



PATRÍCIA LEITE TAVARES

ALCANCE E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

DISSERTAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS – MENÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

COIMBRA, JULHO DE 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PATRÍCIA LEITE TAVARES

**ALCANCE E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO
PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito no 2º Ciclo de Estudos em Direito.

Área de Especialização: Mestrado
Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas
com menção em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel
Andrade Mesquita.

COIMBRA

2015

PATRÍCIA LEITE TAVARES

**ALCANCE E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO
PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada no âmbito no 2º
Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (**Orientador**)

(Membro da Banca)

(Membro da Banca)

*Dedico esta dissertação aos meus pais
Manoel e Lucimeire, que fazem seus os
meus próprios sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, sem a permissão Dele não conseguiria chegar ao fim desta jornada. À Nossa Senhora de Fátima, que tantas vezes me recebeu em seu santuário sagrado nos momentos de dificuldade.

Aos meus tão dedicados pais, que não mediram esforços para ajudar na realização deste trabalho. Sem vocês nada disso seria possível.

Às minhas queridas irmãs, amigas e companheiras, meu agradecimento pela preocupação, dedicação e apoio de sempre. Em especial à Silvana, pelas sugestões e ajuda preciosa durante toda a elaboração deste trabalho.

Ao professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, pela orientação tão engrandecedora. Todos os ensinamentos passados a mim contribuíram sobremaneira para o meu crescimento profissional. Ter tido a oportunidade de ser sua aluna mudou minha visão sobre o ensino do Direito Processual Civil.

Aos demais professores que compõem o programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que contribuíram para o meu aprimoramento acadêmico.

Aos meus familiares, que mesmo distantes torcem e vibram por mim e pelas minhas conquistas e realizações.

Aos amigos do Brasil, que não permitiram haver um oceano de distância entre nós.

Aos verdadeiros amigos conquistados em Coimbra, meu agradecimento pela amizade sincera e dedicada. Obrigada por minimizar as dores da saudade latejante de nossas casas, em especial, Cássia Cristina, Cláudio Britto e Luiz Elias, obrigada por tudo.

Aos colegas de mestrado, pelo convívio diário e experiências compartilhadas.

*“Quando um homem tem força de vontade,
os deuses dão uma ajuda.”*

ÉSQUILO

RESUMO

O presente trabalho estuda os poderes instrutórios do juiz no processo civil, rememorando os sistemas processuais, com enfoque na atividade do juiz no processo. Versa acerca dos princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais fundamentais da atividade probatória proativa do magistrado no processo civil. Trata sobre algumas noções elementares sobre a prova, com ênfase para as regras de distribuição do ônus da prova e sua correlação com os poderes instrutórios do julgador. Disserta sobre o publicismo processual e os poderes instrutórios, tendo em vista a fase instrumentalista pela qual passa o processo e a tendência cada vez mais acentuada de se conferir poderes instrutórios ao órgão jurisdicional. Desse modo, entende-se que ao Estado-juiz devem ser conferidos poderes para atuar na instrução da causa. Não se pode mais pensar num processo onde o juiz é um mero espectador, inerte ante a atuação do autor e do réu. O órgão jurisdicional deve se comportar como parte interessada na resolução do conflito, haja vista que é através dele que o Estado se manifesta. O juiz deve buscar chegar o mais próximo possível da verdade, no intuito de única e exclusivamente proferir uma decisão justa, célere e eficaz. Contudo, para resguardar sua imparcialidade e a segurança jurídica de suas decisões e evitar autoritarismos e arbitrariedades, deve respeitar os princípios processuais postos pelo ordenamento jurídico português e brasileiro. O juiz consciente de sua atuação almeja o equilíbrio entre os princípios do dispositivo e inquisitivo. Por tudo o que foi exposto, a presente dissertação destaca o alcance e os limites da atividade probatória proativa do juiz.

Palavras-chave: Poderes instrutórios. Juiz. Iniciativa probatória. Prova. Instrução.

ABSTRACT

This paper studies the instructive powers of the judge in the civil case, reviewing the procedural systems, focusing the judge's activity in the process. It deals about the fundamental constitutional and infra procedural principles of proactive evidential activity of the magistrate in the civil process and with some elementary notions of proof, with emphasis on the distribution rules of the burden of proof and its correlation with instructive powers of the judge. The study lectures on procedural publicist and instructive powers, with a view to instrumentalist stage that the process goes and the increasingly pronounced tendency to give instructive powers to the court. Thus, it is understood that the judge should be empowered to act on the instruction of the cause. We can no longer think of a case where the judge is a mere spectator, inert against the action of the author and the defendant. The court must behave as an interested party in resolving the conflict, since it is through him that State manifests. The judge should seek to get as close as possible to the truth, with the sole aim to deliver a fair, fast and effective decision. However, to safeguard its impartiality, the very legal certainty of their decisions and to avoid authoritarianism and arbitrariness, the judge must comply with the procedural principles posed by Portuguese and Brazilian law. The judge aware of his performance aims to balance between the principles of the device and inquisitive. For all the foregoing, this thesis highlights the scope and limits of proactive evidential activity of the judge.

Keywords: Instructive powers. Judge. Probative initiative. Proof. Instruction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: SISTEMAS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS	13
1.1 Sistemas processuais	13
1.1.1 Sistema dispositivo	14
1.1.2 Sistema inquisitivo	17
1.1.3 Sistema cooperativo	20
1.2 Princípios processuais regedores da atividade instrutória do juiz	22
1.2.1 Princípio dispositivo	23
1.2.2 Princípio inquisitivo	28
1.2.3 Princípio do devido processo legal	31
1.2.4 Princípio do contraditório	34
1.2.5 Princípio da gestão processual	37
2 NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE A PROVA	40
2.1 Conceito	41
2.2 Objeto da prova	42
2.2.1 A formação da matéria de fato	44
2.3 Destinatários da prova	46
2.4 Meios de prova	47
2.4.1 Prova ilícita	48
2.5 Ônus da prova	51
2.5.1 Inversão do ônus da prova	53
2.5.2 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	55
2.6 Sistema de valoração da prova	56
2.7 O ônus da prova e os poderes instrutórios do magistrado	58
3 ALCANCE E LIMITES DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ	60
3.1 Conceito de poder instrutório	60
3.2 Natureza jurídica do poder instrutório do juiz	62
3.3 Publicismo processual e poderes instrutórios	64
3.4 O reforço dos poderes efetivos do juiz	66

3.5 A busca pela verdade	69
3.6 Classificação dos poderes do juiz	71
3.7 Poderes instrutórios do juiz	73
3.7.1 A instrução do processo no Código de Processo Civil brasileiro	73
3.7.2 A fase de instrução no novo Código de Processo Civil português e os poderes do juiz	75
3.8 Alcance dos poderes instrutórios do juiz	79
3.9 Limites dos poderes instrutórios do juiz	81
CONCLUSÃO	85
BIBLIOGRAFIA	90

INTRODUÇÃO

Para decidir a questão posta em juízo pelos litigantes, o julgador se abastece dos fatos alegados e provados durante a instrução processual.

O tema “Poderes Instrutórios do Juiz” foi escolhido em razão da constante mudança das legislações pátrias e internacionais, no sentido de aumentar esses poderes, demonstrando uma valorização do pensamento publicista, em detrimento do privatista, ainda tão presente em muitos ordenamentos jurídicos.

Nas últimas décadas tem surgido uma preocupação com o direito processual constitucional, com o intuito de aprimorar o processo em face dos seus objetivos. O moderno direito processual se preocupa com o respeito aos valores consagrados constitucionalmente, sobretudo no que diz respeito à liberdade e à igualdade, entendidas como manifestações da Justiça. Todos os institutos processuais devem estar em consonância/harmonia com a ordem constitucional e esta se utiliza do processo como meio para se chegar ao julgamento, mas, acima de tudo, à segurança constitucional¹.

O presente trabalho tem como objetivo externo o término do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil, pela Universidade de Coimbra. Seu objetivo interno recai sobre a análise dos poderes instrutórios do magistrado, com foco no seu alcance e limites.

O objetivo central do presente trabalho incide sobre a análise da atividade probatória do juiz, através da manifestação oficiosa dos poderes conferidos pela legislação processualista ao magistrado. A concessão de tais poderes se afasta da ideia de um juiz inerte para que este possa prestar à sociedade uma tutela jurisdicional justa e eficaz.

O procedimento metodológico adotado foi o da análise documental, por meio de levantamento bibliográfico sobre o tema em estudo. A pesquisa utilizou fontes diversas, como a legislação, a jurisprudência, livros e artigos relacionados ao tema.

Esta dissertação foi elaborada em três capítulos. O primeiro deles trata da atividade do órgão jurisdicional vista sob três modelos processuais hoje encontrados na doutrina: o modelo dispositivo, o modelo inquisitivo e o modelo cooperativo. Num segundo momento, analisar-se-á a atividade do juiz em confronto com os princípios dispositivo, inquisitivo, do devido processo legal, do contraditório e da gestão processual.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade de processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26-29.

A característica principal do sistema dispositivo é a prevalência da atuação das partes na condução do processo. No modelo inquisitivo a atuação que predomina na condução do processo é a do juiz. No sistema cooperativo há um equilíbrio na atividade das partes e do juiz, todos contribuindo para a produção de uma decisão a mais justa possível.

Pelo princípio dispositivo predomina no processo o interesse privado das partes. Segundo o princípio inquisitivo, ainda que as partes se coloquem inertes, o magistrado pode decidir sobre os meios de provas a serem utilizados e conduzir o processo de acordo com suas iniciativas. O princípio do devido processo legal assegura às partes o respeito às garantias processuais e direitos fundamentais previstos no ordenamento. Entende-se o princípio do contraditório como a garantia para as partes de se manifestarem no processo e assim contribuírem para a formação do convencimento do juiz. Por fim, o princípio da gestão processual dá ao juiz a possibilidade de praticar e mandar praticar todos os atos necessários à justa, rápida e econômica resolução do litígio.

A matéria da prova será tratada no segundo capítulo, o qual apreciará o conceito de prova, o seu objeto, a formação da matéria de fato, o destinatário da prova, os meios de prova, a questão da possibilidade ou não da utilização de prova ilícita, o ônus da prova, a inversão do ônus da prova e a teoria dinâmica do ônus da prova, os sistemas de valoração da prova e, por fim, o ônus da prova e os poderes instrutórios do magistrado.

Em relação ao estudo da prova destaca-se a questão da utilização ou não da prova ilícita, a qual somente poderá ser considerada em casos excepcionais, sendo ela a única prova para o deslinde do caso. Pensando na justiça das decisões, a doutrina criou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Segundo esta teoria, a imputação do ônus da prova é feita àquele que tem maiores condições de produzi-la, de acordo com a análise das circunstâncias de cada caso concreto, como manifestação dos poderes instrutórios do juiz.

No terceiro e último capítulo, discorrer-se-á acerca do alcance e limites da atividade instrutória do juiz, oportunidade em que se fará breve referência à classificação dos poderes do juiz, assim como à instrução do processo nos Códigos de Processo Civil brasileiro e português.

A produção probatória do juiz está prevista como regra geral no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis

ou meramente protelatórias”]; e tem como correspondente o artigo 411 do Código de Processo Civil português: “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Uma mudança significativa do Novo Código de Processo Civil português foi justamente a preocupação em aumentar os poderes do juiz na gestão do processo, sendo o poder instrutório um deles, certamente decorrente da tendência publicista que segue o Novo Código, em que o curso, a averiguação e o resultado da prestação jurisdicional são interesse também do Estado e não só das partes.

O processo não pode ser visto isoladamente apenas como um instrumento. Aliado a isso, deve indicar os objetivos a serem alcançados. O processo deve ser entendido como um meio de se efetivar as finalidades a que se destinam, em outras palavras, deve fixar os escopos do processo, os seus propósitos. O processo é uma criação humana que possui utilidade, e se legitima através da realização dos seus objetivos. O processo deve ser visto como “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos²”.

A atuação judicial assegura aos litigantes, além de outras garantias, igualdade processual, tendo em vista que pode haver diferença inclusive na qualidade dos serviços prestados pelos mandatários das partes, sendo o papel do juiz de extrema importância no equilíbrio da balança da Justiça. Não pode o julgador inerte e passivo, que não se importa com a verdade e a justiça, crer que está proferindo decisões justas³.

Estudar o tema dos poderes do juiz é importante porque ele não trata apenas do caráter formal do processo ou de um mero ordenamento de atividades e sim, acerca da natureza, função e eficiência do processo, sobretudo, o papel do magistrado na direção e resolução do processo.

A problemática reside no fato de se atribuir ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil. Tal fato está intimamente ligado ao modelo de processo civil estabelecido. Anteriormente, a doutrina processualista trazia dois modelos antagônicos entre si: o modelo do sistema dispositivo e o modelo do sistema inquisitivo. Hoje, a moderna processualística traz para nós o modelo do sistema cooperativo, onde as partes e o juiz cooperam entre si para a justa composição do litígio.

² DINAMARCO, 2003, p. 181-182.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 122, p. 9-21, abr. 2005.

O juiz consciente de sua função emprega com empenho todos os esforços para se alcançar a justiça nas suas decisões, dando ao processo duração razoável e de maneira mais efetiva realizando o direito material.

Impossível negar, nos dias modernos, uma crescente relativização da concepção privatista de processo. Mas, mesmo com a preponderância da concepção publicista, não se pode ter a ilusão que a verdade absoluta possa ser alcançada. Para que não haja dúvida quanto à atividade probatória proativa do magistrado e à prestação jurisdicional oferecida pelo Estado é que devem ser respeitados os princípios processuais tratados no capítulo primeiro desta obra. Deste modo, estará o juiz proferindo sua decisão o mais próximo possível da verdade.

Visando assegurar imparcialidade e independência ao Poder Judiciário, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu garantias institucionais sob a forma de autonomias à instituição⁴: “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

Ensina Renato Nalini, renomado Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “O texto constitucional vigente consagra o Judiciário como um dos poderes do Estado e ao juiz assegura predicamentos para viver sua independência⁵”.

O juiz atuante, ciente do exercício ético de sua função, não pode mais ficar inerte, à espera da manifestação das partes para o desenvolvimento do processo, muito pelo contrário, deve mostrar-se atuante, alicerçado, sempre, nas mensagens normativas da Constituição.

Ao passo que são concedidos poderes ao órgão jurisdicional, ele e as partes devem ficar atentos para que esse poder não resulte em arbítrios ou comprometa o mais importante dever do juiz, que é a imparcialidade.

Com o intuito de evitar excessos e descomedimentos, a atuação do juiz na produção das provas encontra limites no próprio ordenamento jurídico, como restará demonstrado nos capítulos que se seguem.

Desse modo, a presente dissertação buscará demonstrar como é a atuação do juiz em matéria de prova, os limites a essa atuação e de que maneira esses poderes podem influenciar e cooperar para e a efetiva prestação jurisdicional.

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 890.

⁵ NALINI, Renato. *A rebelião da Toga*. Campinas: Millennium, 2006, p. XI.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: SISTEMAS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS

1.1 Sistemas Processuais

A partir do trabalho de Oscar Von Bülow, de 1868, o processo passou a ser compreendido como uma relação jurídica travada entre as partes e o juiz, independente da relação de direito material objeto deste processo⁶. Assim, os sujeitos do processo, ligados entre si pela relação processual, praticam os atos processuais de modo consecutivo e concatenado, conforme a ordem estabelecida na lei, com vistas à consecução de um fim: a pacificação do litígio levado à apreciação do Poder Judiciário.

As funções atribuídas a cada um dos sujeitos da relação processual podem ser distribuídas de diversas maneiras. Conforme esta distribuição, surgem os sistemas ou modelos processuais. Classicamente são perfilhados dois sistemas processuais: o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. O primeiro atribui maior relevância à atividade das partes; o segundo, por seu turno, privilegia a atividade do juiz.

Mais modernamente, passou-se a reconhecer um terceiro modelo de organização processual: o sistema cooperativo, que não estabelece uma dicotomia entre o juiz e as partes, mas, contrariamente, procura a cooperação de todos na adequada condução do processo, sem destinar destaque especial a um dos sujeitos processuais, em detrimento do outro⁷.

Antes da caracterização dos sistemas processuais já relacionados, é importante salientar que os referidos sistemas exercem influências recíprocas, não havendo um sistema processual puramente dispositivo, inquisitivo ou cooperativo. Assim, deve-se buscar identificar o modelo predominante em cada instituto processual analisado.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 300. Em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, Bülow sistematizou a relação jurídica processual, realçando a “existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) por seus *sujeitos* (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu *objeto* (a prestação jurisdicional); c) por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais)”.

⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*” (*RePro*), ano 36, v. 198, São Paulo: Atlas, p. 207-217, ago. 2011b.

1.1.1 Sistema dispositivo

O sistema dispositivo tem como principal característica a predominância da atuação das partes na condução do processo. O modelo dispositivo é associado ao liberalismo e parte de uma concepção privatística do processo, diante da inexistência de interesses públicos a serem tutelados. Este modelo processual é inspirado pelo princípio dispositivo.

O princípio dispositivo é conceituado por Grunsky, citado por Helder Martins Leitão, como o “poder de disposição sobre o exercício do direito da acção e o objecto do processo”. Leitão ensina, ainda, que este princípio tem origem no antigo Direito Romano, sendo uma demonstração do *ius fruendi, utendi et abutendi*. Assim, a titularidade de um direito assemelha-se à propriedade, consequentemente, o titular pode livremente usar, fruir e dispor deste direito⁸.

O princípio dispositivo se desdobra em dois outros princípios: o princípio do impulso processual e o princípio da disponibilidade privada. Segundo o princípio do impulso processual, cabe às partes promoverem o andamento do processo, inicial ou sucessivo, de modo que o juiz não atuará na pendência de alguma ação da parte. Já o princípio da disponibilidade privada se refere ao objeto do processo, atribui às partes o dever de definirem os pedidos e a causa de pedir, assim, dois ônus são atribuídos às partes: o ônus da alegação (invocação dos fatos integrantes da causa de pedir) e o ônus da prova (produção da prova dos fatos alegados)⁹.

O sistema dispositivo, também chamado de *adversarial*, caracteriza-se como uma disputa entre dois adversários diante de um órgão julgador relativamente passivo, cuja função é a de decidir¹⁰. Desta maneira o juiz é um árbitro, que não intervém na disputa das partes, apenas as assiste, enquanto aguarda o momento de proferir a decisão. As partes, por seu turno, competem entre si pelo objeto da lide.

⁸ LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 3. ed. Porto: Almeida & Leitão, 1999, p. 25-26.

⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 2004, p. 59.

¹⁰ DIDIER JR., 2011b, p. 208.

No sistema dispositivo as partes são protagonistas na condução do processo, que é compreendido como uma relação intersubjetiva das partes, conforme ensina Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida¹¹:

Para além do *impulso processual inicial* e do *impulso processual subsequente*, as partes – através do pedido e da defesa – não só circunscrevem o *thema decidendum*, como poderiam pôr termo ao processo (*desistência de instância*) e determinar até o conteúdo da sentença de mérito (*confissão, desistência do pedido e transacção*) – *disponibilidade do termo do processo*. A dedução dos fatos materiais da causa e o carreamento das provas (base factual da decisão) era atributo exclusivo das partes. A atitude do juiz era de pura inércia ou passividade, quer quanto à adequação da providência solicitada, quer quanto à indagação factual ou à actividade probatória [...]. A sentença limitar-se-ia, assim, a procurar e a declarar uma verdade meramente *formal* (intraprocessual), que não a *verdade material* (extraprocessual).

A adoção do princípio dispositivo gera três consequências no processo: a disponibilidade quanto ao início do processo, a disponibilidade quanto ao objeto do processo e a disponibilidade quanto ao fim do processo¹².

A disponibilidade do início do processo é uma materialização do princípio da inércia, segundo o qual o processo começa por iniciativa da parte, é representado pelo brocardo latino *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*¹³. No ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no art. 2º do Código de Processo Civil¹⁴. No ordenamento jurídico português, está previsto no artigo 3º, número 1, do Código de Processo Civil¹⁵.

A disponibilidade do objeto do processo, por seu turno, decorre da delimitação dos pedidos pelas partes – o autor delimita os pedidos na peça exordial; o réu pode ampliar os pedidos por meio da reconvenção – e que vincula o juiz. Diante desta situação, aplica-se o princípio da congruência ou da adstrição, previsto nos arts. 128¹⁶ e 460¹⁷ do Código de

¹¹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 238. v. 1.

