a efetividade representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2008)

Na doutrina processual, a efetividade também pode ser compreendida a partir do estudo do notável jurista italiano Mauro Cappelletti sobre as denominadas ondas renovatórias do acesso à justiça (CÂMARA, 2005).

O renomado autor, para a concretização do princípio maior do Devido Processo Legal, este entendido como o acesso à ordem jurídica justa, propõe a incidências de “três ondas do acesso à justiça”.

A primeira delas, concernente à universalização do acesso à justiça, mediante superação dos obstáculos econômicos e financeiros, propõe a disponibilização de assistência

judiciária gratuita, e tem como diretrizes (ou paradigmas): (a) a isenção de custas e taxas e a instituição da advocacia pública.

No Brasil, a advocacia pública a que alude a onda renovatória engloba a Defensoria Pública, instituição considerada pela Constituição de 1988 como essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 134, da CR). O denominado sistema *judicare*, este materializado na advocacia dativa, por intermédio da qual o advogado privado patrocina os interesses da parte hipossuficiente (esta a regra), sendo remunerado pelo Estado, também é instrumento materializador da onda renovatória em questão.

A segunda onda renovatória, por sua vez, concerne à tutela coletiva, na defesa dos interesses metaindividuais, transindividuais ou supraindividuais, englobando os interesses difusos, os interesses coletivos *stricto sensu* e os interesses individuais homogêneos. Eles correspondem àquela gama de direitos que, por estarem acima (ou além) dos indivíduos, não são próprios de ninguém, impedindo a sua efetiva tutela em juízo.(CÂMARA, 2005)

As diretrizes dessa onda, na tentativa de se descobrir meios de proteção das tutelas coletivas em sentido amplo, englobam tanto o estabelecimento de uma legitimação extraordinária, quanto a previsão de ações que possam propiciar decisões com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

É possível afirmar que o Direito brasileiro, no que se refere às duas ondas renovatórias supra abordadas, assumiu papel de vanguarda.

Isso porque, há muito tempo, é garantido o pleno acesso dos hipossuficientes econômicos ao Poder Judiciário. O instrumento legal materializador de tal garantia é a Lei 1060, de 1950, que assegurou aos economicamente necessitados a isenção de pagamento das despesas processuais, além de possibilitar o acesso à defesa técnica prestada gratuitamente pela Defensoria Pública.

A Carta Constitucional de 1988, recepcionando o diploma legal em questão, em seu artigo 5º, LXXIV, assegura que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No campo das tutelas coletivas, Câmara ressalta a notória posição de liderança mundial do Brasil, que conta com o maior número de instrumentos aptos a proteger tais interesses, tais como: a ação popular, a ação civil pública, a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo (CÂMARA, 2005).

Neste tópico deve ser destacado o relevante papel desempenhado pelo Ministério Público, face ao alargamento de suas funções institucionais pela Constituição de 1988, não só na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mas também na defesa da ordem jurídica e do regime democrático (artigo 127 e 129, da CR).

A terceira onda, por fim, que está diretamente relacionada ao presente estudo, aborda o acesso à justiça e a busca da efetividade do direito como um todo. Decorre da preocupação de garantir ao jurisdicionado uma tutela efetiva e adequada.

A onda renovatória em questão abrange diretrizes diversas, dentre as quais se inserem: o ensino sobre os direitos fundamentais, fundado no fato de que o exercício da cidadania pressupõe o conhecimento do direito que protege e disciplina o seu titular, e a efetividade do processo, que, indubitavelmente, é uma das formas de se dar utilidade e efetividade ao direito.

No exame da efetividade do processo aproxima-se o questionamento sobre os limites da atuação de ofício do magistrado.

A legislação processual, em dispositivos esparsos, vale dizer, permite, inclusive, e excepcionalmente, que o magistrado inaugure a relação jurídica processual. Assim é que o artigo 989, do Código de Processo Civil - CPC, autoriza o magistrado a iniciar de ofício a ação de inventário, se nenhum dos legitimados o fizer no prazo legal.

