

**OS LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR – O
CONTRADITÓRIO, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O ATIVISMO JUDICIAL**

**THE LIMITS OF THE JUDGE'S INSTRUCTIONAL POWERS - THE
CONTRADICTORY, THE PRINCIPLE OF ISONOMY AND JUDICIAL
ACTIVISM**

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos

Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, local em que colou grau em Ciências Jurídicas e Sociais em 2003. Cursou especialização na UFRGS em Direito Penal e Política Criminal: sistema constitucional e direitos humanos, em 2014, bem como Escola Superior da Magistratura, em 2005. Atuou como advogada, inclusive na área criminal, por 6 anos e atualmente integra os quadros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, atuando como Auxiliar de Juiz junto a 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre. É integrante do grupo de pesquisa em Criminologia Latino-Americana (PUCRS), autora de publicações e artigos em revistas especializadas e pesquisadora CAPES. Palestrante e congressista na área.

Informações de Submissão

Aceito em: 08/10/2018
Publicado em: 19/12/2018

Palavras-chave

Ativismo judicial. Isonomia Poderes
instrutórios.

Keywords

Instructional powers. Isonomy.
Judicial activism.

Resumo

Hodiernamente, verificamos em nossos tribunais, um processo de busca da prova por parte magistrado, atuando como se fosse parte. Todavia, o processo deve ser visto como um mecanismo de efetivação de garantias e não mais um mero instrumento do poder de punir. Nessa perspectiva, o tema do presente artigo são os limites dos poderes instrutórios do julgador à luz do contraditório, do princípio da autonomia e do ativismo judicial. O objeto de análise é a demonstração da necessidade de preservação da isonomia do julgador, mantendo-se hígdas as garantias constitucionais. O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre a função jurisdicional e seus limites dentro de uma ordem constitucional, para, ao depois, analisar-se a questão da falácia da busca por uma decisão justa, transmutada em ativismo judicial.

Abstract

We have verified, in our courts, a process of seeking the proof by the magistrate, acting as if it were part. However, the process must be seen as a mechanism for ensuring that guarantees are no longer a mere instrument of punishment. In this perspective, the theme of this article is the limits of the investigating powers of the judge in the light of the contradictory, the principle of autonomy and judicial activism. The object of analysis is the demonstration of the need to preserve the isonomy of the judge, keeping the constitutional guarantees healthy. The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure. First, this article proposes a reading on the jurisdictional function and its limits within a constitutional order, in order to analyze the question of the fallacy of the search for a just decision, which is transmuted into judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

A questão em torno à limitação dos poderes instrutórios do julgador é tema atual, que surge sempre norteado de questionamentos em torno de sua limitação, tanto na área do processo civil como do processo penal. O tema colabora para a compreensão da instrução processual assim como ao tema probatório, analisando até que ponto o julgador deve buscar a prova, sem comprometer a sua isenção e encontrando limite no ativismo judicial, que não se confunde com a arbitrariedade. Assim, há liberdade interpretação, mas o limite é a Constituição Federal.

O presente trabalho visa analisar a questão, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do assunto, analisando a possibilidade de se atribuir tais poderes ao magistrado, bem como eventuais limites para o seu exercício, sem que este perca sua isonomia no processo, que é o que lhe confere aptidão para o julgamento.

O fato é que hoje não há mais espaço para ações que judiciais que desprezem os direitos e garantias fundamentais e o respeito aos direitos individuais. Dessa feita, o processo deve ser democrático, no sentido do valor da pessoa humana acima de todos os outros interesses, devendo ser visto como um instrumento de efetivação de garantias e não mais um mero instrumento em favor das partes, do juiz e do poder de punir. Ele não é um instrumento de busca da verdade, e muito menos um simples caminho pelo qual se legitima uma pena.

É sob essa concepção que deve atuar o juiz, incumbindo ao julgador o papel central na efetivação desse modelo processual. Assim, de nada basta a realização do presente estudo se não for avaliado o papel do juiz perante o processo, a forma pela qual se deve dar a atuação do magistrado, bem como a posição que este ocupa no cenário processual. Para isto, se deve avaliar o magistrado enquanto ator judiciário essencial para a efetivação das garantias, mas, também, enquanto ser humano, e assim sujeito a todas as variações e influências inerentes à espécie.

O trato igualitário e responsável por parte do magistrado em relação às partes do processo é pressuposto de uma decisão justa. Com isso, deve se buscar o afastamento do juiz da causa dos elementos colhidos pelas partes, definindo o seu papel como um terceiro equidistante, fomentando a figura de um juiz imparcial. Ademais, diversos princípios constitucionais devem ser respeitados para que possamos dar as diretrizes por onde deve ocorrer a atuação do magistrado e assim se efetivar um processo que se dê em conformidade constitucional.

Por todos os aspectos aqui expostos, e principalmente devido a abrangência do tema, o assunto merece ser discutido e analisado. É uma problemática que atinge todas as esferas processuais e carece de uma solução que produza efeitos, principalmente em âmbito jurídico e social.

Espera-se, com a presente pesquisa, redespertar o interesse para a presente questão, para que se reflita sobre as soluções apontadas e se questione a respeito dos benefícios e malefícios da busca de ofício por provas pelo magistrado e do ativismo judicial. Se, com essa pesquisa, conseguirmos ao menos suscitar o interesse em torno do tema, teremos atingido nosso objetivo.

2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL E SEUS LIMITES DENTRO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Muito se tem pensado e refletido sobre a função do julgador dentro da perspectiva trazida pela ordem constitucional, eis que o estado brasileiro exige um processo civil democrático, que seja construído para os jurisdicionados, que somos todos nós e isso foi reafirmado com o art. 1º do Código de Processo Civil de 2016, que nada mais é do que o devido processo constitucional.¹

O Princípio da Imparcialidade tem matriz constitucional no Princípio do Juiz Natural, previsto no artigo 5º, LIII, da CF, no sentido de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Ademais, o inciso XXXVII, do mesmo dispositivo constitucional, assegura a inexistência de juízo ou tribunal de exceção. Perfaz, por conseguinte, verdadeira garantia constitucional, constituindo instrumento obstaculizador do arbítrio estatal. Decorre da imparcialidade, portanto, a ausência de interesse, compromisso e/ou envolvimento do julgador com a causa ou com as partes do processo; é ela pressuposto processual subjetivo para que a relação processual se instaure validamente. A sua inobservância, portanto, pode ocasionar a nulidade do processo.