¹² MENDES, João de Casto. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 2012b, p. 125-128. v. 1.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 177.

¹⁴ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

¹⁵ Artigo 3.º (art.º 3.º CPC 1961)

Necessidade do pedido e da contradição

1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

¹⁶ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Processo Civil. O referido princípio informa que o pedido fixa os limites objetivos da demanda. Assim, o juiz não poderá decidir aquém do pedido (sentença *citra/infra petita*), nem além do pedido (sentença *ultra petita*) e nem mesmo fora do pedido (sentença *extra petita*). A sentença *citra petita* contém uma omissão; assim, são cabíveis os embargos de declaração. Para a correção do vício da sentença *ultra petita* cabe recurso de apelação, para anular a parte da decisão que excede o pedido do autor. A sentença *extra petita* também desafia o recurso de apelação, em busca da sua anulação.

O ordenamento jurídico português segue o mesmo entendimento, pois a sentença deve manter-se, quanto ao seu conteúdo, dentro dos limites definidos pela pretensão do autor e da reconvenção eventualmente deduzida pelo réu, ou seja, o tribunal não pode condenar em quantia superior ao pedido, nem em objeto diverso do que se pedir (art. 609, n. 1). No que se refere à interposição de recursos, importa salientar que com o Novo Código de Processo Civil português, deixou de ser admissível as partes requererem o esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade constante da decisão, sendo lícito ao juiz corrigir erros materiais, suprir nulidades e reformar a sentença nos termos do artigo 613.

Por fim, a disponibilidade do termo do processo decorre da previsão de diversos meios à disposição das partes de darem fim ao processo, a exemplo da transação, confissão e desistência.

Em relação à produção probatória, no sistema dispositivo cabe às partes o dever de solicitar as provas, não pode o juiz determiná-las de ofício.

Cumprido ressaltar, porém, que o princípio dispositivo é limitado. Segundo Miguel Teixeira de Sousa¹⁸, os limites impostos ao princípio dispositivo são fundamentados, sobretudo, pelo dever de litigância de boa-fé. A litigância de boa-fé é um dever imposto às partes e a todos aqueles que participam do processo. Caso algum dos sujeitos processuais descumpra esse dever, caracteriza-se a litigância de má-fé, gerando responsabilidade pelos danos causados. Configura litigância de má-fé a atuação da parte que usa do processo para atingir objetivo ilegal, que formula pedido ou apresenta alegações infundadas, que não coopera com o tribunal, que falta à verdade etc. A litigância de má-fé está prevista no art.

¹⁷ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

¹⁸ SOUSA, 2004, p. 64.

17 do Código de Processo Civil brasileiro¹⁹ e art. 542 do Código de Processo Civil português²⁰.

1.1.2 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo caracteriza-se pela predominância da atuação do juiz na condução do processo. O sistema inquisitivo é, portanto, o contraponto ao sistema dispositivo. O modelo inquisitório é associado aos Estados socialistas e totalitaristas, e parte de uma concepção publicista e instrumentalista do processo, onde prepondera o interesse público estatal na solução da controvérsia. O sistema inquisitório é inspirado pelo princípio inquisitório.

De acordo com as lições de J. Pereira Batista²¹, segundo o princípio inquisitório, “o juiz conhecerá de questões – de facto ou de direito – ou determinará diligências – nomeadamente, de índole probatória – por iniciativa própria, e com independência de alegação ou de requerimento das partes nesse sentido”.

No mesmo sentido, leciona Daniel Assumpção²²: no sistema inquisitivo cabe ao juiz a instauração e condução do processo, sem a necessidade de qualquer provocação das

¹⁹ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

²⁰ Artigo 542.º (art.º 456.º CPC 1961)

Responsabilidade no caso de má-fé - Noção de má-fé

1 - Tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir.

2 - Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave:

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;
- b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;
- c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;
- d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

3 - Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.

²¹ BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 24.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011a, p. 70.

partes. O juiz tem liberdade ampla e irrestrita na condução do processo, ocupando o papel central.

Conforme leciona Alexandre Mário Pessoa Vaz²³, no sistema inquisitório a relação jurídica substancial e a processual representam, sobretudo, o interesse público do Estado, de modo que o direito subjetivo privado pode desaparecer ou sofrer um processo de publicização ou socialização. Segundo Fredie Didier Jr.²⁴, o “modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”. Deste modo, no sistema inquisitivo prepondera o interesse estatal na prestação jurisdicional, com vistas à solução do conflito, tendo uma menor relevância o interesse das partes.

O sistema inquisitivo é marcado por três características, decorrentes da adoção do princípio inquisitivo, assim listadas por Peyrano, citado por José Gomes da Silva²⁵: a) atribui ao juiz e ao Ministério Público a faculdade de propor a demanda de interesse e para satisfação de particulares; b) reconhecimento de ofício da prescrição pelo Tribunal, que ultrapassa os limites da demanda, sobrepondo o interesse estatal ao interesse particular; c) por fim, a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer demanda.

Levando-se em consideração as características supracitadas, percebe-se a feição publicista do sistema inquisitivo, que permite uma atuação oficiosa do juiz, tanto para a instauração do processo como para o reconhecimento da prescrição, bem como um reforço da participação do *Parquet* na causa.

Um aspecto merece destaque no sistema processual em análise: a ampla liberdade do juiz na atividade de produção de provas, inclusive quanto à sua iniciativa. O modelo inquisitório permite que o tribunal investigue e esclareça os fatos relevantes para a apreciação da ação²⁶. No sistema inquisitivo o juiz atua na condução do processo, investigando e esclarecendo os fatos relevantes para a apreciação da ação, em busca da verdade material.

A iniciativa probatória conferida ao juiz pelo sistema inquisitivo está fundamentada na busca pela verdade material ou real, isto é, tem o objetivo de retratar no

²³ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 318.

²⁴ DIDIER JR., 2011b, p. 211.

²⁵ PEYRANO, 1978 *apud* SILVA, José Gomes da. *Princípio dispositivo e o papel do juiz: a procura de um equilíbrio*. 2006. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 244-245.

²⁶ SOUSA, 2004, p. 61.

processo os fatos tais como ocorreram no mundo, com a maior fidelidade possível. Assim, a verdade material está ligada aos fenômenos reais ocorridos no mundo fático, que estão além do processo²⁷. Entretanto, ressalta-se que a doutrina moderna, aqui representada por Fredie Didier Jr.²⁸, considera a verdade real uma utopia:

A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; pode imprecisar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa.

Conforme este entendimento, não é possível alcançar-se a verdade real, pois ainda que o juiz atue na produção probatória, em sua maioria as provas são produzidas no processo pelas partes, que têm interesse na solução do conflito.

Em contraposição à verdade real está a verdade formal, que é aquela que deriva das provas produzidas pelas partes no âmbito processual, sendo, portanto, associada ao sistema dispositivo.

O Código de Processo Civil brasileiro admite que o juiz determine a produção de provas de ofício (vide art. 130²⁹). Desta forma, pode-se concluir que o legislador brasileiro adotou o sistema inquisitivo naquilo que diz respeito à produção probatória. O Código Português adotou também o sistema inquisitivo naquilo que diz respeito à recolha de prova relativamente aos fatos sujeitos à sua apreciação (vide art. 411³⁰).

²⁷ SILVA, 2006, p. 239.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 11.925/09, 12.004/09, 12.016/09, 12.322/10 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante). Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73. v. 2.

²⁹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁰ Artigo 411.º (art.º 265.º/3 CPC 1961)

Princípio do inquisitório

Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

1.1.3 Sistema cooperativo

Mais modernamente, com inspiração nos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório, surge um terceiro modelo processual: o sistema cooperativo³¹. O referido sistema põe fim à clássica dicotomia entre os modelos adversarial e inquisitorial e atribui nova feição ao processo, que passa a ser democrático e participativo.

O sistema cooperativo é regido pelo princípio da cooperação. Este princípio orienta a atuação do julgador, que não pode agir como mero fiscal da lei, mas como um colaborador do processo. Segundo a doutrina majoritária, o princípio da cooperação constitui uma limitação às prerrogativas e poderes conferidos ao juiz, sendo o magistrado o seu principal destinatário³². Parte da doutrina, a exemplo de Ferreira de Almeida, entende que o princípio da cooperação é dirigido a todos os sujeitos processuais, não apenas ao juiz³³.

A consagração do princípio da cooperação visa à criação de uma nova cultura judiciária e processual, voltada ao diálogo entre o julgador e as partes, sempre buscando a solução mais justa para o caso submetido à apreciação do Poder Judiciário³⁴.

No sistema cooperativo, a condução do processo ocorre sem protagonismos, há um equilíbrio nas atividades realizadas pelas partes e pelo juiz, todos contribuindo para um melhor andamento do processo, para a produção da decisão mais justa possível. A ausência do protagonismo é um marco do sistema cooperativo, que o diferencia dos outros sistemas, que estabelecem a preponderância de um ou de outro, de forma excludente – como visto anteriormente, o modelo dispositivo prestigia a atividade das partes e o modelo inquisitório confere maior preponderância à atuação do juiz.

De acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr.³⁵, no modelo cooperativo o juiz ocupa duas posições que variam conforme a tarefa a ser desempenhada. Na tarefa de

³¹ DIDIER JR., 2011b, p. 211.

³² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

³³ ALMEIDA, 2010, p. 288. “O princípio da cooperação consubstancia-se, *per summa capita*, no dever que impende sobre os diversos intervenientes processuais (magistrados, mandatários, partes ou terceiros para tanto judicialmente instados) de prestarem a sua *cooperação activa* no sentido da obtenção, com celeridade e eficácia, da justa composição do litígio (art.º 266.º, n.º 1). Trata-se, no fundo, de uma *directriz* ou, se se quiser, de uma *regra programática*, orientadora da conduta processual, não apenas dos magistrados, como também dos mandatários judiciais e das próprias partes”.

³⁴ LEITÃO, 1999, p. 205-206.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. rev. amp. e atual. de acordo com a EC/45, a Emenda Regimental n. 31/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral no recurso

conduzir o processo, há uma paridade entre o juiz e as partes, que dialogam e estão em equilíbrio. Em relação à tarefa de julgar, há, contudo, uma assimetria e superioridade da posição do juiz em relação às partes: o órgão jurisdicional possui uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo, conservando-se, assim, a natureza publicística do processo.

A doutrina sistematiza os deveres atribuídos ao juiz e às partes em decorrência da adoção do sistema cooperativo: dever de esclarecimento, dever de consulta e dever de proteção.

O dever de esclarecimento impõe ao juiz a obrigação de esclarecer para as partes os seus próprios pronunciamentos e decorre do dever de motivar as decisões. Como consequência da inobservância desse dever cita-se a possibilidade de impugnação de decisões obscuras, por meio dos embargos de declaração, o que não é mais possível no ordenamento jurídico português, conforme acima já explicado.

Por outro lado, o dever de esclarecimento também impõe ao juiz a obrigação de pedir esclarecimentos sobre a manifestação da parte que deixar dúvida, evitando, assim, que decisões sejam tomadas com base em percepções equivocadas. Na prática, como consequência desse dever, o juiz não poderá indeferir a postulação por não tê-la compreendido, mas deverá oferecer à parte a possibilidade de esclarecer aquela postulação.

O dever de prevenção ou proteção impõe ao juiz o dever de indicar os defeitos processuais que comprometam a validade do processo, devendo apontar as falhas, possibilitando a sua correção. O exemplo clássico de aplicação do dever de prevenção no direito processual brasileiro é o caso previsto no art. 284³⁶ do Código de Processo Civil, que orienta que, havendo defeito na petição inicial, o juiz deverá oferecer ao autor a oportunidade de emendá-la, não podendo, desde logo, indeferi-la. A petição inicial somente será indeferida se o autor não emendá-la no prazo de dez dias.

O dever de consulta está intimamente relacionado ao contraditório e proíbe que o magistrado decida com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício, a respeito da qual as partes não puderam se manifestar. O juiz, antes

extraordinário) o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TRF e as Leis Federais n. 12.016/2009, 12.125/2009, 12.137/2009, 12.152/2009 e 12.322/2010. Salvador: JusPodivm, 2011a, p. 84. v. 1.

³⁶ Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

de decidir, deverá consultar as partes previamente sobre aquela questão, concretizando o contraditório.

1.2 Princípios processuais regedores da atividade instrutória do juiz

A atuação, participação e exercício dos poderes do juiz na direção e instrução do processo são regidas por uma série de princípios processuais, que serão analisados a seguir, para uma melhor compreensão do tema.

Elucida Uadi Lammego Bulos³⁷ que princípio, na esfera jurídica,

é o enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas disposições normativas, postando-se como uma norma de validade geral, cuja abrangência é maior do que a generalidade de uma norma particularmente tomada.

Todo ordenamento jurídico se utiliza de princípios, que guiam o legislador na elaboração das normas, bem como orientam os operadores do direito na aplicação das referidas normas. Os princípios dão forma aos sistemas processuais, auxiliando na agregação de normas esparsas, baseando o julgamento do juiz na adoção de soluções equânimes ou na determinação de regras de conduta processuais³⁸.

A doutrina classifica os princípios em duas espécies distintas: os princípios informativos e os princípios gerais ou fundamentais. Os princípios informativos são universais e incontroversos e assumem as características de um axioma. Em contrapartida, os princípios gerais decorrem das decisões que cada sistema jurídico decidiu tomar, variando no tempo e no espaço, sempre levando em conta suas características ideológicas, éticas e políticas³⁹.

O Direito, e mais especificamente o constitucionalismo moderno, conferiram normatividade aos princípios. Atualmente, não mais se discute a caracterização dos princípios como espécie de norma jurídica. O princípio deixou de ser visto como uma mera técnica de integração de lacunas no ordenamento jurídico, passando a ser uma norma,

³⁷ BULOS, Uadi Lammego. *Constituição federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

³⁸ GERALDES, Antônio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*: 1. Princípios fundamentais, 2. Fase inicial do processo declarativo. 2. ed. rev. e ampl., 3. reimpr. da edição de 1998. Coimbra: Almedina, 2010, p. 23. v. 1.

³⁹ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24-25.

colocando-se ao lado das regras⁴⁰. Os bens existem apesar de estarem expressos ou não na letra da lei. Os princípios condensam os valores de uma sociedade e os seus fins, orientando a atividade do aplicador da lei⁴¹.

1.2.1 Princípio dispositivo

Um dos princípios fundamentais do direito processual civil português é o princípio dispositivo. Antes de conceituá-lo já podemos dizer que este princípio contrapõe-se ao princípio inquisitório ou da inquisitorialidade.

Segundo o princípio dispositivo, predomina no processo o interesse privado das partes. Este preceito expressa a ideia de que o domínio do processo pertence às partes.

De acordo com a concepção privatística, o processo é algo de que as partes podem dispor livremente, posto que se o objeto do processo é uma querela privada e sua finalidade é a sua composição, não há interesses públicos a resguardar e, portanto, o juiz deve julgar o processo com base naquilo que foi carreado aos autos pelos envolvidos⁴².

Cabe às partes delimitar o objeto da demanda e dar início a um processo. As partes, e mais especificamente o autor, limitarão os termos dos pedidos, não podendo ser proferida sentença *infra*, *ultra* ou *extra petita*. O autor é quem traz aos autos as razões fáticas e jurídicas que justificam o pedido. E ao réu se exige que deduza os fatos em sua defesa.

Dessas duas forças nasce o entendimento de que o juiz só se utiliza dos fatos articulados no processo através das atividades das partes. Em matéria de direito e de regras processuais, cabe ao juiz o conhecimento oficioso⁴³. Quanto à marcha do processo, esta é determinada pela lei, em obediência ao princípio da legalidade.

Outra grande característica desse preceito é o fim do processo. As partes também podem dispor livremente acerca do término do processo.

⁴⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 36. v. 1.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA*, v. 3, n. 2, p. 368, 2º sem. 2002. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v3n2.pdf#page=107>>. Acesso em: 27 jun. 2015

⁴² MENDES, 2012b, p. 124. v. 1.

⁴³ *Ibid.*, p. 127.

O princípio dispositivo restringe de certa forma os poderes instrutórios do juiz, pois a iniciativa e condução do processo pertencem exclusivamente aos litigantes, mas não impede que o juiz possa requerer de ofício a realização de provas que julgue necessárias para a formação do seu convencimento.

Ensina Juan Montero Aroca que ao princípio dispositivo se complementam dois outros princípios e que em função disso, existe certa confusão ao entorno deste preceito. O princípio dispositivo em sentido estrito trata da disponibilidade que as partes têm sobre o interesse privado e a conveniência ou não de se socorrerem ao judiciário, e o princípio de contribuição das partes, segundo o qual as partes também têm o monopólio de trazer ao processo os elementos de fato e os meios de prova⁴⁴.

O fundamento básico do princípio dispositivo é a natureza privada do direito subjetivo deduzido em juízo e a autonomia da vontade das partes. Dai é que se pode dizer que o princípio da inércia da jurisdição está intimamente ligado ao preceito ora estudado, segundo o qual a movimentação jurisdicional só pode iniciar-se mediante provocação das partes⁴⁵.

O autor é quem determina o objeto do processo e a determinação do objeto a ser debatido fica a cargo do demandado; portanto, delimitado o objeto de debate, o juiz também fica vinculado a ele, já que não poderá prolatar sentença incongruente com os interesses privados dos litigantes.

Como último fundamento, entende-se que se as partes são as únicas que podem iniciar a atividade jurisdicional, podem também pôr fim à demanda, dispondo do interesse cuja satisfação se solicitava⁴⁶.

Pelo princípio dispositivo a parte dispõe do processo e recorre ao Poder Judiciário, se quiser. Ao contrário do processo penal, o processo civil é um mero instrumento do direito material civil.

O Novo Código de Processo Civil português não inovou no tratamento dado ao princípio dispositivo, previsto no artigo 3º, número 1, com a mesma redação do diploma anterior: “O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem

⁴⁴ AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva lei de enjuiciamiento civil: los poderes del juez e la oralidade*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 63.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011b, p. 14.

⁴⁶ AROCA, op. cit., p. 64.

que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição”.

Isto nada mais é que o princípio da inércia da jurisdição, que atribui às partes a iniciativa processual. Assim, o autor tem por obrigação legal formular seus pedidos de maneira concreta, trazendo aos autos fatos igualmente concretos.

A formulação do pedido também é manifestação do princípio dispositivo. O julgador não interfere nos pedidos, não cabe a ele analisar se os pedidos são ou não os mais apropriados ao deslinde da demanda⁴⁷.

O artigo 5º do mesmo diploma legal proclama o princípio dispositivo ao determinar que “às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”. Fatos essenciais são aqueles que constituem, modificam ou extinguem o direito⁴⁸. Portanto, percebe-se que a tentativa do legislador foi fazer com que as partes aleguem apenas os fatos verdadeiramente importantes e não aqueles de que podem prescindir.

Outro exemplo do princípio dispositivo no Novo Código de Processo Civil é o artigo 609, número 1, com a mesma redação do antigo artigo 611, que trata dos limites da condenação, em que se exige que “a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir”, como forma de limitação da atividade jurisdicional, já que o pedido é algo que pertence inteiramente às partes processuais⁴⁹.

O princípio dispositivo existe para, acima de tudo, salvaguardar a imparcialidade relativa ao juiz, quiçá o mais importante aspecto da Justiça. Aumentar os poderes do juiz seria atenuar o equilíbrio que deve existir entre os princípios dispositivo e inquisitivo. Contudo, há de ser reconhecer que com o desenvolvimento do processo civil, exigiu-se uma mudança na postura do órgão jurisdicional, que passou de uma posição inerte para uma atitude mais ativa. Apesar dessa evolução, jamais podemos perder de vista esse equilíbrio, para assim evitar que o processo civil se torne autoritário⁵⁰. Assim é que o

⁴⁷ VALLES, Edgar. *Prática processual civil com o novo CPC*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 76.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁹ MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed. dez. 2013, p. 63. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70 e 72.

Código de Processo Civil brasileiro foi elaborado: um misto entre princípios dispositivo e inquisitivo, mas com domínio do primeiro⁵¹.

O seu artigo 262, 1ª parte do Código de Processo Civil brasileiro segue o princípio dispositivo ao decidir que “o processo civil começa por iniciativa da parte”. O juiz não pode iniciar de ofício o processo, exceto em casos excepcionais previstos em lei, por exemplo, o processo de inventário⁵².