O artigo 1113, do mesmo diploma legal, que rege as alienações judiciais, legitima o magistrado a determinar de ofício a alienação em leilão de bens depositados judicialmente que sejam de fácil deterioração, que estejam avariados ou que exijam grandes despesas para a sua guarda.

O artigo 1129, do CPC, permite que o magistrado, de ofício, ordene ao detentor de testamento, a exibição deste em juízo para os fins legais.

O artigo 1142, do CPC, a seu turno, prevê a hipótese de arrecadação de bens de ofício, quando se tratar de herança jacente, sendo certo que o artigo 1160, do CPC, também autoriza a arrecadação de bens do ausente, com a nomeação de curador.

No que concerne ao impulsionamento dos feitos em curso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 262, prescreve que o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Será possível constatar, nos tópicos que se seguem, que, afora as regras expressas de atuação *ex officio*, há outras hipóteses, consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, de necessária atuação proativa do magistrado.

3. REFLEXOS DA SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO DIREITO PROCESSUAL

O estudo da atuação *ex officio* do magistrado no processo sugere uma análise preambular e retrospectiva da evolução do Direito processual e material, na transição do Estado Liberal para o Estado Social.

No âmbito do processo, não há mais controvérsia quanto à sua autonomia em relação ao direito material.

As antigas teorias procedimentalistas, contratualistas e institucionalistas, entre outras, não mais ecoam para afirmar que o processo seria tão-só um reflexo do direito material violado.

Relevante notar ainda que, mesmo dentro da concepção de autonomia da ciência processual, o ordenamento jurídico pátrio, especificamente o direito privado, durante aproximadamente oitenta e sete anos (de 1916 a 2002) foi regido por um código de inspiração liberal (Código Civil de 1916), e entremeado de normas de cunho processual (mormente em matéria possessória).

Neste contexto, o direito processual, ramo do Direito Público, sofreu, naturalmente, influência do liberalismo, reitor do ordenamento jurídico, e isso se extrai do apego – por vezes demasiado – da doutrina clássica aos Princípios do Dispositivo e da Imparcialidade do julgador, na limitação da amplitude dos poderes instrutórios conferidos pelo artigo 130, do Código de Processo Civil.

Historicamente, a legislação processual civil não era unificada, somente passando a ser regida nacionalmente por um único código em 1973. Até então, diversos Estados da federação tinham regramento processual próprio, e poucas vezes eram ouvidas na defesa da atuação proativa do magistrado, exceção que pode ser feita ao autor baiano Eduardo Espíndola, que, nas anotações ao então vigente Código do Processo do Estado da Bahia, afirmava que o juiz não é um simples autômato, devendo dirigir o processo inteligentemente, e exigir das partes (“queixoso” e “queixado”) e de terceiros os elementos probatórios que lhe pareçam necessários à decisão da causa.

É possível afirmar que o regramento processual constante do Código Civil de 1916 foi um meio de que se valeu o legislador para disciplinar matérias reputadas importantes, e

que estavam diretamente ligadas ao processo. Ou seja, foi um meio de unificar (ou uniformizar) determinadas matérias processuais, que passariam a vigor em todo o território nacional, em detrimento da então autonomia legislativa dos Estados em matéria processual.

Com o passar dos anos, o direito privado teve que se adequar à evolução social, e as tendências individualistas do Código de 1916 não resistiram.

O Código Civil de 2002 (CCB), vigente desde o dia 11 de janeiro de 2003 – após vinte e seis longos anos de tramitação legislativa – para parte da doutrina representa tão-só uma atualização do antigo Código de 16. É incontroverso, contudo, que ele promoveu significativos avanços, mormente no campo obrigacional, contratual e no direito de propriedade, tendo também o mérito de reestruturar o regramento do direito privado e o de expurgar do texto legislativo as matérias de conteúdo processual.

As relações jurídicas deixaram de ser norteadas somente pelos princípios clássicos do Estado Liberal, concernentes à autonomia da vontade, à obrigatoriedade (*Pact Sunt Servanda*), à relatividade (dos efeitos entre os contratantes) e à supremacia da ordem pública, para também considerar os princípios do Estado Social concernentes à função social do contrato (artigo 421, do CCB), o equilíbrio econômico das partes (Teorias da Onerosidade Excessiva e da Lesão – já admitidas e aplicadas anteriormente pela jurisprudência – e ora positivadas nos artigos 478 a 480, do CCB) e da boa fé objetiva (este, nos termos do artigo 422 do CCB, cumpre observar, passou a ser um dever jurídico dos contratantes, e não mais uma mera evocação ética).