Com isso, à luz do modelo contemplado por nossa carta magna, o juiz deve atuar com isonomia, cabendo ao julgador o papel de espectador e fiscal, na qual resta garantir o respeito e a observância aos princípios constitucionais, não devendo, ao menos a princípio, investigar e nem agir de ofício.

¹Câmara, Alexandre de Freitas. Novo CPC ampliou de sobremaneira os poderes do juiz. Consultor Jurídico. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Não há dúvida de que norma e fato são dois pontos básicos de referência no processo mental do julgador.² Dessa feita, na maior parte dos casos, para que se possa ter um julgamento, o mais próximo possível do que conhecemos de “justo”, mister que sejam verificados os fatos que são alegados pelas partes. Em outras palavras, “quanto aos fatos relevantes, somente será facultado ao juiz conhecê-los, normalmente, por meio de provas.”³ Com isso, conclui-se que prova é o resultado dos atos ou meios produzidos na apuração da verdade.

José Roberto dos Santos Bedaque⁴ refere que, como forma de conceder a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor, o juiz exerce atividade cognitiva e forma um juízo de valor sobre os fatos deduzidos na inicial e na contestação. A demonstração desses fatos é imprescindível na maioria dos casos e deve ser feita através dos meios de prova previstos em nosso sistema processual.⁵ Todavia, a questão da prova não pode ser tratada apenas como um ônus; mister que ele seja igualmente visto como uma garantia constitucional ao instrumento adequado à solução dos conflitos e consubstanciando-se em um componente inafastável do princípio do contraditório e da ampla defesa.⁶

Nos ensinamentos de Pontes de Miranda⁷, “prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo.” Na doutrina italiana, Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, aduzem que a palavra prova é utilizada para indicar os procedimentos e instrumentos cognoscitivos que servem para a verificação dos fatos na causa, podendo, toda a coisa, fato ou pessoa, ser utilizada para tal finalidade, empregado como meio de prova. Por outro lado, os referidos autores aduzem que o vocábulo prova indica também, a valoração do juiz ou o resultado do emprego de um meio de prova para designar a demonstração racional quanto à verdade de um

²MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. In: Temas de Direito Processual: segunda série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 73-82, particularmente p. 73.

³MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 1. O autor ainda atenta ao art. 334 do CPC, segundo o qual não dependem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos, no processo, como incontrovertidos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.

⁵Cabe aqui lembrar o teor do art. 373, I e II do CPC, que estabelece que o ônus da prova cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁶GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de Processo Civil**. Tombo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 246.

fato.⁸ Para Avena⁹ prova é o “conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto à atos, fatos e circunstâncias.” Segundo ele, o objetivo da prova é formar a convicção do julgador sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Mirabete¹⁰ aduz que “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.”

Assim, o objetivo da prova é inferir no convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes no processo, não se destinando, portanto, às partes que a produzem ou requerem mas ao magistrado, visando o julgamento de procedência ou improcedência da ação.¹¹

Moacyr Amaral dos Santos¹² vincula a prova à verdade, afirmando que prova é “o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.” Nicola Framarino Dei Malatesta¹³ também traz à baila a verdade ao conceitua prova, aduzindo que a prova seria “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena, e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estramos de posse da verdade.” O mesmo autor ainda afirma que “a prova não faz mais do que refletir no espírito humano a verdade objetiva; é através dela que chegamos à posse da verdade.”

Segundo Michele Taruffo¹⁴ o juiz que irá decidir sobre os fatos é último, definitivo porque e portanto, mais importante narrador no âmbito do processo. Segundo o autor, ao final do procedimento, o julgador se vê diante de diferentes histórias narradas pelas partes via testemunhas e advogados, sendo que tais histórias, em geral, tendem a ser divergentes e contrastantes. Ante a este quadro, a função primordial do magistrado é definir qual das diversas narrativas é a “melhor”. Para tanto, ele pode escolher uma entre as histórias já narradas ou construir uma original, desde que esteja autorizado a fazê-lo e esteja insatisfeito com o que lhe foi demonstrado pelas partes. Nos dizeres do autor, a narrativa que é

⁸COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed. Bolonha: II Mulino, 1998, p. 610-611.

⁹AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 460.

¹⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 249.

¹¹AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 460.

¹²SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 2.

¹³MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Volume I, tradução Walesca Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora, 1995, p. 19 e 153.

¹⁴TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marciel Pons, 2012, p. 67, tradução: Vitor de Paula Ramos.

apresentada pelo juiz em sua versão final (ou ato sentencial) é neutra, e não da parte pois o julgador não tem qualquer fim a atingir salvo o de pronunciar uma decisão justa e precisa já que não possui qualquer interesse pessoal no *decisum*. Ademais, essa narrativa é “verdadeira, não somente no sentido de ter uma pretensão de veracidade, mas também porque o juiz afirma ser esta verdadeira com base na confirmação resultante das provas produzidas e valoradas. (...) Verdadeiro equivale a provado.” Para Aury Lopes Jr., a sentença é um ato de crença, de convencimento, produzido a partir da atividade probatória dirigida do juiz.¹⁵ Dessa feita, a forma como concebemos e conceituamos “prova”, guarda, em geral, extrema relevância para o debate acerca da questão da verdade. Todavia, até que ponto pode o julgador chegar, em nome da busca da verdade?

À luz da Constituição Federal, o magistrado não deve investigar ou agir de ofício, incumbindo-lhe apenas fiscalizar e oportunizar a paridade de armas, viabilizando e garantindo a observância do contraditório e do devido processo legal.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaue¹⁶, 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, no entanto, 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.

A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo, pois entre os requisitos necessários a um processo efetivo está a justiça da decisão, o que pressupõe a exata reconstrução da matéria fática. Para o autor, se não é possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos se devem esgotar os mecanismos aptos a buscá-la. Assim, a possibilidade de se chegar a um resultado justo fica maior, sendo que para o doutrinador, a concessão de poderes instrutórios ao julgador amplia as chances de se obter a reprodução fiel dos fatos ocorridos no plano material, o que, segundo ele, contribui de forma decisiva para a efetividade do processo.