Em nome dos princípios dispositivo e da inércia da jurisdição, o juiz deve sempre aguardar a iniciativa da parte. “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. É esta determinação do artigo 2º do Código de Processo Civil brasileiro.

Como prova de que o sistema processual civil brasileiro é misto, veja-se a segunda parte do próprio artigo 262, que determina que “o processo civil [...] se desenvolve por impulso oficial”. Nítida demonstração da inquisitorialidade do sistema. A expressão impulso oficial significa que, iniciado o processo, este se desenvolve por atos do juiz e dos serventuários da justiça.

Para se compreender com exatidão o preceito ora estudado, faz-se necessário ter em mente a distinção entre relação processual e relação material. A relação jurídica processual é de natureza pública porque o processo é instrumento da função jurisdicional⁵³. E assim, o juízo e as partes não podem dispor dessas regras. Já a relação material pode versar acerca de direitos disponíveis ou indisponíveis. Os primeiros autorizam as partes a transacionarem, os segundos, não. A relação material envolve a participação do juiz no processo, que não possibilita que os fatos alegados pelas partes fiquem sem prova; contudo, ele só exerce sua função sobre esses fatos, não podendo trazer fatos novos para o processo⁵⁴.

Ou seja, essa faculdade de iniciativa da demanda se encontra voltada para os direitos disponíveis, enquanto que em relação aos direitos indisponíveis, o Estado atribui ao Ministério Público a possibilidade de se substituir às partes para a iniciativa processual.

⁵¹ NEVES, 2011b, p. 70.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 600 e 1427.

⁵³ CAVALCANTI, Bruno Novaes Bezerra. *A relação jurídica processual (conceito, características, estrutura)*. 2001, p. 8. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/892410>. Acesso em: 24 maio 2014.

⁵⁴ DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 176.

Dessa forma é que o juiz deve fazer seu julgamento limitado pelo que foi alegado e provado pelas partes, estando impedido de apreciar pedidos que não foram formulados pelos litigantes, sob pena de proferir sentença incongruente. Contudo, há de ser reconhecido que as regras de natureza processual não podem ficar ao alvedrio dos sujeitos ativo e passivo.

Barbosa Moreira traz em seu texto a opinião daqueles que são contrários à concessão de muitos poderes ao juiz. Eles acreditam que ao determinar de ofício a realização de prova, o magistrado perde sua parcialidade e se decide por aquele a quem a prova irá favorecer⁵⁵, pois a sua experiência e o desenrolar da instrução lhe permitem saber a quem a prova prejudicará ou não. Pelos mesmos motivos, a sua omissão também ofenderá a parcialidade do julgador. A limitação proposta pelo princípio dispositivo é medida que assegura a segurança jurídica da decisão.

De maneira bastante didática e precisa, o professor José Roberto dos Santos Bedaque conceitua o princípio dispositivo. Para ele, trata-se de um princípio relativo à relação jurídica de direito material disponível, que permite as partes disporem livremente desses direitos, sem que o juiz se oponha à prática desses fatos. “Qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial⁵⁶”.

A nosso ver, muito embora o princípio dispositivo seja visto como um limitador da atividade jurisdicional do juiz, ele não pode ser esquecido, tampouco excluído dos ordenamentos jurídicos processuais. Hoje, com a modernização do direito processual civil, este preceito tem sofrido certa mitigação, mas deve conviver com o princípio inquisitivo, justamente para se conferir às partes igualdade e impedir que o juiz se torne cada vez mais interventor, no sentido da superação dos défices da atividade processual das partes.

As legislações não podem permitir que o magistrado possa suprir oficiosamente qualquer falha ou omissão das partes, pois facilmente estaria perdendo a equidistância que deve existir entre todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica, juiz e partes.

⁵⁵ MOREIRA, 2005, p. 16.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

Entendemos ainda que o magistrado somente pode atuar de ofício naqueles casos em que a sua convicção quanto à veracidade dos fatos provada pelos litigantes restou insuficiente⁵⁷.

1.2.2 Princípio inquisitivo

Com a publicização do direito processual civil, o juiz passou de figura inerte a sujeito ativo do processo. No princípio inquisitivo ocorre o inverso do princípio dispositivo. Naquele, mesmo que as partes não tomem nenhuma atitude, o magistrado pode decidir sobre os meios de provas a serem utilizados e conduzir o processo de acordo com suas iniciativas⁵⁸.

Pelo princípio inquisitivo, o juiz se utiliza de todos os meios que estejam disponíveis para descobrir a verdade real, ainda que as partes tenham se mantido inertes. Se o interesse em conflito é de natureza pública, não pode o órgão jurisdicional permitir que ocorra a eternização do processo, deve provocar o andamento do feito até seu provimento final, independentemente de provocação dos interessados⁵⁹.

Daí porque o juiz pode determinar de ofício ou a requerimento da parte, provas de fatos que julgue importantes para o desfecho da causa (artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro).

A redação do artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro permite ao “juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes [...]”. O juiz é quem aprecia as provas produzidas nos autos, deve decidir de acordo com o seu convencimento, mas sua decisão deve ser justificada e vinculada à prova dos autos.

Se depois da propositura da ação advier fato ou direito que possa influir no julgamento da lide, deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser por ele beneficiado no processo (artigo 462 do Código de Processo Civil brasileiro).

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107. v. 2.

⁵⁸ SILVA, 2006, p. 243.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32-33. v. 1.

A legislação processual civil brasileira contempla em seu texto o princípio inquisitivo como método de reforçar os poderes do juiz, que pode até reprimir atos contrários à própria justiça. Quanto maiores forem os poderes do magistrado, mais próximo do princípio inquisitivo o processo será.

O princípio inquisitivo tem relação direta com a atribuição de poderes ao juiz. Sempre que o ordenamento jurídico conceder poder a um magistrado, ainda que não leve em consideração a vontade das partes, estaremos diante de um sistema inquisitivo⁶⁰.

Ao lado da atuação das partes, está a atuação do magistrado, que, segundo Elpídio Donizetti⁶¹:

[...] detém o poder-dever de atuar diretamente no processo, na busca da correta composição do litígio. Essa liberdade de atuação se dá, de regra, no plano do direito processual, não lhe sendo lícito decidir sobre questão envolvendo direito substancial não deduzida pelas partes.

Portanto, percebe-se que os princípios dispositivo e inquisitivo podem e devem conviver juntos num mesmo sistema de regras processuais, sendo o dispositivo um limitador do inquisitivo. Aquele se refere à direção material do processo, este, ao plano do direito processual.

No ordenamento jurídico português, o princípio dispositivo era concebido discretamente, contudo, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, vê-se uma acentuação dos poderes de direção do juiz. Sem perder a discricionariedade, o inquisitório se tornou um poder-dever do magistrado, utilizado para se chegar à verdade dos fatos. Insere-se, portanto, nesse preceito um comportamento cooperativo entre as partes e o órgão jurisdicional⁶².

O atual artigo 97, antigo artigo 102 do Código de Processo Civil português de 1961, trata do conhecimento oficioso, enquanto não houver sentença transitada proferida sobre o fundo da causa, da incompetência absoluta do tribunal.

O artigo 104, número 1 do Novo Código de Processo Civil, enumera os casos em que a incompetência em razão do território deve ser conhecida oficiosamente pelo tribunal, em nítido exercício do princípio inquisitivo.

⁶⁰ DIDIER JR, 2011a, p. 80-81.

⁶¹ DONIZETTI, 2011, p. 89.

⁶² BATISTA, 1997, p. 24-25.

Podemos citar ainda o artigo 411, que trata especificamente do princípio do inquisitório, segundo o qual “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

O juiz tem o poder-dever de ordenar, *ex officio*, a realização de diligências que sejam importantes para o descobrimento da verdade, assim como pode recusar o que for desnecessário para o regular andamento do feito.

As partes não têm mais o monopólio de provar os fatos trazidos ao processo, o juiz pode ele mesmo realizar ou ordenar que sejam cumpridas todas as atividades necessárias ao apuramento da verdade⁶³. O magistrado tem a iniciativa da prova e as partes devem cooperar para que seja alcançada a verdade dos fatos. Ainda que exista esta possibilidade de iniciativa instrutória do juiz, cabe à parte o ônus de provar os fatos que alega.

Além da responsabilidade pela investigação judicial da verdade e dos fatos, ao órgão jurisdicional cabe a direção formal do processo, entendido como sendo aquelas características técnicas e de estrutura interna do processo⁶⁴, que garantem um processo idêntico a todos que dele se utilizam para dirimir seus conflitos de interesses.

Segundo Antunes Varela, o princípio inquisitório possui duas faces: poder de instrução e poder de disciplina. A primeira face se refere ao poder de “realização direta ou determinação das diligências necessárias ao descobrimento da verdade”; já a segunda face determina, por força do artigo 6º do Novo Código de Processo Civil português, que cumpre ao juiz dirigir ativamente o processo para lhe dar celeridade, recusando o que for impertinente ou dilatório, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio⁶⁵.

Há quem alegue ainda, como é o caso do professor José João Baptista, que sob os comandos do princípio ora em questão, agasalhado pelo pretexto da descoberta da verdade, pode o juiz condenar a mais do que foi pedido ou em objeto diferente⁶⁶.

⁶³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 153.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 157.

⁶⁵ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o Dec.-Lei 242/85. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 475

⁶⁶ BAPTISTA, José João. *Processo civil I: teoria geral e processo declarativo, com referências ao anteprojeto do novo código de processo civil*. Lisboa: 1993, p. 38. v. 1.

Contudo, tal interpretação jamais pode ser considerada, pois em total desacordo com o artigo 609, número 1 do Código de Processo Civil português, que trata dos limites da condenação, segundo o qual “a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do que se pedir”. Da mesma forma, presente tal entendimento no ordenamento jurídico brasileiro, quando em seu artigo 460 proíbe o “juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

1.2.3 Princípio do devido processo legal

A expressão “devido processo legal” é a tradução literal de *due process of law*, o pontapé inicial deste princípio⁶⁷. A referida expressão existe desde o século XIV (1354); entretanto, a concepção de que o processo tem que ser devido remonta a 1037 (século XI). A Magna Carta de 1215 consagra esta ideia, mas não emprega a expressão “devido processo legal”⁶⁸.

O devido processo legal é elencado pela Constituição Federal brasileira de 1988 como princípio fundamental do processo civil e estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV), caso contrário, estar-se-ia privando os direitos de alguém ilegitimamente.

A doutrina costuma dividir o devido processo legal em duas dimensões: a dimensão formal ou processual diz respeito ao conjunto das garantias processuais previstas no ordenamento, a exemplo do contraditório e da ampla defesa; já a dimensão substancial funciona como uma garantia a tutelar direitos fundamentais previstos apenas implicitamente⁶⁹.

O princípio do devido processo legal dispõe sobre os métodos previstos no ordenamento jurídico para reduzir o abismo que existe entre a normatividade e a

⁶⁷ NOVELINO, 2012, p. 575.

⁶⁸ Outras traduções: “processo justo” – Itália; “fair trial”: procedimento justo, correto, limpo. DIDIER JR, 2012, p. 45-46.

⁶⁹ DIDIER JR, 2012, p. 49-50.

efetividade, porque o Direito é o caminho que garante o desenvolvimento do Estado, com todas as suas garantias, regras e princípios⁷⁰.

A partir desse princípio, são originadas garantias processuais que asseguram aos litigantes o direito à ordem jurídica justa. E não só aos litigantes, mas também ao processo em si considerado, pois autoriza o exercício da jurisdição através da adequação dos procedimentos⁷¹.

Cintra, Grinover e Dinamarco compreendem que o conteúdo do devido processo legal revela outras garantias: 1) primeiramente, a garantia do juiz natural, o qual proíbe os juízos ou tribunais de exceção, e a garantia do juiz competente (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88); e 2) o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), isonomia processual ou igualdade de armas (art. 5º, I), publicidade (art. 5º, LX, todos da CF/88), dentre outros⁷².

Parcela da doutrina⁷³ abaliza que o princípio do devido processo legal é gênero, do qual todos os demais são espécies. Misael Montenegro chama de “supra princípio”, posto que se todos os outros se originam dele, os princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa e da coisa julgada, por exemplo, são exigências postas pela lei, que devem ser respeitadas para a condução adequada do processo, não se aceitando a prática de atos vedados ou não previstos em norma⁷⁴.

Ainda há quem argumente a supremacia deste princípio sobre os demais, bastando que a Constituição Federal brasileira tivesse previsto este preceito no art. 5º, não havendo mais que se falar em todas as outras espécies oriundas dele, já que está presente implicitamente em todos os princípios constitucionais⁷⁵.

O princípio em estudo exige dos jurisdicionados e do Estado obediência ao que está estabelecido na Carta Maior e na legislação infraconstitucional. Este preceito significa que o processo como um todo, do início ao fim, deve ser processado de acordo com as

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 529-530.

⁷¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 88.

⁷² Ibid., p. 89.

⁷³ Id. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53. v. 1.

⁷⁴ MONTENEGRO FILHO, loc. cit.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 60 e 70. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

regras de procedimento estabelecidas. Assim, o seu provimento final será justo e terá transcorrido dentro da legalidade.

Acompanhando as mudanças na legislação posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, foi possível perceber a constitucionalização do direito processual. Daí porque a Constituição da República Portuguesa previu, em seu artigo 20, número 4, intitulado “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”, que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

O direito a uma decisão jurisdicional em prazo razoável não está desconectado da ideia de um processo justo e equitativo em que se objetiva a descoberta da verdade material e uma decisão pensada. Mas, também, o ideal de prazo razoável não significa dizer que todo e qualquer processo se encerrará rapidamente, pois isto depende da complexidade do caso. Prazo razoável é dar tempo suficiente para o justo deslinde da causa⁷⁶.

Justificando o fenômeno da constitucionalização do processo civil, facilmente se constata que os atuais artigos 6º e 7º, número 1, revogado artigo 266 do Código de Processo Civil português, tratam exatamente dos direitos fundamentais previstos no número 4 do artigo 20 da Constituição portuguesa: decisão proferida em processo justo e em tempo razoável.

Um processo equivalente para ambas as partes garante o acesso de todos os jurisdicionados ao Poder Judiciário e impede a produção de normas jurídicas cruéis⁷⁷.

Não só as partes, mas também os advogados e magistrados devem ajudar-se mutuamente, objetivando o andamento célere do processo, “adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável” (art. 6º do Código de Processo Civil português). Trata-se de medidas de cooperação entre todos os envolvidos para que o processo alcance seu objetivo em prazo razoável⁷⁸.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*: introdução geral, preâmbulo, artigos 1º a 79º. (tomo i). Coimbra: Coimbra, 2005, p. 192.

⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 78.

⁷⁸ FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 514. v. 1.

Ainda de acordo com Vallisney de Souza Oliveira⁷⁹, a noção de justo processo é a seguinte:

É o direito ao método límpido, efetivo, envolto pelo contraditório e conduzido por um terceiro imparcial, o juiz, dentro de um prazo razoável, com preservação da ética, da igualdade, da publicidade, da fundamentação das decisões e de outras garantias inerentes ao estado democrático de direito, tudo a fim de bem servir a sociedade consumidora da jurisdição.

Justo processo e devido processo são sinônimos, referentes a um processo que deve ser obediente à lei, e de onde se originam outros princípios processuais constitucionais.

A atividade jurisdicional do juiz encontra limitação no princípio do devido processo legal ou da tutela jurisdicional efetiva, posto que atua de maneira contrária a qualquer manifestação arbitrária de poder.

Cabe ao magistrado verificar se o processo se formou de maneira adequada, devendo ser interpretado em face das normas constitucionais, sob pena de incorrer em arbitrariedade ou violação do devido processo⁸⁰.

1.2.4 Princípio do contraditório

O inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Entende-se o contraditório como a garantia, para o autor, de poder alegar e provar os fatos constitutivos do seu direito e, para o réu, de ser noticiado da existência de demanda proposta em face dele e do seu conteúdo para assim poder ser ouvido, podendo influenciar o convencimento do magistrado⁸¹.

Através do contraditório, os litigantes produzem as provas que julgarem necessárias para a comprovação da existência do seu direito. O promovente buscará

⁷⁹ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *O juiz na aplicação do justo processo*. 2008. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/arquivos/Artigo%2015%20O%20Juiz%20na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20Justo%20Processo%20-%20Vallisney.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., ampl. e atual. até 15.1.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 183.

demonstrar os fatos que constroem a causa de pedir e o pedido, enquanto o promovido trará aos autos a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Nos termos do artigo 398 do Código de Processo Civil brasileiro, “sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”, garantia permitida em decorrência da aplicação do princípio do contraditório. Se o juiz não der a oportunidade de a parte contrária se manifestar sobre a juntada desse documento aos autos, e o mesmo influir no julgamento, constitui cerceamento de defesa, tornando a sentença passível de anulação.

Segundo José Lebre de Freitas, o objetivo principal do princípio do contraditório é entendido hoje como sendo a capacidade de influenciar na decisão, através da participação ativa de ambas as partes, em plena igualdade, para se atingir o êxito do processo⁸².

No plano da alegação dos fatos principais da causa, enquanto manifestação do princípio dispositivo, aos fatos alegados pelas partes, é dada à outra a oportunidade de refutá-los, em igualdade de armas.

No campo do direito, antes de o juiz sentenciar, é facultada às partes a possibilidade de discutir todos os fundamentos de direito que motivam a decisão, para se evitar, assim, uma decisão-surpresa.

A regra geral determina que o órgão jurisdicional não pode decidir com base em tema que não foi discutido pelas partes. Seguindo o modelo cooperativo de processo, o juiz pode basear-se em fato que não foi alegado pelas partes. Porém, deverá facultar a estas a possibilidade de se manifestarem a respeito desse fato, para assim evitar a prolação de uma decisão-surpresa, em desrespeito ao princípio em exame⁸³.

Assim é o comando do artigo 3º, número 1 do Código de Processo Civil português, segundo o qual nenhum conflito pode ser resolvido sem que a outra parte “seja devidamente chamada para deduzir oposição”. Aqui, vê-se a consagração do direito de defesa, que é a obrigatoriedade de chamar ao processo a parte oposta para que esta manifeste sua posição em relação ao feito⁸⁴.

O conteúdo deste preceito vai além do confronto entre as partes. Elas podem se manifestar sobre qualquer matéria de fato ou de direito, a tal ponto de poder influenciar no

⁸² FREITAS, 2009, p. 108-109.

⁸³ DIDIER JR., 2012, p. 59-60.

⁸⁴ FREITAS; REDINHA; PINTO, 2008, p. 06.

resultado do processo. O magistrado tem o dever de proporcionar às partes o debate acerca das matérias de fato ou de direito a serem levadas em consideração nas decisões⁸⁵.

Ou seja, não basta apenas opor-se a todo e qualquer ato, a parte tem o poder de, em igualdade de condições, influenciar na decisão do órgão jurisdicional, caso contrário, a função do princípio seria inócua.

A inobservância do artigo 563 do Novo Código de Processo Civil implica no descumprimento ao princípio do contraditório. Segundo este comando legal, “o réu é citado para contestar, sendo advertido no ato da citação da consequência da falta de contestação”.

Muito embora haja esta comunicação no ato da citação, o respeito ao princípio do contraditório deve ser lembrado em todas as instâncias, desde o juiz de primeiro grau, até as mais altas cortes do país, daí porque considerá-lo como um dos pilares de todo o processo civil.

Sem a presença deste princípio no processo civil, as decisões dificilmente conseguiriam alcançar a justiça, de maneira que assegura o tratamento isonômico das partes, pois que são consideradas em igualdade de armas, bem como dá ao magistrado imparcialidade e segurança às partes e às suas deliberações⁸⁶.

A garantia do contraditório também está endereçada ao juiz, pois uma de suas funções no processo é justamente garantir o contraditório a ambas as partes, constituindo, assim, um dever do magistrado.

Não se pode afirmar que o princípio do contraditório limita a atividade probatória do juiz, desde que observado o conteúdo mínimo do preceito⁸⁷, como direito à informação dos atos processuais, poder de influenciar a formação do convencimento do juiz, paridade de armas, direito de motivação das decisões, entre outros.

⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 161-162.

⁸⁶ GERALDES, 2010, p. 74-75.