Neste tópico, salientamos que o mais importante reflexo da novel legislação civil no direito processual foi a denominada socialização do direito privado, que propiciou o incremento e a valorização da atividade jurisdicional na composição dos litígios, permitindo ao magistrado, no prudente arbítrio do exercício do poder, tornar a jurisdição mais efetiva e útil para quem tem um direito a ser tutelado.

Instrumentos processuais não faltam, sendo certo que, nos termos do artigo 130, do Código de Processo Civil, ao juiz são reconhecidos amplos poderes instrutórios.

4. AS PROVAS, O PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO E O ATIVISMO JUDICIAL.

A legislação processual carece de interpretação em aspectos diversos, e a atuação de ofício do magistrado em matéria probatória é um dos temas mais polêmicos.

Os artigos 130, 131 e 262 do Código de Processo Civil, em cotejo com os artigos 2º, 128 e 460, do mesmo diploma, provocam no leitor apressado a noção de colidência de normas.

Vejamos.

De um lado, afirma-se que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou interessado a requerer. Assevera-se, ainda, que o juiz deve julgar a lide nos limites em que foi proposta, vedando-lhe o conhecimento sobre questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Por fim, proclama-se como defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

De outro lado, por sua vez, outorga-se ao magistrado o impulsionamento do feito, mediante a determinação das provas necessárias à sua instrução, bem como mediante a livre apreciação dessas provas, permite-se ao julgador que atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pela partes, impondo-lhe, apenas, que indique na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.

Indaga-se: como é possível que o magistrado possa atender a fatos e circunstâncias dos autos não alegados pela partes se ele, ao mesmo tempo, está adstrito aos termos da lide que lhe foi proposta?

A doutrina do Direito Processual Civil, classicamente, interpretava o juiz como órgão inerte, e com raio de atuação adstrito às alegações e provas requeridas e produzidas pelas partes.

A doutrina moderna, entretanto, na interpretação das normas processuais e no âmago da trilogia estrutural do direito processual (Jurisdição – Ação – Processo), ainda que com as críticas atinentes aos riscos da excessiva judicialização, vem dando uma interpretação mais larga ao campo de atuação de ofício do magistrado.

Como mencionamos anteriormente, hoje em dia, conforme os ditames do artigo 130, do CPC, predomina o entendimento de que ao juiz são reconhecidos amplos poderes instrutórios.

Algumas vozes ainda opõem resistência à sua ampla aplicação, por entender que haveria ofensa aos supra referidos Princípios do Dispositivo, da Isonomia ou da Imparcialidade.

Fredie Didier Jr. oferece contraponto aos argumentos contrários, em sólida argumentação (DIDIER, 2009). Vejamos:

Sobre o Princípio do Dispositivo, leciona que ele está diretamente ligado à relação jurídica material veiculada no processo, no sentido de que, versando sobre direitos disponíveis, não pode o juiz obstar a prática de atos de disposição de vontade pelas partes, v.g., renúncia, reconhecimento do pedido, transação, entre outros, competindo-lhe, tão-somente, assegurar a regularidade dos atos citados.

No que diz respeito ao Princípio da Imparcialidade, sustenta que a persecução probatória pelo magistrado não implica a sua violação. Assevera que o aumento do poder

instrutório não favorece, de antemão, qualquer das partes, proporcionando somente uma apuração mais profunda e completa dos fatos, objeto da controvérsia.

Invoca, na oportunidade, a lição do renomado jurista José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que a melhor forma de preservar a imparcialidade do magistrado, em tais casos, é submeter as provas que vieram aos autos, por sua iniciativa própria, à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento. A motivação da decisão, lastreada no livre convencimento motivado do magistrado, também é meio hábil para demonstrar a imparcialidade do julgador.