Alexandre Freitas Câmara, nesse mesmo viés aduz que “se é parcial o juiz que determina a produção de uma prova, pois esta beneficiará uma das partes, então também se

¹⁵ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 281.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

deve considerar parcial o juiz que não determina a produção da mesma prova, pois assim beneficiará a parte contrária”.¹⁷

Álvaro de Oliveira¹⁸ vê o fenômeno da seguinte forma: “Analisando-se criticamente essa visão social do processo, impõe-se advertir, em primeiro lugar, que aumento dos poderes do juiz não deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexo entre o direito material e o processual (...) Ao mesmo tempo não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado *chose faite*, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional.”

Ainda sobre o mesmo tema, Leonardo Grego¹⁹ refere que a iniciativa probatória das partes não tem fundamento constitucional, ao contrário do princípio dispositivo, mas caráter meramente técnico. Segundo o doutrinador, é preciso distinguir entre princípio dispositivo (da demanda) e a iniciativa probatória do juiz. Essa iniciativa tem fundamento constitucional no caráter social do estado de direito, assim como no dever do estado de alcançar a justiça. A justiça depende da busca da verdade, que depende da certeza dos juízos sobre os fatos. A tutela jurisdicional efetiva exige a prova dos fatos litigiosos. A iniciativa probatória do juiz não o converte em um juiz autoritário ou fascista, desde que bem delimitada aos fatos discutidos no processo, às fontes probatórias que já constem na causa e se confira aos litigantes o exercício de seu direito de defesa, ampliando, se necessário, suas provas inicialmente propostas.

¹⁷Exame de um caso concreto: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento 2009.002.05776.

¹⁸OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso 23.08.2016.

¹⁹GREGO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, p. 8.

Os poderes instrutórios do julgador ainda são alvo de outra discussão jurídica, relativa às suas características quanto aos atos processuais das partes. Neste tópico, existem três correntes diversas.

A primeira delas, defendida por Câmara, Didier, entre outros²⁰, refere que o poder do juiz é amplo e autônomo em relação ao das partes, autorizando o magistrado a atuar independentemente da conduta probatória dos litigantes na busca da verdade. Esse entendimento parte do pressuposto de que os poderes instrutórios do juiz não possuem relação alguma com os atos de disposição das partes, quanto ao direito material, nem tampouco com o ônus subjetivo da prova.

A segunda corrente estabelece uma atuação concorrente do magistrado no campo probatório, de forma que este exerce atividade instrutória juntamente com as partes. Sérgio de Mattos²¹ refere que a iniciativa probatória é comum ao juiz e às partes e que ambos propõem as provas conjuntamente. A investigação dos fatos é tarefa de todos os sujeitos processuais no sentido do descobrimento da verdade da realização da justiça e ao juiz apenas cumpre sua parte numa tarefa comum. Segundo ele, o processo converte-se numa ordem de colaboração entre o juiz e as partes, desenvolvendo-se em direção à consecução da justiça, intimamente relacionada com a atuação do direito material, segurança, paz social e efetividade. Para o autor, os fins polarizam o processo; o juiz e as partes, em que pese possuam interesses contrapostos, desempenham um conjunto harmônico de atividades necessárias à efetivação dos fins do processo. E complementa “e quem colabora não pode substituir. Portanto, a iniciativa do juiz em tema de prova não substitui às das partes. É aqui que entra o poder instrutório do magistrado na busca da verdade processual que formará o seu convencimento para decidir. Mas, uma vez chegando nesse estágio processual, não poderá o juiz se furtar de seu dever funcional.”

Álvaro de Oliveira²² comunga do mesmo entendimento, referindo que a atividade probatória deverá ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas de forma conjunta, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.

Em última análise, há uma terceira posição, que entende que o poder instrutório do julgador deve ser subsidiário ao das partes. Dessa feita, a atuação do magistrado depende de

²⁰CÂMARA, Alexandre. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007. No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório**. v. 2, p. 52.

²¹MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 127

²²OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso 23.08.2016.

uma inviabilidade probatória dos litigantes. José Roberto dos Santos Bedaque²³ nos ensina que esse é o sistema que vigora na Itália, onde se tem o princípio dispositivo atenuado, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção de prova, exercendo o julgador papel meramente subsidiário, nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador.

No que se refere ainda a esta última corrente, Leonardo Greco²⁴ conclui que a solução para a conciliação entre os poderes instrutórios e a disponibilidade de direitos das partes é a adoção do princípio da subsidiariedade da intervenção estatal, desenvolvendo o juiz um papel integrativo em relação ao das partes, flexibilizando e equilibrando os excessos eventualmente cometidos, em nome do interesse público. O autor ainda refere que a busca da verdade não é autoritária desde que respeitada a liberdade das partes de dispor de seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade. Segundo o doutrinador, ainda, em caráter subsidiário, para suprir as deficiências probatórias das partes, especialmente o abuso de comunicação que separa as partes do juiz, ela constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais.

No campo probatório, todavia, os poderes instrutórios ainda são vistos com desconfiança e até com certa resistência pelos litigantes, especialmente por não saberem a capacidade de mácula à imparcialidade do julgador²⁵, e ainda por receio de que esse controle probatório acabe prejudicando os interesses defendidos porque, no sistema processual na época do liberalismo, o deslinde da questão posta em juízo dependia muito mais da habilidade dos advogados do que propriamente do direito da parte, de forma que o processo ficava à sorte do mais esperto.

O fato é que 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 e por isso, merece ser objeto de estudo.

²³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

²⁴GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual: primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, out./dez. 2007. Disponível em: www.revistaprocessual.com. Acesso em: 08 fev. 2016.

²⁵COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto**. Revista de processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr-jun., 1998.