⁸⁷ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1998 *apud* CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238-239.

1.2.5 Princípio da gestão processual

Instituto recente no ordenamento jurídico português, o princípio da gestão processual remonta ao Regime Processual Experimental (RPE) de 2006, sobre o qual se tem pouca experiência.

De difícil conceituação, segundo Isabel Alexandre, “parece corresponder a algo como um poder do juiz de praticar e mandar praticar todos os actos necessários à justa, rápida e económica resolução do litígio⁸⁸”.

O Novo Código de Processo Civil português consagrou em seu artigo 6º o dever de gestão processual do juiz com o seguinte teor:

1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

2 - O juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

Sem prejuízo do impulso processual que pertence às partes, compete ao juiz dar andamento regular e célere ao processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação.

A chamada gestão processual constitui uma verdadeira direção efetiva do processo, princípio já consagrado no artigo 265, número 1 da Reforma de 1995/1996, o que implica na concessão de poderes que se direcionam a garantir a regularidade da instância e o normal andamento do processo.

No dizer do professor Lebre de Freitas, “a direção formal do processo está estreitamente ligada ao cumprimento de deveres de cooperação do juiz para com as partes e destas para com ele⁸⁹”.

⁸⁸ ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed. Dez. 2013, p. 90. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁸⁹ FREITAS, 2009, p. 158.

O dever de gestão processual transmite a ideia de agilização e simplificação processual, ou seja, é a obrigação que o juiz tem de providenciar o andamento célere do feito⁹⁰.

Além disso, este princípio traz consigo medidas que mitigam a rigidez formal, ainda tão presente em alguns segmentos de tramitação da demanda, autoriza uma visão mais crítica acerca das regras processuais estabelecidas, objetivando uma tramitação eficiente do processo.

Os operadores do direito, e mais precisamente os magistrados, manifestaram-se contrários à parte da redação do artigo que exige que antes da adoção de mecanismos de agilização e simplificação, os litigantes sejam ouvidos.

Segundo esta classe, o respeito ao contraditório já está imposto pelo artigo 3º. Em casos mais simples, fala-se até em dispensar do contraditório, já que se todo ato simplório de gestão for precedido de contraditório, o intuito de celeridade proposto pelo princípio ora em análise jamais se efetivará de fato⁹¹.

É certo que as partes têm o direito de participar do processo, tendo a possibilidade de influenciar nas decisões, mas, sob o aspecto da gestão processual, em determinados casos, o juiz está autorizado a dispensar a audiência prévia das partes, sem que isso seja uma ruptura ao princípio do contraditório. Contudo, esta não deverá ser a regra, por questão de segurança jurídica⁹². Assim, o dever de gestão processual atribuído ao magistrado, no que diz respeito à agilização do processo, permite-lhe a flexibilização do princípio do contraditório, sem, contudo, ignorá-lo.

O uso indevido dos instrumentos que caracterizam o exercício da gestão processual pode conduzir a práticas que demonstram incerteza jurídica ou que questionem a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Da análise do artigo 6º é possível perceber que a intenção do legislador foi atribuir ao magistrado o dever de gestão processual, sendo de sua responsabilidade qualquer ação ou omissão.

⁹⁰ VALLES, 2013, p. 90-91.

⁹¹ ALEXANDRE, 2013, p. 103-104.

⁹² FARIA, Paulo Ramos de. O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6º do Código de Processo Civil português (excertos). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed. Dez. 2013, p. 116, 121. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

O artigo 265 do Código de Processo Civil de 1995/1996 já providenciava pelo andamento “regular e célere do processo”, enquanto que na atual redação do artigo 6º, foi eliminado o adjetivo “regular”, numa ideia de relativização do formalismo legal⁹³.

Caracteriza-se como dever de iniciativa do juiz a promoção oficiosa de diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação. Mas essa determinação foi proposta no sentido de exigir do magistrado atitude necessária que torne o processo menos parado e mais dinâmico.

Para proporcionar o andamento regular e célere do processo, é dever do juiz, dentro dos limites da lei, realizar todas as diligências que julgue necessárias e indeferir os requerimentos inúteis das partes ou que sejam meramente protelatórios.

Em verdade, o Novo Código de Processo Civil português não inovou no assunto, já que o artigo 265 do anterior código trazia a mesma ideia de direção do processo.

Há aqueles que não veem com bons olhos a implementação da gestão processual no ordenamento jurídico português, como Isabel Alexandre, que critica veementemente o instituto, ao dizer que os advogados questionam a capacidade que os juízes têm de gerir um processo.

Esse receio decorre de uma sentida inexperiência, falta de bom senso e falta de formação para o efeito. Portanto, a gestão processual parece uma figura que implica o exercício de competências que não são de técnica jurídica, que não se prendem com a aplicação do direito estrito⁹⁴.

Em contrapartida, é preciso exigir dos advogados uma mudança de comportamento. Eles devem introduzir no seu cotidiano de trabalho o respeito aos novos princípios e diminuir consideravelmente a distância existente entre a magistratura e advocacia.

Os advogados devem cooperar com a parte adversa e o juiz, assim como este último deve pensar o processo não como um lugar para se destacar e, sim, servir ao direito e à Justiça.

⁹³ FARIA, 2013, p. 116.

⁹⁴ ALEXANDRE, 2013, p. 89.

2 NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE A PROVA

Dentro do estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil, não se pode deixar de discorrer acerca do instituto da prova. Revestido de natureza constitucional, o direito à prova decorre do direito ao devido processo legal, do direito ao contraditório e do direito à ampla defesa⁹⁵.

É através da atividade probatória que as partes podem atuar na tentativa de convencer o órgão jurisdicional. Um dos objetivos do processo é alcançar a justa composição do litígio, sendo a prova o instrumento capaz de promover esse desiderato.

O julgador, antes de proferir sua decisão, analisa as provas produzidas no processo pelas partes, por terceiros, ou até mesmo por sua própria determinação, e, convencido do que elas lhe revelaram, aplica o direito positivo à questão, solucionando o litígio.

Acrescentam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que “nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo de conhecimento – a busca da verdade substancial⁹⁶”.

Mesmo diante de tamanha importância, não se pode olvidar que as provas estão submetidas às regras e à valoração do magistrado. Ocorre que nem toda prova pode ser admitida no processo, até mesmo por uma questão de segurança jurídica.

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira inadmite a produção de prova obtida por meio ilícito, nos seguintes termos: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A ilicitude de que trata o excerto mencionado se refere à forma como a prova foi produzida.

A regra do artigo 332⁹⁷ do Código de Processo Civil brasileiro é a de que a parte pode se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo, em atendimento à lei constitucional.

Meios legais e moralmente legítimos são aqueles “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico⁹⁸”.

⁹⁵ BEDAQUE, 2001, p. 20.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 252. v. 2.

⁹⁷ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A lei processual civil portuguesa também é no sentido da livre admissibilidade dos meios de prova. Há, todavia, limitações a esta regra, conforme artigo 607, número 5 do Novo Código de Processo Civil:

O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.

Portanto, a regra é que tudo o que se mostre hábil à comprovação de um fato, e que possa influir na decisão da causa, pode ser, em princípio, admitido como meio de prova, desde que legal e moralmente legítima.

2.1 Conceito

O vocábulo prova tem origem na palavra latina *proba*, de *probare* (comprovar, mostrar, fazer a demonstração de). O dicionário jurídico, *Vocabulário jurídico*⁹⁹, define prova como:

A demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

A matéria referente às provas é importante, pois conduz ao resultado do processo. Seja a ação julgada procedente ou improcedente, as provas cumpriram a sua função de trazer para perto do julgador o máximo possível da veracidade de um fato.

A conceituação de prova não é algo unívoco na doutrina, porém, é possível referir-se à prova como sendo a “demonstração, no processo judicial instaurado, pela parte a quem foi atribuído o ônus, da veracidade do fato anteriormente afirmado, garantindo a procedência ou a improcedência da ação¹⁰⁰”.

⁹⁸ NERY JÚNIOR, 2012, p. 723.

⁹⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978b, p. 1253. v. 3.

¹⁰⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011b, p. 426. v. 2.

Para Carnelutti, “prova não se chama somente o objeto que serve para o conhecimento de um fato, mas também o próprio conhecimento fornecido por tal objeto”¹⁰¹.

Assim como no ordenamento jurídico brasileiro, no ordenamento jurídico português a matéria atinente à prova é regulada pelas disposições do Código Civil e de Processo Civil, constituindo direito probatório material e direito probatório formal, respectivamente. O direito probatório material trata das normas de natureza substantiva e o direito probatório formal constitui formalismo processual.

O Código Civil brasileiro reservou um capítulo inteiro ao tema das provas (Título V – Da prova). Inaugurando o assunto, o artigo 212 enumera as formas como os fatos jurídicos podem ser provados, sendo cinco os meios de prova previstos em lei: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia.

De acordo com o que leciona o artigo 341 do Código Civil português, “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

Para Jorge Augusto Pais de Amaral, as provas são “os meios de que o tribunal se serve para demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que interessam a decisão da causa”¹⁰².

Para alguns doutrinadores¹⁰³, o conceito de prova apresenta duas acepções: a) objetiva, fundada nos meios capazes de demonstrar a existência de um fato, e b) subjetiva, baseada na crença da certeza formada no espírito do julgador em torno dos fatos alegados em juízo.

Grande parte da doutrina comunga do entendimento que o órgão julgador possui poderes ativos na produção da prova, para que assim o resultado do litígio seja justo e equitativo.

2.2 Objeto da prova

Sendo função da prova a demonstração da realidade dos fatos, ela se destina a formar a convicção do órgão jurisdicional sobre cada fato trazido e discutido nos autos.

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 307. v. 1.

¹⁰² AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 70.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 421.

A instrução processual é o momento utilizado pelos querelantes para provar a veracidade de suas alegações ou desconstituir a do adversário, no caso do réu; e é através do exercício dessa atividade probatória que se põe termo ao processo.

O objeto da prova é definido pelo artigo 410 do Código de Processo Civil português: “A instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova”.

Logo, pode-se afirmar que o objeto da prova é, em regra, constituído por fatos. Mas nem todos os fatos podem ser objeto da prova, apenas os fatos articulados “que sejam relevantes para o desfecho da lide¹⁰⁴”, e pertinentes¹⁰⁵. Então, somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados podem ser objeto de prova.

Ensina a melhor doutrina brasileira, caracterizando o fato probando como controvertido, que “onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito¹⁰⁶”. Ademais, o fato objeto da prova deve ser relevante, entendido este como sendo aquele que “além de pertinente, pode influir no julgamento do mérito¹⁰⁷”. Por fim, o fato objeto da prova deve ser determinado, “apresentado com características suficientes que os distingam de outros que se lhes assemelham. O fato deve ser identificado no tempo e no espaço¹⁰⁸”.

O direito material não se prova, exceto quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, podendo o juiz exigir-lhe a respectiva prova¹⁰⁹.

Da leitura do parágrafo 2º do artigo 331 do Código de Processo Civil brasileiro, extrai-se que “o juiz fixará os pontos controvertidos” no momento da audiência preliminar. Pontos controvertidos são aqueles afirmados pelo autor e expressamente contestados pelo réu. Por via lógica de consequência, pontos não controvertidos não podem ser objeto de prova¹¹⁰.

¹⁰⁴ MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O Novo Processo Civil*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 238.

¹⁰⁵ BAPTISTA, 1993, p. 276.

¹⁰⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 44.

¹⁰⁷ MARINONI; ARENHART, 2011, p. 239.

¹⁰⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 45.

¹⁰⁹ Ambos os ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, trazem este mesmo entendimento. Veja-se o artigo 348 do Código Civil português:

(Direito consuetudinário, local, ou estrangeiro

1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro, compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento.) e 337 do Código de Processo Civil brasileiro (A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.).

¹¹⁰ NERY JÚNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 720.

Há outros fatos que, embora informados pelas partes e importantes para o processo, não carecem de prova. São eles: os fatos notórios, os fatos confessados (“a confissão é o reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pela parte adversa¹¹¹”), os fatos incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade¹¹² (“é a consequência, ou conclusão, que a lei ou o juiz tiram tendo como ponto de partida um fato conhecido para chegar a outro ignorado¹¹³”).

O artigo 412¹¹⁴ do Código de Processo Civil português também traz em seu bojo os fatos que não necessitam ser provados, quais sejam os fatos notórios e os fatos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício de suas funções.

2.2.1 A formação da matéria de fato

Em que pese o artigo 264 do anterior Código ter sido revogado, percebe-se que o novo artigo 5º do Código de Processo Civil português trouxe em sua letra a essência do Princípio Dispositivo, ainda que com nova denominação.

A primeira mudança consiste na inserção do adjetivo “essencial” aos fatos alegados pelas partes, seja na causa de pedir, seja nas exceções. Em outros termos, pretende-se que as partes aleguem apenas aqueles fatos importantes, relevantes ao deslinde da causa. São fatos que merecem “consideração pelo tribunal”¹¹⁵.

¹¹¹ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e Processo de Conhecimento*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191. (Coleção sinopses jurídicas; v. 11).

¹¹² Art. 334 (Código de Processo Civil brasileiro). Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

¹¹³ ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Processo Civil: Processo de conhecimento*. 2. ed. atual. de acordo com as Leis nº 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 10).

¹¹⁴ Artigo 412.º (art.º 514.º CPC 1961)

Factos que não carecem de alegação ou de prova

1 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral.

2 - Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove.

¹¹⁵ RODRIGUES, Gabriela Cunha. A acção declarativa comum. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil: Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed. 2013, p. 153. Disponível em: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Processo Civil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Processo%20Civil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2015. Citando a exposição de motivos da Proposta de Lei nº 113/XII.

Tal medida foi pensada para dar celeridade ao processo, que exige das partes apenas a alegação de fatos realmente interessantes para a justa composição do litígio.

A alínea “a” do número 2 do citado dispositivo legal afirma que “além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz os factos instrumentais que resultem da instrução da causa”.

Entende-se por fatos instrumentais aqueles que prescindem de alegação e são officiosamente considerados na decisão da causa. Eles permitem ao julgador atingir a prova dos fatos principais ou essenciais. Também são instrumentais os fatos probatórios e acessórios. Os fatos probatórios são aqueles que constituem prova indireta: por meio deles chega-se à realidade do fato principal (essencial) por dedução. Os fatos acessórios, por seu turno, são aqueles que permitem ao juiz extrair da realidade dos fatos probatórios a conclusão acerca da realidade dos fatos principais¹¹⁶.

Além dos fatos enunciados pelos querelantes, ainda devem ser considerados pelo juiz “os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar¹¹⁷”.

Os fatos que sejam complemento ou concretização de outros também são fatos essenciais e podem ser considerados officiosamente pelo tribunal. Devem ser de fato, complementares ou concretizadores e que resultem da instrução¹¹⁸.

Por fim, o órgão jurisdicional não pode ignorar os “factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções” (alínea c do número 2 do artigo 5º do Novo Código de Processo Civil português).

Fato notório é aquele tido por evidente. Deve ser de conhecimento tão amplo, “que o fato apareça, por assim, dizer, revestido de certeza¹¹⁹”. Não necessita sequer de alegação pelas partes, o que podemos concluir que não necessita de prova. Deve ser de conhecimento geral e público.

Fatos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções são os chamados fatos de conhecimento officioso. Tal espécie de fato não necessita

¹¹⁶ FREITAS, 2009, p. 151.

¹¹⁷ Artigo 5º, número 2, alínea “b” do Novo Código de Processo Civil português.

¹¹⁸ VALLES, 2013, p. 85.

¹¹⁹ AMARAL, 2010, p. 269.

de alegação das partes. “Quando deles se socorra, o tribunal deve fazer juntar ao processo documento que as comprove¹²⁰”.

2.3 Destinatário da prova

É possível afirmar que a prova possui dois destinatários: o Estado-juiz e as partes. O Estado-juiz é o destinatário direto da prova, uma vez que a sua função é convencer o juiz acerca da veracidade dos fatos enunciados; já as partes são destinatárias indiretas¹²¹ da prova, já que também precisam se convencer da verdade da decisão prolatada. Há quem acrescente como destinatários indiretos da prova, além das partes, os interessados na solução do litígio¹²².

A jurisprudência não costuma acompanhar o entendimento doutrinário majoritário, e tem se posicionado no sentido de ser o juiz o único destinatário da prova. Vejamos¹²³:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL. DEFERIMENTO. ART. 130 DO CPC. JUIZ: DESTINATÁRIO DA PROVA. I- O Magistrado é, por excelência, o destinatário da prova, incumbindo-lhe deferir aquelas que julgue necessárias para formar seu livre convencimento, a teor do art. 130 do CPC. II- Agravo de instrumento improvido. (TRF-1 - AG: 1013 DF 2000.01.00.001013-2, Relator: JUIZ CANDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 12/09/2000, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 19/12/2000 DJ p.285).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA - ALEGAÇÃO DE ILIQUIDEZ DO TÍTULO - MATÉRIA QUE DEPENDE DE INSTRUÇÃO - PROVA PERICIAL - ART. 130 DO CPC - JUIZ - DESTINATÁRIO DA PROVA - AGRAVO DESPROVIDO. Preliminar de carência de ação corretamente afastada, uma vez que a execução funda-se em uma Cédula de Crédito Comercial, que é título executivo por força da Lei 6.840/80 e do Decreto-Lei nº 413/69 e, em vista disso, deve ser considerada, "prima face", dívida líquida, certa e exigível. A alegada iliquidez do título, como bem esclarecido no despacho agravado, "é matéria que depende de instrução e, assim, só poderá ser analisada após a regular produção da prova". A produção de prova pericial e/ou testemunhal se submete ao prudente arbítrio e à livre convicção do juiz que preside o processo e é seu destinatário. Em matéria de prova, o juiz

¹²⁰ AMARAL, 2010, p. 279.

¹²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411. v. 1.

¹²² SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. *Processo Civil*. 4. ed. rev., atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 438.

¹²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 18/03/2003. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2339296/agravo-de-instrumento-ag-1013-df-20000100001013-2> e <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4989295/agravo-de-instrumento-ai-22'07536-pr-agravo-de-instrumento-0220753-6>. (Respectivamente). Acesso em: 14 jan. 2015.

busca a verdade material dos fatos ocorridos e, entendendo necessária a realização de prova pericial a fim de formar seu convencimento, deve determinar sua produção, conforme previsto no artigo 130 do Código de Processo Civil, que estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, "determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórios". (TJ-PR - AI: 2207536 PR Agravo de Instrumento - 0220753-6, Relator: Roberto De Vicente, Data de Julgamento: 18/03/2003, Terceira Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 04/04/2003 DJ: 6343).

José Roberto dos Santos Bedaque, em sua célebre obra *Poderes instrutórios do Juiz*¹²⁴, conclui serem as partes e o juiz os destinatários das provas. É através das provas do autor e réu que cada um, de acordo com os seus interesses, busca demonstrar a veracidade dos fatos alegados. E o juiz se utiliza delas (provas) para resolver a querela.

Não fosse assim, as partes não se manifestariam quanto às provas do adversário; não haveria instrução, tampouco a própria figura da réplica.

Pelo princípio da comunhão da prova, no instante em que a prova é produzida, ela deixa de pertencer ao autor ou ao réu, e passa a pertencer ao processo, pouco importando quem a produziu ou quem seja o seu destinatário¹²⁵.

O processo é o instrumento que contém todos os elementos que dão suporte ao julgamento da causa. As provas são feitas para convencer o magistrado da existência de algum fato alegado em juízo. Mesmo que o juiz esteja convencido da existência de um fato, deve conter nos autos a prova deste fato, ainda que controvertido¹²⁶.

2.4 Meios de prova

Por meio das provas o juiz forma sua convicção sobre os fatos alegados pelas partes no processo e com base neles profere sua decisão. As provas, por sua vez, devem ser produzidas pelos meios legais e moralmente existentes, como indica o artigo 332 da Lei de Ritos brasileira.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 212¹²⁷ prevê como meios de provas do fato jurídico a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia. Trata-se de rol exemplificativo¹²⁸ dos meios de prova dos atos negociais.

¹²⁴ BEDAQUE, 2001, p. 160.

¹²⁵ CÂMARA, 2010, p. 408.

¹²⁶ NERY JÚNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 724.