Finalmente, no que se refere ao Princípio da Isonomia, ressalta que o fundamento da plena disponibilidade das provas pelas partes é um reflexo do ideal liberal-individualista, norteador do Código Civil, de 1916, e que não pode ser encarado de modo absoluto porque dissonante da visão social que vem marcando a evolução do ordenamento jurídico.

Assevera, ainda, que, face à desigualdade material das partes da contenda, a invocação da plena disponibilidade das provas pelas partes pode, ao revés, ser um meio de ofensa ao Princípio da Igualdade Substancial. Na prática, as partes nem sempre têm as mesmas condições de produzir as provas dos fatos que alegam em seu favor.

Assim, a atuação proativa do magistrado, longe de significar ofensa à isonomia, representaria uma atuação da igualdade material, equilibrando-se, no caso concreto, a situação jurídica dos litigantes.

É possível, por outro lado, na doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque, refletir sobre o conceito e a finalidade da jurisdição.

A jurisdição é, como mencionamos, o poder de julgar. A doutrina a define como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei.

Bedaque, com maestria, assevera que se o objetivo da lei é alcançar a verdadeira paz social, as normas devem atuar corretamente, pois “quanto mais o provimento jurisdicional se

aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social” (BEDAQUE, 2001).

É da finalidade da jurisdição, portanto, que se extrai o poder instrutório do magistrado.

O juiz tem o poder-dever de buscar a denominada verdade possível – na doutrina de Alexandre Freitas Câmara – também conhecida como verdade processual. Câmara leciona, ainda, que o processo não se presta tão-somente a dirimir o litígio: a sua maior função é realizar o direito material (CÂMARA, 2005).

Paralelamente à doutrina do poder instrutório do magistrado, que também pode ser denominada de ativismo probatório, verifica-se o crescimento dos estudos e do enfretamento jurisprudencial do que se convencionou denominar ativismo judicial (ou judicialização do direito).

Inicialmente, já no que concerne à terminologia, encontramos na doutrina de Luís Roberto Barroso a distinção de ativismo e de judicialização – institutos sinônimos para grande parte da doutrina.

Barroso sustenta que a judicialização e o ativismo judicial são “primos”, ou seja, têm as mesmas origens, contudo não são gerados pelas mesmas causas imediatas (BARROSO, 2009).

O referido autor sustenta que a judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, como ocorre no ativismo judicial. Este, segundo o autor, decorre de uma atitude, da escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Prossegue sustentando que a “idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”

O ativismo judicial não se confunde com o ativismo probatório. Em comum, eles têm a atuação na concreção do direito. Formalmente, entretanto, o tempo e modo de atuação de ambos ocorre de maneira distinta.

O ativismo probatório se manifesta na fase instrutória, nas situações que serão adiante analisadas, ao passo que o ativismo judicial se evidencia precipuamente na fase decisória.

Na doutrina de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial se corporifica basicamente nas seguintes hipóteses: (a) na aplicação da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente de manifestação do legislador ordinário e (b) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Em matéria de políticas públicas, o entendimento jurisprudencial que vem se firmando no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, de forma excepcional, é possível a sua implementação pelo Poder Judiciário, sem que isso represente ruptura ao pacto federativo ou à separação das funções constitucionais.

Argumenta-se que as políticas públicas comportam duas fases: a da proposta e da implementação, não havendo qualquer óbice a que, excepcionalmente, e, em face de injustificada omissão da Administração no atendimento das necessidades materiais do povo, especificamente no que concerne aos direitos fundamentais ou asseguradores do patamar mínimo civilizatório, que o Poder Judiciário atue para assegurar a aplicabilidade imediata de um direito fundamental indisponível. Mesmo porque, o atendimento aos direitos indisponíveis

ultrapassam a esfera da discricionariedade estatal, por se tratar de um dever jurídico imposto ao Poder Público.

Isso se reflete, naturalmente, com maior incidência, nas ações individuais ou coletivas, que versam sobre a saúde (distribuição de medicamentos e determinação de terapias) e sobre a educação infantil (propiciando o atendimento das crianças em creche pré-escola).