3 A FALÁCIA DA BUSCA POR UMA DECISÃO JUSTA

O contraditório exerce um papel fundamental dentro do sistema acusatório pois consubstancia-se na razão pela qual a colaboração no âmbito do processo revela-se como um modo de estruturação do processo justo, pois, inexistindo o contraditório entre os sujeitos no processo não há que se falar em justo processo, na medida em que não haverá um diálogo em torno dos fundamentos que se encontram no cerne da causa posta em juízo.²⁶

Segundo Giuseppe Martinetto²⁷, o contraditório é exatamente o instrumento que possibilita essa efetiva atuação das partes e do juiz, operacionalizando o debate franco e leal dos sujeitos do processo, visando a uma decisão justa, obtida por meio de um procedimento legítimo. Dessa feita, o respeito ao contraditório assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Nicola Picardi²⁸ conclui o raciocínio afirmando que o contraditório vem deslocado das margens do fenômeno processual: não é mais uma prova de força mas se torna um instrumento de investigação da “verdade provável”. Segundo ele “podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório; mas com a expressão ‘princípio’ aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista mas, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório, representa, acima de tudo, uma daquelas *regula iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade. Estamos aqui, com toda a probabilidade, nas matizes da noção de ‘justo processo’.”

Dessa feita, não resta dúvidas de que o papel destinado aos magistrados e o alcance de seus poderes reflete diretamente na concepção de Estado que cada sociedade tem em dado momento histórico, pois a organização política de cada sociedade é fator condicionante do modo de resolução do problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes.²⁹

²⁶MULLER, Luciano Scherer. **Os poderes instrutórios do juiz na perspectiva dos direitos fundamentais.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p. 89.

²⁷MARTINETTO, Giuseppe. **Contraditori: principio del. Novissimo digesto italiano.** Torino: Utet, v. 4, 1964, p. 459.

²⁸PICARDI, Nicola. **Audiatur et altera pars: as matrizes histórico culturais do contraditório.** In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (org.). *Jurisdição e Processo.* Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, p. 142.

²⁹MULLER, Luciano Scherer. **Os poderes instrutórios do juiz na perspectiva dos direitos fundamentais.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p. 92.

Michele Taruffo³⁰ aduz que nunca houve na história do direito processual, tampouco na atualidade, um Estado que contemple um processo onde “las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de oficio por el juez.” Na verdade, ainda segundo Taruffo³¹, a análise de modelos puros pode ser útil no plano teórico ou explicado na perspectiva de determinada ideologia mas implica em um risco de alijamento da realidade. Com isso, convém falar-se em modelos mistos.

O autor segue discorrendo acerca da atribuição de caráter político aos poderes do juiz na instrução da demanda. Segundo Michele Taruffo³², a atribuição de poderes de iniciativa instrutória implica em uma aceitação de uma ideologia política antiliberal e substancialmente autoritária ou totalitária. Segundo o autor, a presença de um juiz dotado de poderes instrutórios autônomos seria um dos indicadores seguros de que o modelo processual se encontra em um sistema autoritário, assim como um sistema plenamente liberal não deveria atribuir nenhum poder de iniciativa instrutória aos magistrados. Tal tese, no entanto, é refutada de plano, sob o argumento de que “no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instrutória y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos.” Na verdade, para o doutrinador, a existência de maiores ou menores poderes de atuação do magistrado na instrução probatória originam-se, necessariamente, de uma escolha de caráter ideológico.

José Barbosa Moreira³³, nesse mesmo sentido, aduz que o aumento dos poderes oficiais na instrução do processo está longe de constituir peculiaridade de ordenamentos processuais “modelados sob diretrizes políticas autoritárias. A história e o direito comparado não permitem, na matéria, enunciar regra constante: têm-se visto, e vêem-se hoje, as mais diversas combinações. A ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e liberalismo político, do mesmo modo que com um e outro poder convier a tendência a restringi-la ou nulificá-la.” Segundo o autor, no entanto, o que pode-se afirmar com segurança é que “a consagração de semelhante iniciativa acompanha a transição do Estado absenteísta, dominado pela pressão do *laissez faire*, para o Estado com preocupações sociais, empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial.

³⁰TARUFFO, Michele. **Poderes probatórios de las partes e del juez em europa**. In.: Doxa. www.cervantesvirtual.com. p. 251.

³¹TARUFFO, Michele. **La prueba de los echos**. Madrid: Trotta, 2002, p. 43.

³²TARUFFO, Michele. **Poderes probatórios de las partes e del juez em europa**. In.: Doxa. www.cervantesvirtual.com. p. 251.

³³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In: Temas de Direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48-49.

Para alguns doutrinadores, no entanto, é preciso salientar que pode haver um sistema onde o juiz tenha um papel ativo na condução do processo com amplos poderes para complementar as iniciativas probatórias das partes dentro de um contexto onde são assegurados todos os direitos existentes dentro de um sistema democrático, tais como a ampla defesa e o contraditório. Por outro lado, seria completamente diversa a situação em que se teria um juiz ativo de forma inquisitória e autoritária, determinando a produção de provas de ofício, e impedindo as partes de requerer provas e afastando as mesmas das garantias inerentes ao processo.³⁴

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵ certas atribuições e faculdades não podem ser retiradas das partes, tais como a faculdade de iniciar a demanda e fixar o seu conteúdo, assim como não se outorga ao órgão judicial poder para fazer cessar a demanda ou modificar o pedido ou a causa de pedir uma vez que tal atividade comprometeria de forma irremediável a imparcialidade própria do ofício do julgador. Por outro lado, temos o interesse público, o qual está vinculado ao próprio exercício da jurisdição e que exige seja prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do julgador, assentada da forma mais próxima possível da verdade dos fatos, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação e disciplinando tais poderes instrutórios.

O contraponto, no entanto, aos poderes instrutórios do magistrado, reside no princípio do dispositivo, o qual normalmente é trazido pela doutrina a fim de refutar a iniciativa probatória do juiz, ou seja, com base neste princípio, fundamenta a necessidade do magistrado se manter passivo na instrução do processo. Isso ocorre porque é comum utilizá-lo para designar um predomínio da vontade das partes e assim uma consequente inibição por parte do magistrado no campo processual.

Segundo Sérgio Luiz Wetzel de Mattos³⁶ “é sestro invocar o princípio do dispositivo para refutar a iniciativa do juiz em tema de prova. Na verdade, é sestro aludir ao princípio dispositivo para designar o papel dominante das partes no processo, reduzindo ao mínimo a interferência do juiz.”

³⁴MULLER, Luciano Scherer. **Os poderes instrutórios do juiz na perspectiva dos direitos fundamentais.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p. 97.

³⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181.