¹²⁷ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
I - confissão;

O Código de Processo Civil brasileiro prevê expressamente meios de prova, estabelecendo a sua nomenclatura, a sua finalidade, o modo e o momento da sua produção, quais sejam: a prova testemunhal, o depoimento pessoal da parte, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial e a confissão.

A lei possibilita ao juiz, ainda, levar em consideração outras provas que não as expressamente contidas na legislação. São as chamadas provas inominadas ou atípicas¹²⁹, como é o caso, por exemplo, da prova emprestada, entendida esta como sendo a “prova produzida num processo e trasladada para outro”¹³⁰. Este tipo de prova, inominada ou atípica, também está submetida aos princípios constitucionais, às regras e aos princípios atinentes à prova.

Contudo, não se pode olvidar que toda espécie de prova deve ser produzida de maneira legal e moralmente legítima.

O Direito Processual português admite os seguintes meios de prova: prova testemunhal, documental, por confissão, por declarações das partes, pericial, inspeção judicial e verificações não judiciais qualificadas.

2.4.1 Prova ilícita

A doutrina processual tem chamado a atenção para a questão das provas ilícitas. A utilização do processo como instrumento de efetividade, aplicação da lei e solução de conflitos deve ser feito em observância à lei, não sendo admissível que o órgão jurisdicional se utilize de métodos ilegais para garantir aplicação da lei e do direito. Acontece que esta doutrina tem buscado modos para se permitir ou tolerar a utilização de provas obtidas por meios ilegítimos ou ilícitos.

II - documento;
III - testemunha;
IV - presunção;
V - perícia.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236.

¹²⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011a, p. 436. v. 1.

¹³⁰ AMORIM, José Roberto Neves. *Fundamentos atuais do Processo Civil: Processo de conhecimento*. Barueri: Manole, 2004, p. 340. v. 1.

O ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 5º¹³¹, inciso LVI da Constituição Federal veda a utilização da prova obtida por meio ilícito. O conceito de meio ilícito deve ser feito por exclusão, tendo em vista que o legislador brasileiro não enfrentou o problema da utilização das provas obtidas por meios ilegítimos, limitando-se a indicar que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, [...] são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Resta-nos considerar o que seriam meios legais e moralmente legítimos, já que o legislador fez uma distinção entre eles.

Entende Alexandre Freitas Câmara que meios legais são aqueles trazidos no próprio texto da lei, citados no ordenamento jurídico. Meios moralmente legítimos, são aqueles que muito embora não sejam citados pelo legislador, podem ser utilizados no processo por não violarem a moral e os bons costumes¹³², e moralmente ilegítimos, aqueles que não sejam legítimos sob o ponto de vista jurídico¹³³.

São três as correntes que discutem a possibilidade ou não de se utilizar provas ilícitas no processo civil: obstativa, intermediária e permissiva.

A corrente obstativa não admite em hipótese alguma a utilização da prova obtida por meio ilícito, ainda que o direito em discussão seja relevante¹³⁴.

A rejeição pelas provas obtidas por meios ilegítimos se baseia no respeito aos princípios constitucionais que protegem a intimidade ou a livre manifestação e desenvolvimento da personalidade humana¹³⁵.

A Teoria dos frutos da árvore venenosa contempla as chamadas provas ilícitas por derivação. Tal teoria prega que o vício da planta atinge todos os seus frutos. As provas ilícitas por derivação são aquelas que são lícitas, mas produzidas a partir de uma ilegalidade, por exemplo, o documento obtido através de uma invasão de domicílio¹³⁶.

¹³¹ Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹³² CÂMARA, 2010, p. 414.

¹³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 338. v. 1.

¹³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Teoria geral do Processo e Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 441. v. 1.

¹³⁵ Citando a doutrina alemã e norte-americana. SILVA, loc. cit.

¹³⁶ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 37.

A corrente intermediária, por seu turno, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, entende que, a depender do valor jurídico e moral em debate, é possível a admissão da prova ilícita¹³⁷.

Em determinadas circunstâncias, quando seja a prova ilícita a única existente, deve admitir-se o seu emprego, ao argumento da utilização da doutrina do “interesse preponderante¹³⁸”.

Assevera Marinoni que o juiz, ante o caso específico, utilizando-se da regra da proporcionalidade, deve confrontar o direito fundamental que se deseja ver tutelado através do processo e o direito fundamental violado pela prova ilícita, podendo, utilizar-se desta prova para proferir sentença justa. Este mesmo doutrinador, adotando a tese intermediária na questão da utilização da prova obtida ilicitamente, elenca os critérios da proporcionalidade considerados na ponderação: o valor do bem jurídico que se procura proteger através da prova ilícita, a verificação de outra prova capaz de demonstrar as alegações e o modo como a prova ilícita violou o direito¹³⁹.

Por fim, a corrente permissiva admite a prova ilícita sob a alegação de que a ilicitude se refere ao meio de obtenção da prova e não ao seu conteúdo¹⁴⁰. Os adeptos dessa corrente alegam que o uso de prova ilícita não pode ser barrado, mas, quem se utilizar dela deve responder criminalmente pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova¹⁴¹.

Na verdade, a questão da permissibilidade do uso das provas ilícitas deve encontrar um ponto de equilíbrio na avaliação dos interesses de cada caso concreto, já que o atual ordenamento português nada estatui sobre prova ilícita. No entanto, vários pontos devem ser analisados.

De acordo com o artigo 413 do Novo Código de Processo Civil, para se atingir a composição justa de um litígio é preciso que todas as provas sejam admissíveis. Não pode haver decisão justa baseada em inverdades. Tanto é assim que a lei disponibiliza meios para fazer com que as provas cheguem até os interessados, sem necessidade de que estes se utilizem de métodos ilícitos para obtenção da prova, a exemplo dos artigos 429 e 430, em obediência ao princípio da cooperação.

¹³⁷ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, loc. cit.

¹³⁸ Citando o entendimento amplamente empregado pelos Tribunais alemães. SILVA, 2005, p. 339.

¹³⁹ MARINONI; ARENHART, 2011, p. 395-396.

¹⁴⁰ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2003, p. 441.

¹⁴¹ SILVA, op. cit., p. 339.

O dever de cooperação para a descoberta da verdade permite casos de recusa legítimos, previstos no número 3 do artigo 417¹⁴² do Código. O que também não pode influir negativamente no *decisum*.

O fato é que o direito à livre produção de provas encontra óbices nos direitos fundamentais da pessoa humana, salvaguardados, por exemplo, pelos artigos 25 e 26¹⁴³ da Constituição portuguesa. Contudo, a prova que desrespeitar tais direitos ou que for obtida ilicitamente somente será aceita se for a única via possível e razoável de proteger outros valores, analisados à luz do princípio da proporcionalidade¹⁴⁴.

2.5 Ônus da prova

O demandante, em sua peça vestibular, deve apontar o ato ou o fato jurídico violado para o qual pretende reparação. O demandado, por seu turno, deve manifestar-se no sentido de desconstituir as afirmações do autor, sob pena de serem tidas como verdadeiras.

Diante do embate estabelecido entre as partes, é através das provas que o juiz profere sua decisão. Fica clara a importância da atividade probatória, quando se vê a relevância de demonstrar a quem incumbe a produção da prova e as consequências pela sua não produção.

¹⁴² Art. 417, n. 3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;
- b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;
- c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

¹⁴³ Artigo 25.º

Direito à integridade pessoal

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26.º

Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

¹⁴⁴ ABRANTES, José João. Prova ilícita: Da sua relevância no Processo Civil. *Revista Jurídica*, n. 7, nova série. Lisboa: AAFDL, p. 11-37, jul./set. 1986.

Não se pode confundir obrigação, ônus e dever. A obrigação exige um comportamento cuja execução beneficiará a parte contrária. No que tange ao ônus, caso a parte sobre a qual recaia algum ônus, se não o executa, somente a ela atinge as consequências negativas do não cumprimento deste. Por fim, o dever não pode ser convertido em pecúnia e não se exaure com o seu cumprimento, como é o caso do ônus e da obrigação¹⁴⁵.

O propositor da ação é quem detém o ônus de provar os fatos alegados na inicial. Se o réu desconstituir o direito do autor, os fatos alegados por este são tidos como inexistentes, não podendo ser aplicado o direito aos fatos alegados por ele. A causa terá, pois, de ser julgada improcedente¹⁴⁶.

O artigo 342, número 1 do Código Civil português traz em seu bojo o que seria ônus da prova: “Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”.

A lei portuguesa permite ao juiz realizar ou ordenar, de ofício, todas as diligências que julgar necessárias ao apuramento da verdade quanto aos fatos de que lhe é lícito conhecer, nos termos do artigo 411 da Nova Lei de Ritos.

Apesar do artigo 413 estar redigido sob a epígrafe “provas atendíveis”, trata-se do princípio da aquisição processual. Em termos práticos, não interessa de quem era o ônus de produzir a prova, o magistrado deve levar em conta todas as provas que foram produzidas no momento de sua decisão¹⁴⁷.

Na hipótese de o julgador não se convencer nem das alegações do autor, nem das do réu, e restar sobre a querela uma dúvida irreduzível ou insanável, ele não está autorizado a não julgar¹⁴⁸. Deve proferir sentença! Trata-se da aplicação do princípio da vedação ao *non liquet*.

O artigo 8º, número 1 do Código Civil português, falando sobre a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei, estatui, expressamente que “o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”.

¹⁴⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 493. v. 2.

¹⁴⁶ CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 349. v. 3.

¹⁴⁷ VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 451.

¹⁴⁸ MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Lisboa: AAFDL, 2012a, p. 446. v. 2.

Assim é também o que prescreve o artigo 3º, número 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais: “Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado”.

Ou seja, ainda que a instrução deixe no juiz dúvida irreduzível ou insanável, ele não pode alegar que não sabe. Para isto é que existe o sistema do ônus da prova¹⁴⁹:

A lei impõe a cada uma das partes o ônus de provar um certo número de fatos (afirmações de fato), dos necessários à decisão da causa; e impõe-lhe, se não cumprir esse ônus, a desvantagem de ver o juiz fundar a sua decisão na afirmação, sem prova, de fato contrário.

Caso aquele que alega não cumpra com seu ônus de provar, não recairá sobre ele nenhuma pena, apenas está correndo risco de o conflito se resolver desfavoravelmente a ele. Quem busca a procedência da ação, prova a veracidade de suas alegações através de elementos que influenciem positivamente na convicção do juiz.

O ônus da prova somente entra em ação quando nenhuma das partes, seja autor ou réu, criou no juiz a certeza da ocorrência do fato que prova o direito. Daí, utilizando-se do ônus da prova, julga em desfavor daquele que caberia provar o fato e desse ônus não se desincumbiu, já que não pode se abster do seu ofício de julgar.

2.5.1 Inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova consiste em transferir para a parte contrária o interesse em produzir determinada prova que originariamente era atribuído à outra¹⁵⁰.

O artigo 344 do Código Civil português trata da inversão do ônus da prova nos seguintes termos:

1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.
2. Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções

¹⁴⁹ MENDES, 2012a, p. 447.

¹⁵⁰ DONOSO, Denis. A prova no Processo Civil: Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da Nova leitura do princípio dispositivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 52-65, jun. 2007.

que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

A inversão do ônus da prova contida em presunção legal estabelece que não é a parte a quem o fato aproveita que tem que provar a existência dele; é a parte a quem o fato prejudica que tem que provar a sua inexistência¹⁵¹, conforme artigos 349 e 350 do diploma citado.

A inversão do ônus da prova também pode resultar de ter sido liberada ou dispensada de tal ônus a parte a quem, segundo a regra geral, o mesmo caberia, o que significa que passou a competir à parte contrária a prova do fato¹⁵².

Nada obsta a que as partes convençionem a alteração das regras de distribuição do ônus da prova entre si, obedecendo aos limites impostos pelo artigo 345¹⁵³ do Código Civil português.

Por fim, pode a inversão do ônus da prova resultar de ato da parte contrária que culposamente tenha tornado impossível a prova do fato que ao onerado era responsabilidade fazer.

As regras sobre o ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro estão previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, a saber: “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 do autor”.

Esta concepção estática do ônus da prova não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto, exigindo em situações especiais o afastamento da regra contida no comando acima citado. Essa transferência do ônus da prova pode se dar de três maneiras.

A primeira modalidade de inversão do ônus da prova é a legal ou *ope legis*. A lei determina que a distribuição do ônus da prova será divergente da regra do artigo 333 do Código de Ritos, independentemente do caso que se apresenta e da atuação do juiz¹⁵⁴.

¹⁵¹ VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 465.

¹⁵² AMARAL, 2010, p. 300.

¹⁵³ ARTIGO 345º (Convenções sobre as provas)

1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.

¹⁵⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 83.

Na modalidade judicial de inversão do ônus da prova, a lei dá ao julgador a faculdade de distribuir o ônus da prova de maneira diversa daquela prevista em lei¹⁵⁵.

Por fim, tem-se a inversão convencional do ônus da prova, que possibilita às partes convencionarem a inversão do ônus da prova, desde que observados certos limites estabelecidos pela lei. Esta modalidade de inversão do ônus da prova tem previsão no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Tal comando legal impossibilita a convenção de abordar direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a tarefa de provar pela parte que convencionou a inversão¹⁵⁶.

2.5.2 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Como já mencionado em tópicos anteriores, o Código de Processo Civil brasileiro agasalhou a teoria estática do ônus da prova, nos termos do artigo 333.

Segundo a regra geral, “a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato. O réu deve provar aquilo que afirma em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as consequências que pretende¹⁵⁷”.

Há casos em que as partes, autor e réu, não conseguem se desincumbir desse ônus que lhes foi imposto, e não havendo provas bastantes nos autos, o juiz corre o risco de proferir sentenças injustas, já que não pode haver o *non liquet*.

Partindo de tal situação, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Segundo essa teoria, a imputação do ônus da prova é feita àquele que tem maiores condições de produzi-la, de acordo com a análise das circunstâncias de cada caso concreto. Observe-se que aqui pouco importa a posição das partes, se autor ou réu, ou a natureza de cada fato. A preocupação é apenas com a demonstração do fato¹⁵⁸.

Ao juiz cabe analisar qual das partes possui melhores condições de produzir as provas (entendido este, como aquele que está em vantagem técnica e profissional), à luz de cada caso em si mesmo considerado. Este estudo feito pelo magistrado é pautado nas

¹⁵⁵ DONOSO, 2007.

¹⁵⁶ CASTRO, 2013, p. 153.

¹⁵⁷ NERY JUNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 728-729.

¹⁵⁸ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 96-97.

máximas de experiência e do senso comum. Portanto, baseado nesses critérios é que o órgão jurisdicional informará qual das partes tem mais facilidade em produzir provas.

O artigo 335 do Código de Processo Civil brasileiro permite que na “falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece [...]”. As máximas de experiências são juízos de valores que trazem consigo o reflexo do consenso geral, pois fazem parte de certos extratos sociais.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil português também permite ao juiz se utilizar das regras de experiência no momento da tomada de suas decisões, conforme os artigos 607 (já citado) e 945, número 5¹⁵⁹.

O que se está querendo dizer é que como ambos os ordenamentos aceitam que as decisões dos juízes sejam tomadas com base em fundamentos que não estejam insertos na lei, nada impede que a teoria dinâmica do ônus da prova seja acolhida nos dois países.

É válido ressaltar que tais regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova só devem ser aplicadas em casos excepcionais, onde a regra geral não tenha conseguido alcançar seu objetivo. Ainda assim, deve ser vista com bastante cuidado, já que aquele que tem melhores condições de produzi-la, também pode ter a capacidade de desvirtuá-la¹⁶⁰.

Alerta o professor João Batista Lopes que caso esta teoria venha a ser consagrada pelos dois países, os legisladores devem se preocupar com a utilização de termos genéricos, para impedir que sejam atribuídos demasiados poderes ao magistrado, a ponto de gerar insegurança jurídica para os litigantes¹⁶¹.

2.6 Sistemas de valoração da prova

O órgão jurisdicional deve proferir seu julgamento nos limites das alegações e das provas figuradas no processo. A prova serve para convencer o juiz acerca da veracidade dos fatos controvertidos, que deve avaliá-los e assim proclamar sua decisão.

¹⁵⁹ Este artigo foi escrito sob a epígrafe “Apreciação das contas apresentadas”; contudo, em sua redação é possível perceber a possibilidade de o juiz decidir segundo as regras da experiência: “5 - O juiz ordena a realização de todas as diligências indispensáveis, decidindo segundo o seu prudente arbítrio e as regras da experiência, podendo considerar justificadas sem documentos as verbas de receita ou de despesa em que não é costume exigi-los”. (Grifo nosso).

¹⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 9-18, out. 2005.

¹⁶¹ LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 37, n. 204, p. 231-242, fev. 2012.

É possível identificar três grandes sistemas de apreciação da prova no direito processual civil, quais sejam: o sistema das ordálias ou juízos de Deus, o sistema da prova legal ou tarifada e o sistema do livre convencimento ou persuasão íntima.

O sistema das ordálias ou juízos de Deus consistia num sistema probatório no qual a valoração das provas era baseada em provações físicas e em consultas aos deuses. Tal sistema era desprovido de qualquer técnica processual, a ponto de não conseguir provar qualquer alegação arguida pelas partes. A evolução da humanidade e do Direito o afastou da religião em demonstração clara de tais atrocidades¹⁶².

No sistema da prova legal ou prova tarifada, cada meio de prova possuía um valor estabelecido em lei, bastando apenas que o juiz somasse o valor de cada prova produzida para se verificar a ocorrência dos fatos alegados. Aquele que somasse mais pontos seria o vencedor. De certo, esse sistema não se preocupava com a qualidade das provas produzidas, mas unicamente com a quantidade delas. Perceba-se que a atividade probatória do juiz era totalmente limitada, já que não levava em consideração sua convicção pessoal e sim apenas a quantidade de pontos que cada prova atingia para se chegar à solução do litígio¹⁶³.

O sistema do livre convencimento ou persuasão íntima é aquele que se baseia unicamente no convencimento íntimo do juiz, que não está obrigado a justificar o seu pensamento, podendo decidir até contrariamente às provas produzidas nos autos¹⁶⁴.

Pela interpretação do artigo 131¹⁶⁵ do Código de Processo Civil brasileiro, extrai-se que o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro é aquele regido pelo princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

A ninguém é permitido interferir na formação do convencimento do juiz, em outras palavras, a sua convicção é formada livremente, contudo, este convencimento, esta certeza deverá ser amplamente fundamentada¹⁶⁶.

Pelo sistema utilizado em Portugal, o juiz é livre para apreciar as provas segundo sua prudente convicção acerca de cada fato (artigo 607, número 5 do Novo Código de Processo Civil).

¹⁶² NEVES, 2011b, p. 424.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 424-425.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 425.

¹⁶⁵ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁶⁶ CASTRO, 2013, p. 119.

Segundo o artigo 607, número 4, primeira parte¹⁶⁷ do Novo Código de Processo Civil português, o juiz deve especificar os fundamentos que foram decisivos na formação de sua convicção.

O órgão jurisdicional deve analisar detidamente os fatos e se utilizar de fundamentação tão esclarecedora que garanta segurança ao julgado. A fundamentação do entendimento do juiz deve ser tão específica e individualizada quanto os meios de prova usados. A intenção do legislador foi fazer com que as partes fiquem cientes de todo o caminho percorrido pelo juiz para se chegar ao seu convencimento¹⁶⁸.

O sistema do livre convencimento motivado utilizado em Portugal e no Brasil, apesar de ser um limitador da atividade do juiz, reputa-se necessário pela segurança jurídica do julgado, pois deve demonstrar a formação do raciocínio e do convencimento do julgador e, acima de tudo, o amparo legal utilizado para basear a sua decisão.

2.7 O ônus da prova e os poderes instrutórios do magistrado

Da leitura do artigo 128 do Código de Processo Civil brasileiro extrai-se que é o autor quem, na petição inicial, fixa os limites da lide. Em que pese o comando da lei, a doutrina majoritária se manifesta a favor do aumento dos poderes instrutórios do juiz. Entende-se que o julgador deve ter efetiva participação no processo¹⁶⁹.

Hodiernamente, em razão da regra do artigo 130 do mesmo Código, o juiz pode ordenar, oficiosamente, a realização de provas de fatos relevantes para o deslinde da causa. Questiona-se, entretanto, os limites aos poderes instrutórios do juiz.