Os precedentes que confirmam a tendência jurisprudencial em questão, todos do Colendo Supremo Tribunal Federal, em sua atual composição, são: (i) Recurso Extraordinário: RE 410.715 – AgR/SP, julgamento em 22/11/2005, Relator: Ministro Celso de Mello; (ii) Agravo de Instrumento: AI 664.053 – AgR/RO, julgamento em 03/03/2009, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; (iii) Recurso Extraordinário: RE 594.018 – AgR/RJ, julgamento em 23/06/2009, Relator: Ministro Eros Grau; e (iv) Recurso Extraordinário: RE 464.143 – AgR/SP, julgamento em 15/12/2009, Relator: Ministra Ellen Gracie.

Luís Roberto Barroso, sobre o tema, afirma que três objeções podem ser opostas à judicialização e ao ativismo judicial, concentrando as críticas nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2009).

A primeira objeção, concernente aos riscos para a legitimidade democrática, é calcada no argumento de que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, questionando-se a sua legitimidade para invalidar as decisões daqueles que exercem mandato popular. O autor ressalva o fundamento normativo-constitucional da atuação do Judiciário, concluindo, sob o ponto de vista filosófico, que a “jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” (BARROSO, 2009), realçando, ao final, que a atuação legítima exige racional fundamentação das decisões, com base na Constituição.

A segunda objeção, se refere ao risco de politização da justiça, na análise da ambiguidade da natureza política da atividade jurisdicional. Neste tópico, conclui que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política; (ii) deve respeitar a presunção de validade das leis e (iii) considerar que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, ou seja, emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

A terceira, por fim, concerne à capacidade institucional do Judiciário e os seus limites. Tal objeção envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão sobre dada matéria, considerando que, muitas vezes, os temas envolvem aspectos técnicos e científicos de grande complexidade, e que, nem sempre, o juiz é o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Neste diapasão, sugere que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Numa avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, a auto-limitação espontânea do Poder, na opinião do autor, antes elevaria do que diminuiria o exercício da função jurisdicional.

Não obstante o brilhantismo da exposição do mestre Luís Roberto Barroso, e a pertinência das objeções analisadas, merece ênfase a excepcionalidade da atuação proativa do Estado-Juiz na concreção do direito material. Em todos os precedentes supracitados, inclusive, há expressa referência motivada da excepcionalidade da atuação jurisdicional.

Não se poderia afirmar ainda – Barroso não o fez – que se trataria de exercício atípico de função estatal.

Na partilha das funções constitucionais, ao Judiciário incumbe, diante de um conflito de interesses, afirmar quem efetivamente tem a razão, propiciando a efetiva entrega do bem da vida perseguido.

Não escapa à função jurisdicional, outrossim, no exercício do sistema de freios e contrapesos, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos normativos, expurgando do ordenamento jurídico os diplomas, material ou formalmente, inconstitucionais.

A doutrina da normatização dos princípios e a regra constitucional do artigo 5º, §2º, da Constituição, que prevê a imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dão suficiente respaldo a atuação jurisdicional na tutela dos direitos fundamentais indisponíveis.

5. O EXERCÍCIO DO ATIVISMO PROBATÓRIO. O INTERESSE PÚBLICO. A HIPOSSUFICIÊNCIA DO JURISDICIONADO E A PERPLEXIDADE DA PROVA.

O processo, em última análise, visa a efetivação de um resultado prático favorável. A decisão judicial que entrega o bem da vida, precedida ou não de contraditório, deve ser fundamentada na lei e nos fatos suscitados no processo (pelas partes, em regra, e, em algumas hipóteses, pelo próprio magistrado) (DIDIER, 2009).

Como mencionamos anteriormente, há, ainda hoje, forte resistência doutrinária e jurisprudencial à concepção do exercício do poder instrutório pelo magistrado.

Os Princípios do Dispositivo e da Imparcialidade, numa análise clássica e semântica, dão arcabouço à concepção do Estado-Juiz como órgão inerte, e mero destinatário da prova produzida por quem tenha o ônus de fazê-lo.

Neste tópico deve ser objeto de análise e reflexão a regra procedimental do artigo 333, do CPC, que dispõe sobre a distribuição do ônus probatório.