³⁶MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil.** In.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Prova Cível.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

Humberto Theodoro Júnior³⁷ aduz que, no processo civil, por predominar o princípio do dispositivo, a questão do ônus da prova assume uma especial relevância. Segundo ele, as regras a respeito do ônus da prova possuem um reflexo direto na solução da lide, de forma que não é permitido ao juiz realizar a prova que a parte omitiu totalmente, no exercício de sua faculdade processual, de forma que apenas excepcionalmente o magistrado poderá fazer uso da iniciativa probatória, pois, em regram, seu convencimento deve ser formado através da atividade probatória exercida pelas partes. Ou seja, não poderá o juiz, por sua iniciativa probatória, suprir a falta de iniciativa da parte interessada, principalmente quando a matéria não for de ordem pública.

Moacyr Amaral dos Santos³⁸ assevera que caso o juiz tivesse esse poder, este se colocaria muito mais como parte do que como juiz. Dessa feita, deve o magistrado apenas agir para sair do estado de perplexidade em que o deixarem as provas oferecidas pelos litigantes, apenas para o fim de formar o convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar em face das provas oferecidas e havendo sinais de que estas podem ser completadas. Todavia, tal ato instrutório jamais deve ser realizado para o fim de fazer pesar a balança para um lado ou para outro e nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Segundo o autor, não é porque a prova é deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas pelo fato de que a prova que foi colhida o deixou perplexo, a ponto de não poder o magistrado decidir com justiça.

Nessa perspectiva, devemos refletir: será lícito ao julgador, determinar, de ofício, diligências instrutórias quando encontrar-se em dificuldade na formação de sua convicção?

A iniciativa do juiz é, em matéria de prova, meramente supletiva e excepcional. Caso contrário, as normas de distribuição do ônus probatório não teriam qualquer razão de ser. Assim, fácil afirmar que não cabe ao julgador tomar a posição investigador na busca da prova, sob pena de perder sua imparcialidade, qualidade essencial aquele que julga, o que se aplica tanto ao processo penal como ao processo civil.

O art. 373 do CPC³⁹ determina a distribuição do ônus probatório entre as partes e segundo seu texto, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito

³⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, p. 418/419.

³⁸SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 384/387.

³⁹**Art. 373. 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. (...)

do autor. Para Moacyr Amaral dos Santos⁴⁰, tal norma, em que pese seja aplicada a maioria dos casos, trata-se de um enunciado relativo, ou geral, que admite as exceções que foram estabelecidas pela norma legal substancial cuja aplicação se requer. Trata-se de um princípio, o qual encontra-se contigo no art. 373 do CPC e ao qual conjuga-se outro, de origem romana, que estabelece que “compete, em regra, a cada uma das partes fornecer a prova das alegações que fizer.”

Assim, com base em nosso ordenamento jurídico, no que se refere à prova, a iniciativa, via de regra, continua sendo da parte e com fundamento no princípio dispositivo, em que pese nossa legislação permita ao magistrado, em inúmeras oportunidades, a busca pelas provas que entender como necessárias ao julgamento do mérito, podendo indeferir, de forma fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias e ferindo, de forma frontal, a imparcialidade do julgador. Alguns doutrinadores veem esses poderes como um meio-termo entre o juiz ditador do processo inquisitivo e o juiz espectador de antigamente, inclinando-se pelo juiz diretor do processo. Assim, o julgador pode determinar de ofício a realização de provas de fatos que sejam importantes para o deslinde da causa.

Antoine Garapon⁴¹ refere que aquele que julga nunca está completamente isento de juízos antecipados. Dessa feita, paradoxalmente, é mais fácil para ele tomar uma decisão do que modificá-la.

Todavia, para que se mantenha a isenção do magistrado que irá julgar o processo, mister que se limite os poderes de instrução do julgador, impedindo que o mesmo, no dispositivo sentencial, apenas atue no sentido de confirmar suas percepções da fase instrutória.

Não é fácil a tarefa imposta ao magistrado pois exige que ele possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa, obtidas na fase de investigação, para analisar se aquilo que ele ajudou a “produzir” é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para que se tenha um desfecho condenatório. Ao se permitir e determinar essa atuação dúplice ao mesmo juiz, estaremos empurrando-o para uma presunção de culpa, autorizando o magistrado a pensar que se havia possuído o entendimento de que haviam elementos para investigar e acusar de forma legítima uma pessoa, a tendência e condená-la somente será revertida se o acusado ou sua defesa demonstrar que o magistrado se equivocou ou desconhecia os elementos apresentados em juízo. Caso contrário, ou seja, caso

⁴⁰SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.29/30.

⁴¹GARAPON, Antonie. **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 317.

o acusado não comprove sua inocência, será mantida a convicção que já fora formada desde o início, o que representa uma convicção imutável e que passa ao julgador a falsa convicção de coerência, e ainda reforça na sua psique o famoso “encontro da verdade real.”⁴²

No que tange ao processo penal, atuando na fase de investigação, o magistrado forma o seu convencimento, ainda que prévio e ainda que de forma inconsciente, o que o impulsionará a agir influenciado por aqueles elementos, acreditando já possuir uma solução para o caso. Com isso, o juiz introjeta essa crença e tende a buscar no processo, ainda que de forma inconsciente, confirmar o acerto das decisões que tomou durante a investigação, fazendo com que o réu se veja em uma posição de extrema desigualdade em relação à acusação.⁴³ Com isso, o juiz competente para julgar a ação penal, se não tiver sido instado a tomar decisões pertinentes a fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar um julgamento justo e imparcial. A atuação no inquérito policial contamina o juiz, tornando árdua a tarefa defensiva de tentar se fazer ouvir no processo.⁴⁴

Seria quase como o juiz reconhecer uma derrota, um erro, ao verificar que o acusado é inocente; ele estaria reconhecendo seu erro em acusá-lo e em determinar medidas restritivas em seu desfavor na fase da instrução processual. E se para nenhum ser humano é uma tarefa fácil o reconhecimento de um equívoco, o martírio se torna ainda maior quando tal vem agregado de medidas restritivas injustas, como uma prisão preventiva, por exemplo. Portanto, não restam dúvidas de que, sendo o mesmo juiz que atue na investigação, o julgador do processo, este entrará com uma carga psicológica totalmente contaminada, o que lhe retira a possibilidade de uma devida apreciação dos fatos, considerando os argumentos em pé de igualdade. Esse magistrado que participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, nesse cenário é evidente que a defesa entra em desvantagem e sua fala já não merece a mesma atenção e credibilidade daquele juiz⁴⁵, de forma que podemos entender haver um rompimento com o sistema acusatório quando se atribui ao magistrado essa dupla função.