Debruçando-se sobre o assunto do ônus da prova, pela leitura do artigo 333, extrai-se que o ônus da prova pertence ao autor e ao réu. Todavia, a nova concepção de processo entende que a produção das provas não está limitada exclusivamente às partes.

A doutrina considera o ônus da prova em dois aspectos: o subjetivo, segundo o qual a distribuição do ônus é feita entre as partes, cabendo a cada uma delas provar o que

¹⁶⁷ Artigo 607.º (Sentença)

4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção. [...]

¹⁶⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *Registro da prova: A motivação das sentenças civis no âmbito da reforma do Processo Civil e as garantias fundamentais do cidadão*. Lisboa: Lex, 1996, p. 33.

¹⁶⁹ SANTOS, Murilo Rezende dos. A prova e o ônus da prova no Processo Civil. *Revista Direito Mackenzie*, v. 7, n. 2, p. 87-109, 2013. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/6999/4797>>. Acesso em: 12 out. 2014.

alegou no sentido de convencer o juiz. E o aspecto objetivo, dirigido ao juiz, para auxiliar no julgamento. Vale ressaltar que somente quando houver dúvida insanável é que deverá o julgador recorrer ao ônus da prova, já que não pode proferir o *non liquet*¹⁷⁰.

Reconhece-se a necessidade da implementação da moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, excepcionalmente, quando a regra geral não funcione para o caso *sub examine*.

Conclui-se, portanto, que as regras de distribuição do ônus da prova não constituem limites aos poderes instrutórios do juiz. Tais regras estão direcionadas às partes e não à atividade probatória do juiz propriamente dita. Mesmo o caráter objetivo do ônus da prova não está direcionado aos poderes instrutórios do juiz, pois como regra de julgamento que é, tem na sentença o seu momento adequado para aplicação, não interferindo na fase instrutória¹⁷¹.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil: Teoria geral e Processo de conhecimento*. 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 414. v. 1.

¹⁷¹ NERY JÚNIOR; NERY Rosa, 2012, p. 727.

3 ALCANCE E LIMITES DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

3.1 Conceito de poder instrutório

Segundo a língua portuguesa, *instruir* significa “transmitir conhecimentos a; ensinar; adestrar; habilitar; exercitar; domesticar; transmitir instruções; informar¹⁷²”.

De acordo com o que ensina De Plácido e Silva¹⁷³, na terminologia jurídica, o vocábulo *instrutor* é conceituado da seguinte maneira:

Deriva do latim *instructor* (o que ordena ou o que prepara), indica, geralmente, a pessoa que *instrui* ou ministra alguma instrução. Assim se diz, notadamente, do juiz *preparador do processo* ou seja aquele que o dirige no período de instrução ou de discussão e elucidação dos fatos, que antecipam o julgamento. É aplicado, ainda, em equivalência a *professor*.

Ainda segundo este respeitável doutrinador¹⁷⁴, o termo *instrução* designa

a soma de atos e diligências que, na forma das regras legais estabelecidas, devem ou podem ser praticados, no curso do processo, para que se esclareçam as questões ou os fatos, que constituem o objeto da demanda ou do litígio. [...] Tênicamente, evidencia-se a reunião ou procura de provas, conseqüentes dos atos praticados ou das diligências feitas, que determinam a procedência ou improcedência dos fatos alegados, quando em processo civil [...].

Dessa maneira, os poderes instrutórios podem ser entendidos como atos praticados pelo juiz que objetivam trazer aos autos provas bastantes para o seu convencimento e, assim, decidir a causa.

A instrução da causa abarca três momentos: a fase postulatória (quando o autor define os contornos da lide e o réu apresenta sua resposta¹⁷⁵), a fase de saneamento (estabelecimento das controvérsias) e a fase probatória em si. Esta última, a instrução em sentido estrito, é a

¹⁷² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1114.

¹⁷³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978a, p. 843. v. 2.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 842.

¹⁷⁵ Segundo Marcus Vinícius Rios Gonçalves, “essa fase presta-se a que ambos os litigantes – autor e réu – tenham oportunidade de manifestar-se, apresentar a sua versão dos fatos, e formular eventuais pretensões ao juízo”. (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 295 e 320.)

fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos deduzidos pelas partes como fundamento do pedido ou da defesa, aparelhando-se o feito dos elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*¹⁷⁶.

A fase probatória em sentido estrito subdivide-se, ainda, em três outras fases: a fase de proposição, a fase de admissão e a fase de produção das provas. A fase de proposição consiste no requerimento, feito pelas partes (na petição inicial ou na resposta do réu), da produção de um meio específico de prova, que será utilizada para comprovar fato determinado. A fase de admissão é o momento em que o juiz analisa a necessidade ou utilidade das provas. Nesse momento, autorizado pelo artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro, pode o órgão jurisdicional, de ofício, determinar a produção de prova. Por fim, a fase de produção das provas “é o procedimento pelo qual se concretiza o meio de prova¹⁷⁷”.

Na vigência do anterior Código de Processo Civil português, o processo era constituído das seguintes fases: articulados, saneamento ou condensação, instrução, julgamento e sentença. Agora, com o novo Código de Processo Civil, o processo passou a ter as seguintes fases: articulados, audiência prévia (com elaboração da base instrutória, ou seja, com a enunciação da matéria de fato controvertida), audiência final (instrução ou produção de prova) e julgamento final (com integração, na sentença, da fase do julgamento da matéria de fato).

Ensina Edgar Valles¹⁷⁸ que durante a fase dos articulados, “as partes apresentam, por escrito, as suas posições e procedem à indicação dos meios de prova”. Já na fase do saneamento ou condensação, “o processo é ‘peneirado’, definindo-se as questões que realmente interessam e sobre as quais vão incidir os temas da prova, decidindo-se as exceções dilatórias suscitadas”. Frustrada a conciliação, tem lugar o julgamento. Na audiência final, as partes prestam depoimento, os peritos fazem esclarecimentos, as testemunhas são inquiridas e então, finda a produção de prova, os mandatários do autor e réu debatem sobre a matéria de fato e de direito, baseados nas provas que foram produzidas, nessa ordem. Por último, na fase da sentença, o órgão jurisdicional decidirá acerca dos pedidos do autor e das respostas do réu, aplicando-se o direito aos fatos comprovados, para assim, pôr termo ao processo.

¹⁷⁶ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 102.

¹⁷⁷ Ibid., p. 102-103.

¹⁷⁸ VALLES, 2013, p. 73, 74, 237, 238 e 242.

3.2 Natureza jurídica do poder instrutório do juiz

A iniciativa probatória do juiz está prevista, como regra geral, no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro e no artigo 411 do Código de Processo Civil português, respectivamente: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” e “Artigo 411.º (art.º 265.º/3 CPC 1961) Princípio do inquisitório - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Como é possível extrair da interpretação de ambos os artigos supracitados, o juiz tem o poder de determinar de ofício a produção de provas de fatos que ainda não ficaram suficientemente esclarecidos, ainda que as partes não tenham requerido ou tenha precluído sua oportunidade para tal.

Tratando do tema dos poderes do juiz, de forma genérica, esclarece Ada Pellegrini Grinover¹⁷⁹: “Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes”.

Veja-se, agora, o entendimento jurisprudencial sobre o tema no Brasil e em Portugal¹⁸⁰:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA Deferimento Alegação de que a primeira perícia foi realizada sobre documentos e informações falsas Requerimento de segunda perícia para constatar falsidade das informações lançadas nos livros contábeis da agravada, bem como das conclusões do laudo pericial Pelo art. 437, CPC, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, poderá determinar a realização de nova perícia, quando a primeira não lhe parecer suficientemente esclarecida. No campo probatório, incide o princípio inquisitório (art. 130, CPC) RECURSO DESPROVIDO.

¹⁷⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 319.

¹⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 08/02/2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21333682/agravo-de-instrumento-ai-1983851120118260000-sp-0198385-1120118260000-tjsp>>. Acesso em: 05 mar. 2015.
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, 06/11/2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9b55cde7b17c65c780257dfd00300cc5?OpenDocument>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

(TJ-SP - AI: 1983851120118260000 SP 0198385-11.2011.8.26.0000, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 08/02/2012, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2012). Grifo nosso.

2.^a-Da correcta interpretação e aplicação ao caso dos autos das normas vertidas nos artigos 426.º e 518.º do CPC, resulta que a lei adjectiva não impede a junção de pareceres de autoria de pessoas que hajam sido, previamente a tal junção, apenas inquiridas no processo na qualidade de testemunhas, não tendo sido indicadas nem designadas como “peritos” nos autos, podendo e devendo, se alguma parte o requerer e o Tribunal o admitir, ou mesmo oficiosamente, ser ouvido, tal técnico/ testemunha, de novo, nos autos, exactamente sobre o teor do seu parecer, também porque tal diligência emana da aplicação do princípio do inquisitório, não sendo, por tudo, a sua audição anterior como testemunha, facto impeditivo da junção do parecer por não se tratar de “depoimento escrito”. (Processo nº 1454/09.5TVLSB-I.L1-6; Relator MARIA DEUS CORREIA; Descritores PROVA TESTEMUNHAL E PARECER TÉCNICO; Nº do documento RL; Data do acórdão 06/11/2014; Votação UNANIMIDADE; Meio processual APELAÇÃO; Decisão PROCEDENTE). Grifo nosso.

É dever de todo magistrado esclarecer os fatos, e os artigos 130 e 411 dão-lhe o suporte jurídico necessário para esta atividade. Deve, assim, depois de se utilizar das regras do ônus da prova, determinar prova de ofício se ainda tiver dúvidas sobre a certeza da verdade dos fatos¹⁸¹. Daí, porque se falar em “provas necessárias” e “diligências necessárias”.

Ainda que a norma não especifique as hipóteses em que a atividade probatória de ofício será realizada, isto não significa que se está concedendo poderes discricionários ao órgão jurisdicional. Ao Poder Judiciário, enquanto no exercício da função jurisdicional, é dada reduzida margem de liberdade na interpretação da norma, mas isto não quer dizer que é discricionário o ato de determinar a realização das provas sem que tenha havido requerimento das partes¹⁸².

Na produção probatória oficial “existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. A solução a que o juiz chega é única”. Enquanto que no poder discricionário “a lei deixa um leque de opções, todas elas válidas, razão pela qual o Judiciário não pode substituir uma solução por outra¹⁸³”.

Discricionariedade pressupõe conveniência e oportunidade, ao passo que na atividade probatória o juiz está atrelado a juízos de legalidade, em outras palavras, sua função está limitada pela legalidade, tanto é assim que suas decisões, incluindo a de

¹⁸¹ MARINONI; ARENHART, 2011, p. 288.

¹⁸² CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 85-86.

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 46.

determinar a realização de provas, deverão ser fundamentadas, oportunidade em que deverá explicar os motivos que o fizeram proferir tal decisão.

Portanto, fica claro que a iniciativa probatória prevista nos artigos 130 e 411 é um dever do juiz e não uma faculdade. O juiz está autorizado a produzir provas, porque o seu dever é dizer o Direito. Assim, seria mais correto dizer que o poder instrutório do juiz é um poder-dever e não apenas um poder.

Como o exercício da jurisdição é dever do Estado, o juiz não pode se furtar de atuar no processo. Tendo as partes dado início ao processo, este se desenvolve pela atuação do julgador, que estará impedido de pronunciar o *non liquet*, porque sua função é justamente a de dizer o Direito¹⁸⁴.

3.3 Publicismo processual e poderes instrutórios

O surgimento da democracia social permitiu o aumento da participação das forças do Estado na vida em sociedade. O juiz passa agora a participar do processo, devendo cuidar pelo justo emprego das normas, assim como pela verificação dos fatos objeto do litígio posto sobre a sua mesa¹⁸⁵.

O fenômeno da publicização processual tem como escopo transformar o perfil do julgador. Ele deixará de ser um mero espectador do processo e do exercício das atividades das partes e passará a ser um sujeito processual ativo, que busca ao máximo a aproximação da verdade, para assim garantir a paz social.

Hodiernamente, o direito processual caminha para a publicização. Esta é uma tendência universal do processo. Dinamarco justifica este espírito baseado na constitucionalização da matéria, e não só desta; assim como no fato de que o processo é um instrumento que serve ao interesse público, e isto deve ser entendido como algo mais importante que os comportamentos das partes¹⁸⁶.

A visão publicista está ligada à fase instrumentalista do processo, ou seja, “ao desenvolvimento da ciência processual voltada à busca de um processo que traga resultados céleres, práticos e efetivos, quanto à obtenção da tutela jurisdicional¹⁸⁷”.

¹⁸⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 319.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66.

¹⁸⁶ DINAMARCO, 2003, p. 66-67.

¹⁸⁷ CASTRO, 2013, p. 70.

Os poderes instrutórios do juiz eram escassos na legislação brasileira. Até que em 18 de setembro de 1939, com a publicação do Decreto-Lei nº 1.608, Código de Processo Civil, foi possível perceber o início de uma reação aos ideários privatísticos de processo. Veja-se sua exposição de motivos¹⁸⁸:

O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.

É inegável a necessidade de se conceder ao Estado-juiz autoridade para o exercício da sua função, em virtude da natureza do cargo que exerce e das atribuições que lhe são confiadas. Contudo, a autoridade do Estado deve buscar equilibrar-se com os direitos dos cidadãos.

O processo não pode mais ser visto como um instrumento das partes, e sim da jurisdição. O Estado-juiz se coloca numa posição atuante na direção processual e na instrução para fixar os objetos necessários à formação da sua própria convicção.

Se o processo é o instrumento através do qual o juiz, enquanto representante do Estado, exerce um múnus público, o interesse no desenvolvimento do processo é predominantemente maior do Estado. Dessa maneira, não se pode mais esperar do Estado-juiz uma postura de um espectador inerte¹⁸⁹.

Contudo, apesar de a marcha do processo hoje ser a relatada acima, não se pode coroar um juiz com poderes ilimitados e absolutos. Não se deve permitir decisões arbitrárias justificadas pelos “superpoderes” do juiz. Por isto é que os princípios abordados no capítulo primeiro desta dissertação são tão importantes para limitar e regular a atividade do magistrado.

O direito processual moderno busca o equilíbrio entre os princípios inquisitivo e dispositivo na instrução. Aquele, enquanto demonstração de um processo extremamente publicista, e este, representante do privatismo processual. Um processo baseado apenas no publicismo pode dar abertura à parcialidade e tirania do juiz. De outro modo, a postura de

¹⁸⁸ EXPOSIÇÃO de motivos do Código de processo civil de 1939. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

¹⁸⁹ BEDAQUE, 2001, p. 130.

um juiz desinteressado e visivelmente negligente quanto às falhas ocorridas na instrução não vai possibilitar a produção de uma decisão justa¹⁹⁰.

3.4 O reforço dos poderes efetivos do juiz¹⁹¹

Uma das diretrizes orientadoras da reforma do Novo Código de Processo Civil português consistiu na busca pelo reforço dos poderes inquisitórios e de direção efetiva do processo pelo juiz, para assim simplificar e dar celeridade à justa composição do litígio.

O revogado artigo 265, sob a epígrafe “poder de direção do processo e princípio do inquisitório”, já determinava que “ao juiz cumpre promover (e não só ordenar...) as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação¹⁹²”.

O Novo Código de Processo Civil objetiva reforçar efetivamente os poderes do juiz na direção do feito, sem, contudo, desequilibrar a balança existente entre os princípios do dispositivo e do inquisitório. Para tanto, acrescentou ao poder de direção do juiz o princípio da gestão processual.

O princípio da gestão processual delibera que o juiz possui o poder-dever de dirigir o processo, adotando medidas de tramitação que se adequem a cada caso e adaptando o conteúdo e a forma dos atos à finalidade a que se destinam. De maneira simplificada, pode-se dizer que “na atividade gestionária, o apego à forma legal, isto é, à regra estrita preexistente deve ser substituído pela procura de soluções formais afeiçãoadas ao caso concreto, sempre no respeito pelos princípios do processo civil¹⁹³”. Ao juiz compete impedir que sejam praticados atos inúteis, impertinentes ou que busquem apenas a dilação processual, devendo praticar atos que, ao revés, agilizem a marcha processual e assim, produzam a paz social¹⁹⁴.

Desta feita, a nova lei de ritos, em seu artigo 6º, dedicou-se unicamente ao dever de gestão processual, que determina:

¹⁹⁰ DINAMARCO, 2003, p. 62-63.

¹⁹¹ O presente tópico foi elaborado com base no artigo “O novo processo declarativo”, de autoria de António Santos Abrantes Geraldes. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil - Contributos da doutrina no decurso do processo legislativo, designadamente à luz do anteprojeto e da proposta de lei n.º 113/XII*. Nov. 2013, p. 9-20. Caderno II. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_II_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁹² FREITAS; REDINHA, 2008, p. 510.

¹⁹³ FARIA, 2013, p. 113-124.

¹⁹⁴ MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 124.

Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

A adoção deste novo modelo processual exige também uma mudança de mentalidade no sistema judiciário. As resoluções dos conflitos devem atingir a justiça material, através da celeridade na solução dos litígios. Para tanto, além do reforço dos poderes de direção do juiz, é necessária a flexibilização da rigidez e do formalismo processual¹⁹⁵.

O artigo 146, nos seus números 1 e 2, é cristalino quanto ao suprimento de deficiências formais de atos das partes, pois possibilita “a retificação de erros de cálculo ou de escrita, revelados no contexto da peça processual apresentada”. E ainda, admite “o suprimento ou a correção de vícios ou omissões puramente formais de atos praticados”. Ainda quanto ao abrandamento da rigidez formal, tem-se o artigo 199, número 3, segundo o qual, na hipótese de erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte, o juiz, oficiosamente, procederá à correção e determinará que se sigam os termos processuais adequados.

Restado infrutífero o acordo, ainda em audiência prévia, juntamente com as partes e após ouvidos os advogados, o juiz estabelece a programação dos atos a realizar na audiência final, estabelecendo o número de sessões e sua estimativa de duração, bem como designa as datas para a sua realização¹⁹⁶. Nesta mesma linha de raciocínio, o artigo 507, número 1: “o juiz designa, para cada dia de inquirição, o número de testemunhas que provavelmente possam ser inquiridas”.

Tais medidas têm o propósito de tornar mais célere e eficaz a tramitação do feito após a fase dos articulados, sem falar na economia processual de tempo, pois era frequente que uma mesma testemunha comparecesse a várias audiências, para ser inquirida numa única sessão¹⁹⁷.

¹⁹⁵ REGO, Carlos Lopes do. Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de ação declarativa. *Julgar*, Coimbra, n. 16, p. 99-129, jan./abr. 2012.

¹⁹⁶ Artigo 591 (audiência prévia), número 1, alínea g do Novo Código de Processo Civil português.

¹⁹⁷ Os artigos 593, número 2, alínea d (Despacho destinado a programar os atos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respetivas datas) e 602, número 2, alínea a (Dirigir os trabalhos e assegurar que estes decorram de acordo com a programação definida), referem-se à mesma questão da programação da audiência final.

O Novo Código de Processo Civil português atribuiu ao juiz tarefas voltadas à busca do regular andamento do processo, como “remover obstáculos de natureza processual, como seja o suprimento das exceções dilatórias, de forma a que o tribunal possa conhecer do mérito da causa e convidar as partes a suprir deficiências ou irregularidades dos articulados¹⁹⁸”.

Este trabalho nada mais é que o despacho pré-saneador, que consagrado no artigo 590, número 2, alínea c, permite ao juiz “determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador”.

Em matéria de recursos, a proposta é limitar consideravelmente a interposição de recursos de decisões de cunho instrumental. O antigo artigo 679, atualmente artigo 630 – Despachos que não admitem recursos, já previa a impossibilidade de recurso contra despacho de mero expediente e os proferidos no uso legal de um poder discricionário. A este comando legal foi acrescentado o número 2, determinando também a inadmissibilidade de recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, das decisões proferidas sobre as nulidades e das decisões de adequação formal, salvo se contrariarem os princípios da igualdade ou do contraditório, da aquisição processual de fatos ou da admissibilidade de meios probatórios.

O campo processual civil moderno caminha para um aumento da participação judicial no andamento do processo, compreendendo-se o juiz como representação física do Estado e tendo-se em vista que a investigação e o resultado na prestação jurisdicional são do interesse do Estado.