O dispositivo legal em comento atribui ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Em regra, à parte compete fornecer os elementos de prova das alegações que fizer, assumindo o risco da não produção da prova. A regra se destina, portanto, à orientação do juízo, que avaliará no caso concreto se foram, ou não, produzidas as provas suficientes ao esclarecimento dos fatos alegados.

Aqui adentramos na análise das teorias sobre a finalidade da prova.

Fredie Didier Jr., com propriedade, leciona que há basicamente três teorias que buscam explicar qual a finalidade da prova: “a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão” (DIDIER, 2009).

Didier ressalva a impossibilidade de adoção das duas primeiras teorias: a primeira, pois fundada na verdade, que uma noção ontológica, objetiva, sendo absolutamente impossível ao ser humano atingi-la, ou ter a certeza de tê-lo feito; a segunda, porque vinculada ao sistema da prova tarifada, no qual o julgador, por absoluta impossibilidade de atingir a verdade, cria critérios para considerar, ainda que formalmente, os fatos comprovados. Vincula-se, por exclusão e com acerto, à terceira teoria, abraçando a doutrina de Vicente Greco Filho, no sentido de que a finalidade da prova é prática, qual seja a de convencer o magistrado.

É no exercício de tal convencimento, que servirá de lastro à fundamentação decisória – em observância ao Princípio da Persuasão Racional, estatuído no artigo, 131, do CPC – e também na dicção do art. 130, do CPC, que atribui ao juiz a possibilidade de determinação de ofício de provas necessárias à instrução do feito, é que parte da doutrina defende a ampla incidência dos poderes instrutórios do magistrado.

Considera-se que, não sendo o órgão julgador um mero espectador do processo, e que ele deve zelar pela sua efetividade, nada impediria a sua atuação proativa.

A imparcialidade, a seu turno, com a observância do contraditório, não seria vulnerada, mesmo porque, ao determinar a produção da prova o magistrado, em regra, não teria meios de saber a quem ela favoreceria, sendo certo que, a bilateralidade de manifestações, garantiria a ampla defesa e o devido processo legal.

Em defesa do posicionamento ora aventado invocam-se os Princípios da Isonomia (ou da Paridade de Armas); da Eticidade Processual, que proibiria a omissão no tocante à produção de provas em prejuízo da parte contrária; do Devido Processo Legal, na obtenção do resultado justo e da Solidariedade, no que se refere ao dever de todos de colaborar com o Estado-Juiz na busca da verdade.

Ressalvamos, ainda, a existência de situações em que é plenamente sustentável uma distribuição “dinâmica” do ônus da prova, em contraposição à disposição “estática” do artigo 333, do CPC. Clássico é o exemplo da prova diabólica (de difícil ou impossível produção por uma das partes), em que se sustenta a análise casuística e a determinação ou produção direta da prova por quem tenha meios de fazê-lo.

Em contraposição, os que advogam pela prevalência dos Princípios do Dispositivo e da Imparcialidade alertam para os riscos da denominada “ditadura judicial”, dado ao aumento demasiado do poder que seria conferido ao magistrado na condução do processo, ponderando que o Estado já é dotado de instrumentos e instituições – com destaque para o Ministério Público – voltadas à tutela da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O tema, entretanto, não se esgota de forma tão simples, e tem sido objeto de estudos, que ainda ecoam mais no campo doutrinário do que no jurisprudencial.

Pode-se afirmar, contudo, que em três situações determinadas – as quais, ressalvem-se, face ao caráter dinâmico do processo, sempre merecerão análise casuística – a jurisprudência tem se firmado de maneira favorável ao ativismo probatório.