⁴²ZANÓIDE DE MORAES, Maurício. **Quem tem medo do juiz das garantias**. IN: Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, 213, ed. Esp., p. 21-23, ago. 2010, p: 22.

⁴³LUZ, Denise Nachtigall; SILVEIRA, Leon Murelli. **O Angustiante Dever de Decidir e a Pessoa do Juiz: um diálogo entre a psicanálise e o direito sobre o juiz das garantias**. Revista Bonijuris. Curitiba, n. 586, p. 06-19, set. 2012, p. 17.

⁴⁴REALE JUNIOR, Miguel. **O Juiz das Garantias**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011, p. 102.

⁴⁵SCHREIBER, Simone. **O Juiz de Garantias no Projeto do Código de Processo Penal**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 02/03, ago. 2010, p. 03.

José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁶ conclui a questão aduzindo que, em que pese alguns doutrinadores afirmarem que a postura ativa do juiz poderia comprometer sua imparcialidade, tal argumento não estaria correto, uma vez que o magistrado, no momento em que provoca a prova, não sabe o resultado desta e, portanto, a quem sua produção beneficiará. A omissão, sim, pode levar a um resultado previamente conhecido por ele, pois a deficiência do conjunto probatório impõe ao juiz decidir segundo as regras de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373)⁴⁷. Além disso, essa solução pode não corresponder àquilo que deveria ocorrer se houvesse o cumprimento espontâneo da regra de direito material. Esse fenômeno vai de encontro aos escopos do processo. Ainda segundo o autor, sempre que se mostrar deficiente o conjunto probatório, o juiz deve valer-se de todos os meios possíveis para formar seu convencimento, não se podendo delimitar uma situação específica.

O doutrinador segue e assevera que se percebe é que normalmente a falta da prova ocorre em prejuízo da parte economicamente menos favorecida uma vez que os ricos possuem condições de contratar bons advogados, que sabem muito bem como conduzir a produção da prova em favor dos interesses de seu cliente. Essa é a realidade do processo em qualquer país do mundo, mas naqueles em que há maior desigualdade, ela produz consequências danosas à parte mais pobre, comprometendo a garantia constitucional da isonomia real. Ele deve determinar a produção da prova de ofício sempre que não consiga formar juízo de certeza a respeito de um fato relevante para o julgamento do processo. Como já disse, a observância do contraditório é fundamental. A parte deve ter oportunidade de acompanhar essa produção, de se manifestar a respeito do resultado e até de produzir outras provas.

Quanto aos limites aos poderes instrutórios do julgador, Bedaque aduz que o limite principal é o contraditório, mas que, no entanto, existem também alguns óbices legais. Segundo ele, “o legislador brasileiro, por exemplo, considera verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, se houver revelia. Nesses casos, a produção da prova é expressamente dispensada, impondo-se o julgamento antecipado. Pois bem. O juiz, em princípio, deve respeitar a vontade do legislador. Só pode contrariá-la se o fato for inverossímil. Poderá determinar a produção da prova *ex officio*, com fundamento da falta de plausibilidade da causa petendi. Por exemplo, se o autor afirmar que o réu, conduzindo um Fusca 66, a 150 km por hora, na Marginal do Tietê,

⁴⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

⁴⁷**Art. 373. 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. (...)

sexta-feira, às 18:00, bateu em seu veículo, eventual revelia não constitui óbice à abertura da fase instrutória pelo juiz, pois veracidade desse fato é altamente duvidosa”.

No que tange à distribuição dos ônus da prova aliada aos poderes instrutórios, Bedaque elucida a questão. Segundo o doutrinador, as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito (CPC, art. 373). Se o juiz tiver dúvida sobre a ocorrência de um desses fatos, julgará contra quem estava incumbido de demonstrá-lo. O ideal, todavia, é que o julgamento esteja fundado em juízo de certeza, o que depende de um conjunto probatório suficiente. Eventuais falhas podem e devem ser supridas pelo juiz. Quanto menos ele tiver de aplicar as regras de distribuição do ônus da prova tanto melhor, pois terá decidido com convicção. O artigo 373 constitui a última saída para o juiz que, apesar de não convencido, não pode deixar de julgar. Esse não é, todavia, o resultado ideal. A decisão deve, na medida do possível, corresponder exatamente àquilo que ocorreria se a parte não precisasse do processo para obter o reconhecimento de seu direito.

O fato é que não há como negar que eventuais comprometimentos de parcialidade podem ocorrer pois o juiz é humano em toda a sua atuação⁴⁸ e assim, falho. Dessa feita, o respeito ao contraditório na atividade instrutória e a estrita observância ao dever de motivar as decisões seria o aliado a uma análise cuidadosa da prova constante dos autos, assim como a indicação de seu convencimento dos fatos são o remédio mais eficaz contra o risco de parcialidade do magistrado.⁴⁹

Todavia, o questionamento que se faz é com que frequência temos uma instrução probatória “deficitária”? Qual é a incidência da atuação de ofício pelo magistrado em nossos processos? Ademais, temos ainda o ativismo judicial, questão que merece ser analisada e estudada, eis que cada vez mais presente em nossa realidade, é que é reforçada pela permissão do magistrado a uma atuação de ofício e que compromete a segurança jurídica. O ativismo judicial pode ser definido como uma atividade do juiz que não encontra respaldo em norma jurídica construída por meio dos textos previamente produzidos pelos representantes do povo legitimamente eleitos. Assim, ao agir fora do sistema jurídico previamente estipulado, o magistrado adentra em esfera política, social, religiosa, econômica, e passa a realizar conduta não prevista em lei, conduta esta que não lhe cabe e não lhe é permitida nas hipóteses em que existem regras postas, sob pena de gerar insegurança jurídica. Justamente para que haja

⁴⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. Revista de Processo. V. 9, n. 35, julho-setembro de 1984, p. 180.