Então, para que haja uma maior e melhor utilização do processo na solução dos conflitos, o Novo Código de Processo Civil português foi redigido com o objetivo de avigorar o poder de direção do processo pelo juiz, bem como de avigorar o princípio do inquisitório “(de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no activo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efectiva e activa direcção da audiência¹⁹⁹)”, e o princípio da adequação formal, que permite a adaptação do trâmite processual legal às particularidades do feito.

¹⁹⁸ VALLES, 2013, p. 214.

¹⁹⁹ EXPOSIÇÃO de motivos da proposta de revisão do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B54292116-d0b1-4747-a2bc-26974d223da8%7D.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

Por óbvio, estas não são as únicas motivações de transformação do Código; contudo, chama a atenção também o reforço do princípio da gestão processual, o qual dá ao juiz autonomia suficiente para dirigir ativamente o processo, pois ele está autorizado a adotar mecanismos de simplificação e agilização processual para a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil.

3.5 A busca pela verdade

A busca pela verdade possui uma concepção um tanto quanto filosófica. A intenção do presente estudo não é discutir a verdade ou o que ela seria. Sabe-se que a verdade absoluta é inalcançável, não só no direito como em qualquer seara da vida humana.

No processo civil, tinha-se a ideia de que apenas a verdade formal ou processual bastaria, enquanto que no processo penal dever-se-ia procurar a verdade real ou material. Muito embora a verdade seja inatingível, não se está aqui dizendo que ela não deve ser perseguida. O que não se admite é que se trate de maneira diferenciada a verdade, que é uma só, pois os bens tutelados não podem ser medidos como mais importantes e, por isto, merecedores da verdade real, enquanto outros, tidos como menos importantes, devem ficar apenas com a verdade formal²⁰⁰.

A legislação processual civil brasileira autoriza o juiz a julgar convencido apenas da verossimilhança da alegação da parte. A prova não deve só parecer com a verdade, mas guardar semelhança constante com ela²⁰¹. Calamandrei²⁰², falando a respeito da verossimilitude, assevera:

Quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que tem conseguido, na consciência de quem como tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato tem ocorrido.

No mais das vezes, o julgador se contenta(va) apenas com a verossimilhança dos fatos, pois não tinha como absolutamente essencial a busca pela verdade. Dessa forma,

²⁰⁰ NEVES, 2011b, p. 408-409.

²⁰¹ SILVA, 2011, p. 330.

²⁰² CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 270. v. 3. (Coleção ciência do processo).

muitas provas eram mal avaliadas e a sua consequência era a prolação de sentenças inexatas²⁰³.

Como se tinha uma aferição diferenciada das provas em função do bem da vida em litígio, a descoberta da verdade material justificava o sistema da livre apreciação racional ou livre convencimento motivado, mas não levava o magistrado ao conhecimento da verdade absoluta. O juiz tem a liberdade de valorar as provas e de complementá-las, nas hipóteses em que as partes não produziram provas bastantes para a formação do convencimento judicial²⁰⁴.

Já que a tendência de todas as legislações e doutrinas modernas é pelo aumento dos poderes instrutórios do juiz, este aumento autoriza o julgador a se utilizar de variados meios, permitidos em lei, para se chegar o mais próximo possível da verdade absoluta dos fatos.

Admitindo-se que a verdade absoluta é algo que não se pode alcançar, o juiz não deve apenas se contentar com a verossimilhança dos fatos, pois é seu dever chegar o mais próximo possível da verdade. Nunca alcançará a verdade absoluta, mas não deverá se satisfazer com verossimilhança.

Por isto é que a avaliação do conjunto probatório é atividade de grande importância, pois permite ao magistrado descobrir a certeza da verdade necessária ao proferimento de uma sentença justa²⁰⁵.

A garantia de poderes instrutórios ao juiz permite que o mesmo, na ausência ou insuficiência de provas, atue de maneira ativa na instrução da causa, possibilitando a prolação de sentenças fundamentadas na certeza da verdade.

Desta feita, discorda-se da diferenciação existente entre a atividade probatória do juiz civil e do juiz penal (verdade formal x verdade material). Pois a verdade é uma só e deve ser perseguida por todo e qualquer magistrado. Ele não está limitado às provas produzidas pelas partes, podendo utilizar-se dos seus poderes instrutórios para alcançar a certeza da verdade.

²⁰³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. V. 2 – Processo de conhecimento. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 440-441.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 441.

²⁰⁵ CAMPANELLI, 2006, p. 88.

3.6 Classificação dos poderes do juiz

Os poderes do juiz são abordados pelo Código de Processo Civil brasileiro em seu Livro I, Título IV, Capítulo IV, intitulado “Do Juiz”. Trata-se de uma seção dedicada aos poderes, deveres e responsabilidades do juiz. A título de exemplo, cita-se o artigo 125²⁰⁶, que trata do poder de direção do processo, que atribui ao magistrado a possibilidade de gerir o processo, em busca de uma rápida solução para o litígio, combatendo atos atentatórios à dignidade da Justiça.

O juiz, enquanto representante do Poder Judiciário, possui muitos e diferentes poderes, os quais vão desde a formação da relação processual, passando pelo seu desenvolvimento, chegando até o término do processo.

Os sujeitos processuais, entendidos estes como sendo o órgão julgador e as partes, são detentores de poderes, direitos e deveres. “Os poderes são faculdades de constituição, modificação ou extinção de situações processuais. Os direitos e deveres são, respectivamente, condutas permitidas e comportamentos exigidos aos sujeitos processuais.” Os poderes-deveres ou poderes funcionais, são exercidos pelo órgão jurisdicional no interesse da boa administração da justiça, e não para atender interesses próprios²⁰⁷.

A classificação dos poderes do juiz na doutrina brasileira não é uníssona; por isso é que serão apresentadas as opiniões de apenas alguns doutrinadores, sem, contudo, almejar esgotar o assunto, até mesmo porque este não é objeto central do presente estudo.

Na concepção de Moacyr Amaral Santos, os poderes do juiz podem ser classificados como poderes jurisdicionais e poderes de polícia. Estes são exercidos pelo juiz como autoridade judiciária, assegurando a ordem dos trabalhos forenses, evitando-se assim, perturbações ou ameaças. “Por poderes jurisdicionais se entendem os que o juiz exerce no processo, no exercício da função jurisdicional, como sujeito da relação processual, desde o instante em que é provocada a sua formação até a sua extinção”. Recebem, ainda, os poderes jurisdicionais uma subclassificação: 1. Poderes ordinatórios ou

²⁰⁶ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

²⁰⁷ SOUSA, 2004, p. 70.

instrumentais, baseados nos provimentos destinados ao desenvolvimento de todo e qualquer processo; 2. Poderes instrutórios, objetivam o recolhimento das provas, as quais servirão para a formação do convencimento do juiz e fundamentação do *decisum*; 3. Poderes finais ou decisórios finais, os quais se subdividem em poderes decisórios (dos quais resultará a decisão final do processo) e poderes satisfativos ou executórios (exercidos no processo de execução²⁰⁸).

O doutrinador José Frederico Marques²⁰⁹, por seu turno, classifica os poderes do juiz em duas espécies: jurisdicionais ou processuais e administrativos. Os poderes jurisdicionais ou processuais são subdivididos em: 1. Poderes instrumentais ou ordinários, que se perfaz na condução do processo, na resolução de seus incidentes processuais e no encaminhamento adequado do procedimento; envolvem, portanto, o desempenho de diversas funções. Nesta categoria estão enquadrados os poderes instrutórios; e 2. Poder de solucionar o litígio, que diz respeito à decisão final do processo, pondo fim à lide. Já os poderes administrativos abrangem o poder de polícia e o poder disciplinar. Aquele é inerente à atuação judicial no processo e incide sobre o público e terceiros que participaram da relação processual, mas que não são partes e não possuem ligação funcional com o juiz. O poder disciplinar, por seu turno, é aquele exercido sobre os funcionários judiciais, relativo ao funcionamento do Poder Judiciário e que exige subordinação hierárquica ao juiz²¹⁰.

Vê-se que não há uniformidade na doutrina quanto à classificação dos poderes do juiz. Apesar de haver inúmeras nomenclaturas, em essência, existe algum ponto em comum quanto aos poderes do magistrado. Como demonstração, destaca-se a divergência de nomenclatura utilizada pelos doutrinadores abordados acima: para Moacyr Amaral Santos, os poderes instrutórios do juiz são uma subclasse dos poderes jurisdicionais; já para José Frederico Marques, os poderes instrutórios são entendidos como poderes instrumentais ou ordinários, que pertencem aos poderes jurisdicionais ou processuais.

²⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 326-327. v. 1.

²⁰⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1 – Teoria geral do processo civil). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 314.315

²¹⁰ MARQUES, José Frederico, 2000 *apud* CAMPANELLI, 2006, p. 74-75.

3.7 Poderes instrutórios do juiz

A atividade probatória do juiz acontece, principalmente, durante o momento da instrução do processo. É durante essa fase do processo que o juiz deve pôr em prática todos os seus poderes instrutórios para chegar o mais perto possível da certeza/ verdade dos fatos alegados e rebatidos pelas partes, para então proferir um julgamento justo.

3.7.1 A instrução do processo no Código de Processo Civil brasileiro

Conforme já tratado em tópico anterior, a fase de instrução do processo alcança três momentos: a fase postulatória, a fase de saneamento e a fase probatória em si; esta última subdivide-se, ainda, em fase de proposição, fase de admissão e fase de produção das provas.

Os poderes do juiz consistem em agrupar, de ofício, constatações, informações e elementos que vão compor o lastro probatório com finalidade de formação do seu convencimento, mediante direção formal e material do processo.

Ensina Pontes de Miranda que na direção formal do processo o juiz tem o objetivo de organizar o normal andamento do processo, fazer com que o processo prossiga sem enteveros externos. Já na direção material do processo, o julgador atua de maneira que todo o arcabouço processual se movimente no sentido da verdade e, assim, sejam as argumentações das partes devidamente explanadas²¹¹.

De acordo com o artigo 125, já citado, que trata justamente da direção do processo, dirigir o processo significa guiá-lo de maneira tal que a relação processual se desenvolva de maneira válida e regular.

Essas diligências, referentes aos poderes instrutórios do juiz, manifestam-se em muitas passagens do Código de Processo Civil brasileiro, mas principalmente através do artigo 130, o qual concede ao magistrado poderes-deveres de determinar a produção de provas *ex officio*, posto que sua atuação ocorre no processo e está limitada pelas normas e princípios processuais, com a finalidade de realizar a função pública da jurisdição.

Relembre-se a letra da lei: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as

²¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. (Tomo II – Arts. 46 a 153). 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 367.

diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Este comando legal fundamenta a atividade probatória do juiz na busca da verdade dos fatos.

O juiz pode determinar, de ofício, a realização de provas de fatos que sejam importantes para a descoberta da verdade. O poder instrutório do julgador diz respeito à sua atividade no sentido da realização da prova e não se configura como exceção ao princípio dispositivo, pois não pode o juiz conhecer de matéria que seja de iniciativa da parte. É das partes a iniciativa quanto à propositura da ação e seus contornos; no entanto, depois de proposta a ação, o processo se desenvolve por atos do juiz e seus auxiliares²¹².

De igual modo, “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário²¹³”.

Na audiência preliminar (ou de conciliação ou inaugural), o juiz deve questionar as partes quanto à possibilidade de acordo. Restada infrutífera tal tentativa, o juiz deve fixar os pontos controvertidos, julgar as questões processuais pendentes e determinar a produção das provas que julgar necessárias para o esclarecimento da causa.

O juiz pode deixar de marcar audiência preliminar quando o direito sob o qual recai a discussão da causa não admitir transação. Neste caso, o juiz deverá sanear o processo na secretaria da vara e, só então, marcar audiência de instrução e julgamento, conforme dispõe o §3º do artigo retrocitado²¹⁴.

Pelo artigo 130 o juiz está autorizado a deferir ou indeferir as provas, pois a ele somente interessam as provas realmente necessárias à instrução do processo e à formação do seu livre convencimento, podendo negar a produção de diligências ou requerimentos inúteis ou que tenham o intuito único de procrastinar o fim da demanda.

Deferida a prova, salvo disposição especial em contrário, ela deve ser produzida em audiência de instrução. Autor e réu devem instruir a petição inicial e a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações, assim como especificar as provas que

²¹² NERY JUNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 130 e 600.

²¹³ Artigo 331, §2º do Código de Processo Civil brasileiro.

²¹⁴ § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. NERY JUNIOR; NERY, Rosa, op. cit., p. 720.

pretendem produzir. Após esse momento, somente serão juntados aos autos os documentos considerados por lei como novos²¹⁵.

Nesta mesma esteira, cabe ao juiz ordenar o comparecimento pessoal das partes, para “interrogá-las sobre os fatos da causa” (artigo 342 do Código de Processo Civil brasileiro), ouvir como declarantes as testemunhas impedidas ou suspeitas (artigo 405, § 4º), proceder à inspeção de pessoas ou coisas (artigo 440²¹⁶).

Veja-se que a redação do artigo 130 não comporta um rol taxativo que estreite as iniciativas probatórias do julgador. O limite é a formação do convencimento do juiz. Portanto, estes são alguns exemplos de iniciativas probatórias do órgão julgador estabelecidos no Código de Processo Civil brasileiro.

3.7.2 A fase de instrução no novo Código de Processo Civil português e os poderes do juiz

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei 113/XII é clara em relação aos objetivos deste Novo Código. Tem como princípios orientadores da reforma, para o processo de declaração, e que interessam à matéria em exame, o “reforço dos poderes de flexibilização, adequação formal e direcção efectiva do processo pelo juiz, com vista à justa composição do litígio” e “medidas de simplificação processual e de reforço dos instrumentos de defesa contra o exercício de faculdades dilatórias”.

A finalidade do processo é dar um provimento justo e em tempo hábil à sociedade. Essa conquista somente será possível se forem concedidos ao juiz poderes inquisitórios e de direcção do processo que o tornem simples e célere. Tais poderes permitem ao julgador organizar o trâmite processual, adequando a lei às especificidades do caso e evitando a prática de atos inúteis.

Outro propósito a que se comprometeu o Código foi com a celeridade processual. A celeridade guarda estrita relação com o direito fundamental de acesso à Justiça, haja

²¹⁵ Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. NERY JUNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 734.

²¹⁶ Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

vista o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional efetiva. Processo célere é aquele livre de formalismos desnecessários e focado unicamente na resolução do mérito da querela²¹⁷.

Conforme já citado em tópico diverso, o processo possuía as seguintes fases: articulados, saneamento ou condensação, instrução, julgamento e sentença. Hoje, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o processo possui as seguintes etapas: articulados, audiência prévia (com elaboração da base instrutória, ou seja, com a enunciação da matéria de fato controvertida), audiência final (instrução ou produção de prova) e julgamento final (com integração, na sentença, da fase do julgamento da matéria de fato).

Em nome desta celeridade, foram concedidos poderes ao juiz na audiência final, para tornar útil e breve a discussão da causa. Nesta fase do processo, serão produzidas as provas. O juiz dirigirá o processo e garantirá que seja cumprida a programação feita em audiência prévia; estimulará advogados e Ministério Público a abreviarem seus requerimentos, evitando alegações e inquirições excessivas e impertinentes, assim como a se aterem à matéria relevante para o julgamento²¹⁸.

O novo artigo 603, sob a epígrafe “Realização da audiência”, restringiu as possibilidades de adiamento da audiência final, como medida de celeridade processual que se impõe. A regra é a da inadiabilidade da audiência final. O número 1 do artigo somente permite o adiamento da audiência final nas hipóteses de impedimento justificáveis da ausência do advogado, tendo havido acordo na marcação prévia²¹⁹, sempre tendo em mente que o adiamento somente dá lugar a inconvenientes graves.

A audiência final será sempre gravada, portanto, as provas também o serão. Isto é o que determina o artigo 155 (gravação da audiência final e documentação dos demais atos

²¹⁷ EXPOSIÇÃO de Motivos da Proposta de Lei 113/XII. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d54457a4c56684a5353356b62324d3d&fich=pp113-XII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

²¹⁸ NOVO Código de Processo Civil à lupa. *Sociedade de Advogados Vieira de Almeida & Associados*. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Newsletters/Flash_Contencioso__Arbitragem_-_Novo_Codigo_de_Processo_Civil_a_lupa_-10.07.2013-.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

²¹⁹ Artigo 603.º (art.º 651.º CPC 1961)

Realização da audiência

1 - Verificada a presença das pessoas que tenham sido convocadas, realiza-se a audiência, salvo se houver impedimento do tribunal, faltar algum dos advogados sem que o juiz tenha providenciado pela marcação mediante acordo prévio ou ocorrer motivo que constitua justo impedimento. VALLES, 2013, p. 235.

presididos pelo juiz²²⁰). Todos os atos praticados na audiência, depoimentos, declarações, informações, esclarecimentos, requerimentos, despachos e alegações orais serão gravados, medida que acelera a tramitação do feito. O número 5 deste mesmo artigo revela que o juiz pode fazer qualquer requerimento, despachar e decidir, de ofício ou provocado, caso em que a secretaria providenciará a transcrição. Veja-se que a intenção do legislador foi de se utilizar da celeridade para reforçar os poderes do juiz.

Hoje, a audiência final se realiza perante apenas um único juiz e não mais perante um coletivo de três juízes. “A audiência final decorre perante juiz singular, determinado de acordo com as leis de organização judiciária”, eis o comando do novel artigo 599.

O ordenamento português, embora atento ao princípio dispositivo, confere poderes amplos de direção e instrução, conforme se verifica no artigo 5º, que trata do ônus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal, e no artigo 411, que trata do princípio do inquisitório, oportunamente abordado, sem prejuízo de inúmeras situações apartadas que conferem o poder de instrução oficial, tais como o artigo 452, número 1 (Depoimento de parte), que permite ao juiz convocar, a qualquer momento, a parte para prestar depoimento, informação ou esclarecimento.

É importante lembrar, ainda, dos artigos 6 e 7, os quais tratam, respectivamente, do dever de gestão processual e do princípio da cooperação²²¹. A cooperação é tratada

²²⁰ Artigo 155.º (art.º 159.º CPC 1961).

Gravação da audiência final e documentação dos demais atos presididos pelo juiz

1 - A audiência final de ações, incidentes e procedimentos cautelares é sempre gravada, devendo apenas ser assinalados na ata o início e o termo de cada depoimento, informação, esclarecimento, requerimento e respetiva resposta, despacho, decisão e alegações orais.

²²¹ Artigo 6.º (art.º 266.º CPC 1961) Dever de gestão processual

1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

como um dever processual das partes, sendo a inclinação moderna a de aumentar esses deveres processuais e estendê-los aos julgadores. O magistrado e os litigantes devem cooperar mutuamente para que o processo atinja seu escopo em duração aceitável. O processo somente atingirá seus fins se as partes cooperarem para a descoberta da verdade, permitindo-se assim ao juiz proferir decisão justa. A duração razoável do processo fornece condições de o juiz decidir no tempo certo cada processo, de acordo com as especificidades de cada caso²²².

O artigo 490, sob a epígrafe “fim da inspeção²²³”, demonstra claramente o poder do magistrado de determinar de ofício a inspeção de coisas ou pessoas. A inspeção judicial tem como característica justamente a oficiosidade, pois ainda que as partes requeiram sua execução, caso o juiz entenda desnecessária para a formação da sua convicção, pode indeferir sua produção livremente²²⁴.

As testemunhas não arroladas pelas partes também podem ser ouvidas por iniciativa do tribunal, conforme estabelecido no novo artigo 526. Pela interpretação da citada norma, pode-se concluir que o juiz pode, por iniciativa sua, inquirir testemunha não referida nos autos, bastando que o conhecimento da testemunha sobre os fatos tenha chegado ao juiz através de qualquer meio probatório²²⁵. Assim, é possível considerar que o novo artigo 526 representa uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz em relação à inquirição das testemunhas, vez que não mais existe restrição à hipótese das testemunhas referidas em outros depoimentos.

Por fim, e sem a intenção de esgotar a matéria, o artigo 477, que trata da determinação oficiosa de perícia, segundo o qual “o juiz indica, no despacho em que determina a realização da diligência, o respectivo objeto, podendo as partes sugerir o

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

²²² FREITAS, 2009, p. 163-164.