Sãos elas:

(i) as situações que envolvam interesse público primário, tanto no resguardo da coisa pública, quanto na tutela do direito fundamental indisponível. Neste tópico, cumpre ressaltar, que tais situações em muito se identificam com aquelas que embasam o ativismo judicial supracitado, na tutela da vida, da saúde, da educação e de outros direitos e interesses atinentes ao denominado patamar mínimo civilizatório, que deve ser assegurado à coletividade. A premissa a ser considerada é a de que as normas constitucionais instituidoras de direitos e garantias devem sempre ser interpretadas no sentido de sua ampliação (não restrição);

(ii) as situações que envolvam jurisdicionados hipossuficientes, propiciando-se o equilíbrio da relação jurídica processual, no tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais; e

(iii) nas situações em que o julgador se depare ou se surpreenda com a perplexidade do conjunto probatório, em que a precariedade da prova produzida gere dúvida relevante e prejudicial (ou impeditiva) ao deslinde da controvérsia.

Exemplos das três situações supracitadas podem ser colhidos, com certa facilidade, em repositório de jurisprudência físico ou digital. A título ilustrativo é trazido a baila o v. julgado nº 70017858655, da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira, que representa conjuntamente duas das situações supra referidas, atinentes à perplexidade do conjunto probatório e à hipossuficiência do jurisdicionado.

No caso concreto, que versa sobre responsabilidade civil fundada em erro médico, em razão da perplexidade provocada pela prova documental, e face à necessidade de obtenção de esclarecimentos complementares, considerando-se, ainda, a hipossuficiência do jurisdicionado – paciente em confronto com um grupo hospitalar – o Tribunal anulou a sentença proferida, determinando a reabertura da fase instrutória, com a complementação da

prova pericial. Ponderou-se que, não obstante os princípios da imparcialidade e da demanda, o magistrado tem iniciativa probatória – ainda que limitada – “nos casos em que envolvem direitos indisponíveis ou quando houver severa desproporção entre as possibilidades econômicas e sócio-culturais das partes e, ainda assim, atendendo ao princípio da igualdade”.

CONCLUSÃO

Os Princípios do Dispositivo e da Imparcialidade não perfazem obstáculo intransponível ao ativismo probatório, porquanto o processo tem por escopo a realização do direito material, e o juiz, na ampla liberdade de impulsionar o feito, tem o poder-dever de buscar a denominada verdade possível.

Deve ser abandonada, portanto, a concepção privatística absoluta de que o juiz é um órgão inerte e mero espectador do processo.

A efetividade e o clamor pela celeridade processual também demandam a atuação proativa do magistrado no impulsionamento dos feitos, com base na premissa de que a justiça tardia é a negação da própria justiça.

A disponibilidade do direito tutelado e a paridade de armas, em regra, não suscitarão o ativismo probatório. Entretanto, a determinação de ofício da prova, indispensável à instrução do feito e à formação do convencimento do julgador, devidamente submetida ao contraditório, não implica violação aos Princípios da Isonomia, do Dispositivo e da Imparcialidade.

As normas constitucionais instituidoras de direitos e garantias devem sempre ser interpretadas na ampliação (e não na restrição) desses direitos e garantias.

A distribuição do ônus da prova, em situações excepcionais, como a que evidencia a prova diabólica (de difícil ou impossível produção por uma das partes) pode ser dinâmica, atribuindo-se a sua produção a quem tenha meios de fazê-lo, em detrimento da distribuição estática prevista em lei (artigo 333, do CPC).

Por fim, concluímos que, embora haja controvérsia sobre a matéria, a jurisprudência consolidou o entendimento acerca da possibilidade de incidência – casuisticamente considerada – do ativismo probatório, mitigando-se o Princípio do Dispositivo. São três as situações reconhecidas: (i) tutela do interesse público primário, tanto no resguardo da coisa pública, quanto na tutela do direito fundamental indisponível; (ii) tutela dos interesses dos hipossuficientes e (iii) perplexidade do conjunto probatório.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BORGE, Felipe Dezorzi. *Ativismo Jurídico: do acesso à Justiça e da cidadania ativa*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13794>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 2009.002.05776. Relator: Des. Alexandre Freitas Câmara. Julgamento: 04 mar. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Volume 1. 11. ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*, Volume 2. 4. ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.

FERREIRA, Reinaldo Alves. Da aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova como forma de obtenção de um processo justo e igualitário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2021, 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12187>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 4. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REINA, Cláudia Regina. *Judicialização da Política*. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=320>>. Acesso em: 03 dez. 2009.