⁴⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba**. In. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 81

segurança jurídica, por meio da previsibilidade das regras do jogo, isto é, das normas que instruem o processo judicial, é que devemos compreender até que ponto pode o juiz provocar a produção de provas, de ofício.⁵⁰

Luís Roberto Barroso realiza uma importante distinção entre ativismo e de judicialização – institutos sinônimos para grande parte da doutrina. Segundo ele, a judicialização e o ativismo judicial tem as mesmas origens, contudo não são gerados pelas mesmas causas imediatas. A judicialização é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, como ocorre no ativismo judicial, sendo que este decorre de uma atitude, de uma escolha ou de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Segundo ele, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, e assim do julgador, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. O autor refere ainda que o ativismo judicial não se confunde com o ativismo probatório, mas que possuem em comum a atuação na concreção do direito. Ademais, formalmente, eles possuem tempo e modo de atuação distintos; o ativismo probatório se manifesta na fase instrutória, enquanto que o ativismo judicial se evidencia precipuamente na fase decisória.⁵¹

Luís Roberto Barroso segue, afirmando 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. A primeira objeção, é baseada 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”, ressaltando que a atuação legítima exige racional fundamentação das decisões, com base na Constituição. O segundo óbice, que se refere ao risco de politização da justiça, considerando a ambiguidade da natureza política da atividade jurisdicional. Neste tópico, o doutrinador conclui que o juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política e que deve respeitar a presunção de validade das leis e considerar que,

⁵⁰TARICCO, Adriana Delbone. Atividade probatória de ofício e ativismo judicial. **Revista Justiça e Cidadania**. Editora JC. Rio de Janeiro, edição n. 172, p. 40-45, dezembro de 2014.

⁵¹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/>. Acesso em 12 out. 2016.

embora não eleito, o poder que exerce é representativo, ou seja, emana do povo e em seu nome deve ser exercido. A terceira objeção, relativa à capacidade institucional do Judiciário e os seus limites, envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão sobre determinada 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, de forma que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.⁵²

O doutrinador italiano Luigi Paolo Comoglio⁵³, em outro viés, sustenta que o ativismo judicial não deve mais ser visto como contraste frontal ao imperativo de imparcialidade do órgão judicial ou com o direito das partes a um processo justo, ao menos que o juiz intervencionista, exercendo seus poderes de ofício, não respeite o contraditório e viole o direito de defesa das partes, ou comprometa a paridade das armas dos litigantes a favor de um e em desfavor de outro.

Todavia, na verdade, é sabido que todas as diligências são realizadas por sujeitos que tem em mente um resultado a ser atingido e, eventualmente, o resultado pode não ser o esperado e a prova produzida mas no momento em que se requereu a prova, tinha-se um resultado em mente e com o magistrado não é diferente.⁵⁴ Geraldo Prado afirma que quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar⁵⁵, de forma que ao determinar a realização de certa diligência, o juiz já sabe a quem estará beneficiando. Pode-se ainda ir além, questionando se o magistrado, no momento de proferir sua decisão, não dará mais atenção às provas por ele produzidas? Aury Lopes Jr. aduz que somente haverá imparcialidade quando houver um real afastamento do juiz da atividade investigatória.⁵⁶

Aliado a isso, temos a proibição de decisões surpresas, hoje consagrado de forma explícita no art. 10 do CPC, mas que encontra base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Desta feita, o juiz, com o fim de evitar decisão surpresa, em nome da segurança jurídica, deve dar ciência às partes da decisão de provocar a produção de provas de ofício, inclusive com a oportunidade de reação delas contra tal conduta e resposta

⁵²BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

⁵³COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionale e “giusto processo”** (modeli a confronto). Revista de Processo. São Paulo, ano 23n. 90, abril-junho 1998, p. 122.

⁵⁴DE CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro. **Ativismo judicial e imparcialidade na jurisdição**. Boletim IBCECRIM, ano 24, n. 281, Abril de 2016, p. 5.

⁵⁵PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 137)

⁵⁶LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, vol. 1, p. 132).

justificada a tais impugnações, salvaguardando o devido processo legal.⁵⁷ Nelson Nery Júnior, analisando o tema, refere que a proibição de haver decisão surpresa no processo, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Segundo o autor, trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’.⁵⁸

Sérgio Luís Wetzel de Mattos⁵⁹ aduz que o princípio do contraditório é a forma mais eficaz garantia contra o risco de uma atuação parcial do julgador, além da “observância do dever de motivar as decisões (art. 93, IX da Constituição Federal⁶⁰) e o eventual reexame da decisão em segundo grau de jurisdição.” Nessa perspectiva, o autor conclui que a iniciativa oficial probatória é plenamente compatível com a preservação da imparcialidade do julgador. Em suas palavras “a iniciativa probatória do juiz não é incompatível com o contraditório, ou, de modo particular, com o direito à prova dos litigantes. A odisséia processual se resolve no exercício conjugado dos poderes instrutórios pelo juiz e do direito à prova pelos litigantes, para fins de formação do convencimento judicial. O respeito ao contraditório garante o não-comprometimento da imparcialidade do juiz com a assunção de meios de prova. O juiz, com sua atividade *ex officio* em matéria de prova, assegura o contraditório equilibrado e efetivo das partes. As iniciativas probatórias do juiz não infringem o princípio da igualdade processual. Antes, concorrem, ainda que indiretamente, para o abrandamento da desigualdade entre as partes.”⁶¹ Mauro Cappelletti⁶² possui entendimento no mesmo sentido e refere que a imparcialidade, ainda que psicológica, do órgão judiciário é protegida através do contraditório.

Todavia, é certo que o magistrado, no panorama do Código de Processo Civil, só pode provocar a produção de prova após analisar a atividade instrutória realizada pelas partes; na ausência de provas produzidas pelas partes que tornam possível a análise do caso em concreto pelo magistrado; adstrito e limitado ao pedido do autor contestado pelo réu; por meio de

⁵⁷TARICCO, Adriana Delbone. Atividade probatória de ofício e ativismo judicial. **Revista Justiça e Cidadania**. Editora JC. Rio de Janeiro, edição n. 172, p. 40-45, dezembro de 2014.

⁵⁸NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 238.

⁵⁹MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 32.

⁶⁰Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁶¹MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 32.

p. 103-104.

⁶²CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1933, p. 16.

decisão devidamente fundamentada (*accountability*); após dar ciência às partes - contraditório; sem usar provas ilícitas para fundamentar decisões; e fora do campo de atuação dos efeitos da revelia.⁶³

Já no campo do processo penal, não podemos admitir uma atuação probatória por parte do magistrado, uma vez que esta sempre viria contra o réu; o estado deve provar os fatos e, se não se desincumbiu de tal ônus, o único caminho a seguir é a absolvição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A iniciativa probatória do juiz é um tema de natureza controvertida, o qual merece ser analisado de forma cautelosa.

Muitos doutrinadores entendem que a atividade *ex officio* do juiz para a realização da prova não reduz o âmbito de proteção do princípio dispositivo, assim como a iniciativa probatória do magistrado não ofende o princípio do contraditório. Para estes, inclusive, a atuação de ofício do julgador no campo probatório pode contribuir para tornar o processo mais efetivo, sendo que restringir tal atividade significaria, até mesmo limitar para a parte que tem razão o acesso à justiça.⁶⁴

Todavia, em que pese tais entendimentos, tal premissa não pode ser aceita.

Ao juiz não incumbe alcançar a verdade dos fatos; seu papel e seu dever, em um estado constitucional, está ligado à defesa dos direitos e garantias individuais de todo e qualquer cidadão.

Por isso, mister a ruptura com a crença de que se faz possível alcançar a verdade real, que o objeto do processo seria a busca por esta verdade pois isto seria admitir que em nome desta busca tudo seria possível, o que romperia com os limites constitucionais impostos. E ressalta-se: a busca por essa verdade é utilizada como justificativa para que se permita ao magistrado buscar provas de ofício e que se utilize, de forma demasiada, do ativismo judicial, como forma de suprir suas próprias necessidade de julgar e comprovar suas convicções.

⁶³TARICCO, Adriana Delbone. Atividade probatória de ofício e ativismo judicial. In: <http://www.editorajc.com.br/2014/11/atividade-probatoria-de-oficio-e-o-ativismo-judicial/>, acesso em 25/10/2016.

⁶⁴MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 104.

É claro não se pode olvidar que o processo busque uma apreciação justa dos fatos ocorridos. Porém, conceitos como “verdade absoluta” ou “verdade material” serviriam mais como justificativas de abusos processuais do que como uma contribuição para uma melhora do processo como instrumentalização da justiça, sendo que o mesmo pode-se dizer quanto ao conceito de “justiça”.

O que se verifica é que quanto mais poder é dado, mais poder se deseja e assim mais excessos se cometem, e conseqüentemente, falta limite a quem este poder converge. Ademais, a “verdade” não corresponde à decisão justa; decisão justa é aquela que corresponde a escolha realizada pelo magistrado da melhor hipótese dentre as possíveis que se encontram nos autos, o que será operacionalizado por meio de um procedimento adequado aos valores do Estado Constitucional.

Dessa feita, é preciso compreender que a verdade é inatingível: nem o ser humano e nem o processo possuem condições de alcançá-la. Assim, o resultado do processo não precisa ser a verdade e sim o convencimento do magistrado. Com isso, bastaria ao magistrado adotar a postura de um julgador de garantias, espectador, uma vez que esta hipótese se mostra a mais adequada constitucionalmente.

É preciso romper com a crença de que a justiça está nas mãos dos juízes, os quais seriam capazes de fazer retornar aos nossos lares a paz social e a tranquilidade pois um juiz imbuído desse ideal dificilmente atuará de forma consciente no seu relevante papel de estruturação de uma ordem democrática e constitucional.

A imparcialidade exige do julgador uma atuação ciente de seu papel e de suas limitações, enquanto ser humano, que ao dispor das regras processuais deve saber a posição de cada uma das partes, onde cada um irá jogar; um acusa, um defende e o outro julga. Não sendo observada esta premissa, não há jogo a ser jogado e todos saem derrotados.

A imparcialidade do juízo é fator essencial para que se tenha uma válida situação processual. Sem um julgamento realizado por um terceiro imparcial, todo o resto cai por terra e está imparcialidade passa, obrigatoriamente pela necessidade de termos um juiz neutro, ausente de qualquer iniciativa probatória que possa macular sua atuação.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba**. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. Revista de Processo. V. 9, n. 35, julho-setembro de 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In: Temas de Direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/revist. Acesso em 12 out. 2016.

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

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Novo CPC ampliou de sobremaneira os poderes do juiz**. Consultor Jurídico. www.conjur.com.br. Acesso em 23.06.2016.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1933.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionale e “giusto processo”** (modeli a confronto). Revista de Processo. São Paulo, ano 23n. 90, abril-junho 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed. Bolonha: II Mulino, 1998.

DE CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro. **Ativismo judicial e imparcialidade na jurisdição**. Boletim IBCECRIM, n. 281 - Abril/2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório**. v. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GARAPON, Antonie. **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual: primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, out./dez. 2007. Disponível em: www.revistaprocessual.com. Acesso em: 08 fev. 2016.

GREGO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: Trabalho de conclusão de curso: Metodologia e técnicas de pesquisa: Da escolha do assunto à apresentação gráfica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, vol. 1.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUZ, Denise Nachtigall; SILVEIRA, Leon Murelli. **O Angustiante Dever de Decidir e a Pessoa do Juiz: um diálogo entre a psicanálise e o direito sobre o juiz das garantias**. Revista Bonijuris. Curitiba, n. 586, set. 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Volume I, tradução Walesca Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora, 1995.

MARTINETTO, Giuseppe. **Contraditori: principio del. Novissimo digesto italiano**. Torino: Utet, v. 4, 1964.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. In: Temas de Direito Processual: segunda série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

MULLER, Luciano Scherer. **Os poderes instrutórios do juiz na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: Acesso 23.08.2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de Processo Civil**. Tombo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. **O Juiz das Garantias**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 113, set. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHREIBER, Simone. **O Juiz de Garantias no Projeto do Código de Processo Penal**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, ago. 2010.

TARICCO, Adriana Delbone. Atividade probatória de ofício e ativismo judicial. **Revista Justiça e Cidadania**. Editora JC. Rio de Janeiro, edição n. 172, p. 40-45, dezembro de 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes e del juez em europa**. In.: Doxa. www.cervantesvirtual.com.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los echos**. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marciel Pons, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1.

ZANÓIDE DE MORAES, Maurício. **Quem tem medo do juiz das garantias**. IN: Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 213, ed. Esp., ago. 2010.