²²³ Artigo 490.º (art.º 612.º CPC 1961) Fim da inspeção

1 - O tribunal, sempre que o julgue conveniente, pode, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, e com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana, inspecionar coisas ou pessoas, a fim de se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão da causa, podendo deslocar-se ao local da questão ou mandar proceder à reconstituição dos factos, quando a entender necessária.

²²⁴ FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, [s.d.], p. 559. v. 2.

²²⁵ Artigo 526.º (art.º 645.º CPC 1961) Inquirição por iniciativa do tribunal

1 - Quando, no decurso da ação, haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa, deve o juiz ordenar que seja notificada para depor (FREITAS; MACHADO; PINTO, op. cit., p. 631).

alargamento a outra matéria”. As partes podem fazer apenas uma sugestão quanto ao alargamento do objeto, pois o juiz não está obrigado a ampliá-lo, tanto que o despacho que indefere o requerimento de ampliação não está sujeito a recurso²²⁶.

3.8 Alcance dos poderes instrutórios do juiz

A maioria esmagadora da doutrina moderna, do Brasil e de Portugal, já admite como possíveis os poderes instrutórios do juiz voltados para a análise probatória de ofício. Todavia, a doutrina ainda diverge quanto ao alcance desses poderes *ex officio*.

Para aqueles autores que entendem de maneira diversa, a exemplo do Moacyr Amaral Santos, as provas devem ser produzidas pelas partes, porque são as interessadas na busca da certeza da verdade e mais aptas no oferecimento dos meios de prova para se chegar a essa verdade. Somente supletivamente à iniciativa das partes é que o julgador poderá, oficiosamente, determinar as provas necessárias à instrução do processo²²⁷.

Esta parcela da doutrina acredita que o magistrado só atua de ofício nos casos em que as provas produzidas pelos contendores não forem suficientes o bastante para decidir o pleito com segurança ou quando a matéria versar sobre ordem pública.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o poder de instrução do órgão jurisdicional não é ilimitado, pois esbarraria nas regras que tratam sobre as presunções legais e ônus processuais, pois ao juiz não é lícito contrariar a presunção legal de veracidade dos fatos. O juiz deve ser cauteloso quando do exercício desse poder, para não se tornar um investigador, ao invés de juiz²²⁸.

Em posição contrária, a doutrina moderna, apoiada na ideia de instrumentalidade e efetividade do processo, considera o poder oficial na produção probatória amplo e irrestrito, absolutamente necessário ao proferimento da decisão. Constitui um poder-dever²²⁹.

²²⁶ FREITAS; MACHADO; PINTO, [s.d.], p. 540.

²²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 349-350. v. 2.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 1 – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 460-461.

²²⁹ CAMPANELLI, 2006, p. 89-90 e 86.

O juiz deve almejar ter o máximo de conhecimento possível acerca da realidade dos fatos e, para isso, deve determinar a produção de provas oficiosamente, caso vislumbre necessidade para tal.

O ilustre jurista José Roberto dos Santos Bedaque²³⁰ assim se pronuncia:

Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual.

Veja-se, portanto, a importância da atividade probatória como uma atividade de cooperação entre todos os sujeitos processuais: autor, réu e o magistrado e, não apenas, como uma ação supletiva do juiz, como querem alguns doutrinadores.

As partes podem requerer do juiz o deferimento de atos ligados à produção da prova. O juiz pode admitir ou não a materialização da produção da prova, haja vista que os litigantes devem especificar as provas que pretendem produzir. Ou seja, deve existir entre todos os sujeitos processuais uma participação recíproca na produção da prova²³¹.

Ainda trazendo a obra riquíssima de Bedaque, nela, ele sustenta que “não se pode ver na iniciativa instrutória do juiz uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento da outra²³²”.

A iniciativa do julgador de produzir provas dedica-se única e exclusivamente a resolver o processo, julgando a demanda procedente ou não. No momento em que o magistrado se propõe a produzir determinada prova, não está calculando a quem aquela prova beneficiará ou não está agindo para suprir a falha de alguma das partes, em matéria probatória. O objetivo é trazer aos autos subsídios necessários para exercer a função de julgar e, assim, alcançar os escopos sociais e jurídicos da jurisdição.

Um dos preceitos mais importantes do atual processo civil é o princípio que regula o papel do juiz na direção do processo. Os poderes do julgador na fase de instrução são tão salientes que o capacitam a colaborar de maneira eficaz na atividade de descoberta da verdade²³³.

²³⁰ BEDAQUE, 2001, p. 161.

²³¹ CASTRO, 2013, p. 183.

²³² BEDAQUE, 2001, p. 117.

²³³ SILVA, 2006, p. 211.

Por tudo o que foi acima exposto, resta clarividente que a atividade de produção de provas não é apenas das partes, nem supletivamente do órgão jurisdicional. A parte propõe a demanda e a limita. A direção do processo, incluindo-se aí o seu regular andamento, ordem e impulso oficial, é de competência do juiz. Contudo, para que o processo se torne efetivo e eficaz, devem todos os sujeitos processuais envolvidos no litígio cooperar entre si para que a vontade do direito prevaleça e a pacificação social seja atingida.

Por fim, ainda que sejam dados amplos poderes instrutórios ao juiz, esses poderes encontram limites no ordenamento jurídico.

3.9 Limites dos poderes instrutórios do juiz

Com a evolução dos estudos das técnicas do processo civil, a corrente atualmente adotada por grande parte da doutrina afirma que devem ser amplos os poderes do juiz na atividade da instrução probatória.

Todavia, alerta Cândido Rangel Dinamarco²³⁴:

Todos os poderes e deveres que o juiz exerce e cumpre no processo são sujeitos às regras de legalidade [...]. Ao participar em contraditório, ao dar tratamento isonômico às partes e ditar providências que neutralizem desigualdades [...], o juiz exerce poderes sem os quais a jurisdição não é possível, mas também tem o dever de velar pela preservação da efetividade da defesa dos direitos.

As partes e o juiz possuem poderes e deveres no processo. O juiz deve controlar a atividade das partes, mas também as suas ações devem andar sempre nos limites da legalidade processual.

A limitação da atividade proativa probatória do juiz é imposta pelo próprio ordenamento jurídico, com o objetivo de evitar descomedimentos e desregramentos por parte dos julgadores. Relembre-se que o poder instrutório do juiz constitui um poder-dever.

Um dos limites aos poderes instrutórios do juiz está no objeto do processo, definido pelos pedidos e pela causa de pedir. Segundo o artigo 128 do Código de Processo Civil brasileiro, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. O

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235-236. v. 2.

demandante é quem determina os limites do litígio, não podendo o juiz julgar além, aquém ou fora do que foi requerido pelo autor²³⁵.

Neste mesmo sentido é o artigo 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Perceba-se a preocupação do legislador em impedir que o magistrado decida sobre quesitos que não foram debatidos pelas partes. Caso o juiz aja em sentido contrário, estará se afastando de sua finalidade.

O artigo 5º, número 1 do Novo Código de Processo Civil português também acompanha este entendimento: “Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”.

Perceba-se que tais artigos são manifestações do princípio dispositivo, que não pode ser considerado um empecilho à participação ativa do juiz na instrução, mas apenas uma limitação imposta ao juiz em razão da disponibilidade do direito das partes²³⁶.

Apresenta-se também como limitador à atividade probatória oficial, o princípio do contraditório, que obriga o juiz a submeter a sua atividade probatória ao conhecimento das partes²³⁷. Além disso, a cada determinação judicial de deferimento ou indeferimento de produção de prova ou uma vez produzida prova de ofício, deve-se conceder às partes a oportunidade de manifestar-se sobre elas²³⁸. Agindo assim, o juiz estará permitindo às partes litigarem em paridade de armas e não estará tolhendo o direito de defesa, tampouco agindo de maneira arbitrária ou autoritária.

A atividade judicial encontra limites também na obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Veja-se, por exemplo, a exigência dos artigos 131 do Código de Processo Civil brasileiro e 607, números 3 e 4 do Código de Processo Civil português²³⁹. Até o momento da valoração das provas, o juiz colheu informações que o

²³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 336-337.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 102.

²³⁷ BEDAQUE, 2001, p. 154.

²³⁸ CASTRO, 2013, p. 196.

²³⁹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 607.º Sentença

3 - Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.

habilitaram a julgar. Mas, para isso, deve explicar, esclarecer que uso fez dessas informações, fundamentando, motivando a sentença, haja vista ter analisado todas as questões de fato e de direito postas pelas partes²⁴⁰.

Quando o magistrado vislumbrar a necessidade de produção de prova de ofício, deverá, portanto, indicar as razões que o fizeram decidir pela realização de determinada prova e demonstrar a necessidade da prova.

“Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado às provas dos autos. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure*. Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem²⁴¹”.

Luciana Amicucci Campanelli considera, ainda, como limitação à utilização dos poderes probatórios oficiais a busca pela verdade, pois somente as provas necessárias podem e devem ser determinadas, proibindo-se a produção de provas inúteis ou que visem unicamente procrastinar o fim do processo²⁴².

Por fim, há quem avalie como limite aos poderes instrutórios do juiz a vedação de admissibilidade de provas ilícitas. Regra geral, as provas ilícitas ou produzidas de modo ilícito são banidas do ordenamento jurídico, mas, conforme já tratado em tópico anterior, há casos excepcionais que admitem a consideração de tais provas por uso do princípio da proporcionalidade. Registre-se que o juiz está veementemente proibido de produzir provas ilícitas. Esta proibição e consideração é apenas aplicável às provas produzidas pelo autor e réu. Por isso, diz-se que é um balizador da atividade probatória proativa oficial²⁴³.

As restrições às atividades instrutórias do juiz são de extrema importância para se evitar excessos por parte do órgão judicial. Primeiramente, as partes impõem limites à causa através dos pedidos e da causa de pedir. Em segundo turno, aparece a questão da fundamentação das decisões como forma de salvaguardar a imparcialidade do julgador.

A cada ato produzido pelo juiz que diga respeito à instrução da causa, deverá ser oportunizado às partes manifestarem-se sobre esses atos, em respeito ao princípio do

4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.

²⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, v. 35, n. 35, p. 178-184, jun. 1984.

²⁴¹ NERY JUNIOR; NERY, Rosa, 2012, p. 474.

²⁴² CAMPANELLI, 2006, p. 104.

²⁴³ CASTRO, 2013, p. 196.

contraditório e como garantia dada às próprias partes de imparcialidade do juiz e do afastamento de sentenças tendenciosas.

Vê-se nitidamente a preocupação do ordenamento em garantir um processo justo, eficaz e efetivo, possibilitando-se aos sujeitos processuais garantias e técnicas para se alcançar os escopos do processo. Porém, o que se apresenta hoje em dia é uma tímida atividade probatória proativa da classe julgadora. É necessária uma mudança de paradigma na mentalidade dos juízes, para que estes possam pôr em prática todo o potencial probatório que a lei coloca à disponibilidade e alcance dessas mãos.

CONCLUSÃO

Das questões discutidas na presente dissertação, a primeira delas diz respeito à análise dos sistemas processuais no tocante à divisão de trabalho entre as partes e o órgão jurisdicional durante todo o desenvolvimento do processo.

O sistema dispositivo ou acusatório atribui maior relevância à atividade das partes. Tem como principal característica a predominância da atuação das partes na condução do processo. É atributo desse modelo a disputa dos litigantes perante um órgão julgador relativamente passivo, cuja função é a de decidir.

Já o sistema inquisitivo privilegia a atividade do juiz. Nessa corrente, o processo civil acabou redundando num modelo altamente autoritário. O magistrado passou a sobrepor-se às próprias partes, podendo atuar oficiosamente na busca de fatos não carreados aos autos. Esse modelo parte de uma concepção instrumentalista do processo, onde prepondera o interesse público estatal na solução da querela.

A moderna processualística admite, hodiernamente, um terceiro sistema, o cooperativo. Se as partes detêm maiores informações acerca dos fatos ocorridos, e o juiz, maior domínio do direito que deve ser aplicado ao caso concreto para alcançar a tão almejada paz social, devem cooperar entre si prestando esclarecimentos, oportunizando o exercício do contraditório e prevenindo falhas processuais.

Assim como as regras, os princípios são espécies de normas. Servem, entre outras funções, para direcionar a atividade interpretativa do juiz quando da aplicação da norma ou da tomada de decisões. Possuindo caráter normativo, os princípios tanto podem limitar, quanto ampliar os poderes instrutórios do juiz.

O grande limitador da atividade proativa probatória do juiz é o princípio dispositivo, segundo o qual seria exclusividade das partes a produção de provas. A interpretação mais moderna desse preceito já vê aplicação do princípio apenas para os casos que versarem sobre direitos materiais disponíveis, cabendo ao juiz a direção material do processo. Ainda assim, nada disso impede que o juiz possa produzir provas de ofício. São manifestações do princípio dispositivo os artigos 3º, número 1, artigo 5º e artigo 609, número 1 do Novo Código de Processo Civil português e artigo 262, 1ª parte da Lei de Ritos brasileira.

Diametralmente oposto ao princípio dispositivo está o princípio inquisitivo. Segundo ele, ainda que as partes não tomem nenhuma atitude para o andamento do feito, o juiz pode decidir sobre os meios de prova utilizados e a condução do processo. Na verdade, este preceito não limita a atividade probatória proativa do juiz. Tal comportamento do órgão julgador está autorizado por vários artigos, mas principalmente pelo artigo 411 do Novo Código de Processo Civil português e pelo artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal possui previsão constitucional (art. 5º, LIC). No ordenamento jurídico português, ele está previsto na Constituição (art. 20, n. 4) e no Novo Código de Processo Civil (arts. 6º e 7º, n. 1). Esse preceito possui duas interpretações: pode tanto significar o processo obediente às garantias processuais, quanto o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas. Atua aproximando as normas técnicas à efetividade do processo. A atividade jurisdicional do juiz encontra limitação no princípio do devido processo legal, vez que atua de maneira contrária a qualquer manifestação arbitrária de poder.

Tem-se presente em ambos os ordenamentos o princípio do contraditório (arts. 5º, LV da CF/88 e art. 398, CPC brasileiro e arts. 3, n. 1 e 563 do Novo Código de Processo Civil português), segundo o qual às partes é dada a oportunidade para se manifestarem no processo e, acima de tudo, influenciarem na decisão do juiz, pois deverão tomar conhecimento de todos os atos ocorridos no processo e, assim, utilizar-se-ão de todos os meios legalmente disponíveis para obter o provimento judicial que lhes é mais favorável. Esse princípio não limita a atividade instrutória do juiz, pelo contrário, legitima seus atos, posto que evita arbitrariedades ou autoritarismos.

Por fim, quanto ao último princípio analisado, aquele da gestão processual, vê-se que não há previsão legal expressa a esse preceito nas leis brasileiras, como há no art. 6º do Novo Código de Processo Civil português, mas a ideia de conceder poderes ao juiz para praticar ou determinar que se pratiquem todos os atos necessários para se chegar a uma decisão célere e justa, existe em ambos os países. Ademais, o princípio em questão traz consigo medidas que relativizam a rigidez formal, objetivando uma tramitação eficiente do processo.

O juiz terá acesso aos fatos por meio das provas carreadas aos autos. O direito à prova é uma decorrência dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido

processo legal e constitui um direito fundamental das partes. Através das provas o julgador formará sua convicção sobre os fatos controvertidos objeto de discussão.

A prova possui dois destinatários: o Estado-juiz e as partes. O Estado-juiz é o destinatário direto da prova, enquanto as partes são destinatárias indiretas da prova. É através das provas que as partes buscam demonstrar a veracidade dos fatos alegados e o juiz se utilizará delas para formar o seu convencimento, tornando-se apto a proferir sua decisão. Durante a instrução processual são produzidos todos os elementos que dão suporte ao julgamento da causa. Ainda que o juiz esteja convencido da existência de um fato, exige-se que a prova deste fato tenha sido demonstrada nos autos.

Muito embora o juiz possua amplos poderes instrutórios, está proibido de determinar a realização de provas obtidas ilicitamente. São três as correntes que discutem a possibilidade de se utilizar provas ilícitas no processo civil: obstativa, intermediária e permissiva. Temos adotado a corrente intermediária, segundo a qual, por aplicação do princípio da proporcionalidade, a depender do valor jurídico e moral em debate, é possível a admissão da prova ilícita. A prova obtida ilicitamente não pode desrespeitar os princípios fundamentais da pessoa humana, só podendo ser aceita se for a única via possível e razoável de proteger outros valores, analisados à luz do princípio da proporcionalidade.

A legislação estabelece, em regra, que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto cabe ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. As regras de distribuição do ônus da prova em nada interferem nos poderes instrutórios do juiz. Apenas no caso de as provas produzidas pelo autor e réu restarem insuficientes ou inexistentes, deve o juiz aplicar as regras de distribuição do ônus da prova, julgando em desfavor daquele a quem recaia o ônus e dele não se desincumbiu.

Em muitos casos, existe uma diferença abismal entre as partes, em termos de condições técnicas e profissionais para litigar em juízo. Em face dessa realidade, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova imputa o ônus da prova àquele que tem maiores condições de produzi-la, de acordo com a análise das circunstâncias de cada caso concreto. Ao juiz cabe analisar qual das partes possui melhores condições de produzir as provas, à luz de cada caso concreto e, a partir dessa análise, informará qual das partes tem mais facilidade em produzir as provas.

É válido salientar que tais regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova só devem ser aplicadas em casos excepcionais, onde a regra geral não tenha conseguido alcançar seu objetivo. Veja-se que a adoção dessa teoria concede amplos poderes ao juiz, por isso deve ser vista com bastante cuidado para se evitar a sensação de insegurança jurídica na sociedade.

O Estado passa a participar mais ativamente da vida em sociedade e o juiz, enquanto representante do Estado, tem interesse no desenvolvimento do processo. O processo deve ser visto de maneira instrumental, exigindo do magistrado uma posição atuante na direção e instrução do processo para a formação da sua própria convicção. O publicismo processual busca do processo resultados céleres, práticos e efetivos.

Uma das linhas orientadoras da reforma do Código de Processo Civil português, talvez a que mais chame a atenção, voltou-se para o fortalecimento dos poderes inquisitórios e de direção efetiva do processo pelo juiz, para assim simplificar e dar celeridade à justa composição do litígio. Para solidificar os poderes de direção do processo, sem desequilibrar os princípios do dispositivo e inquisitivo, acrescentou ao poder de direção o princípio da gestão processual, o qual dá ao juiz autonomia suficiente para dirigir ativamente o processo, pois ele está autorizado a adotar mecanismos de simplificação e agilização processual para a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil.

O Novo Código de Processo Civil português tem como objetivos o “reforço dos poderes de flexibilização, adequação formal e direção efectiva do processo pelo juiz, com vista à justa composição do litígio” e “medidas de simplificação processual e de reforço dos instrumentos de defesa contra o exercício de faculdades dilatórias”. Conceder ao juiz poderes inquisitórios e de direção do processo o torna simples e célere, evitando a prática de atos inúteis. Outro propósito a que se comprometeu o Novo Código foi com a celeridade processual, através da qual o juiz poderá tornar útil e breve o resultado da causa.

A atividade probatória do magistrado deve ser exercida conjuntamente à das partes, e não em substituição à atividade destas. Dar maiores poderes ao juiz na instrução da causa é uma das manifestações ao ideário de instrumentalidade e efetividade processual. Por isso é importante considerar a atividade probatória como uma atividade de cooperação entre todos os interessados no resultado do processo: juiz e partes.

O objetivo da iniciativa instrutória do julgador não é prejudicar qualquer das partes, nem fazer as vezes de advogado, mas sim, trazer subsídios necessários aos autos

para exercer bem a função de julgador e assim alcançar os escopos sociais e jurídicos do processo.

Contudo, os poderes instrutórios do juiz encontram limites no ordenamento jurídico. A iniciativa instrutória do juiz, se excessiva, pode dar abertura à parcialidade. O que deve existir é um equilíbrio de interesses entre o que representa o princípio do dispositivo e inquisitivo. É preciso reprimir a inquisitorialidade para evitar autoritarismos e abandonar aquela velha postura de desinteresse do juiz que permite as deficiências instrutórias deixadas pelas partes.

A atividade probatória proativa do juiz está sujeita às regras de legalidade. A legislação prever diversas formas de limitar a atividade do juiz, a exemplo do exercício do contraditório e a exigência da fundamentação das decisões. A previsão de tais limitações é necessária em qualquer ordenamento, pois busca viabilizar a segurança jurídica que deve permear toda e qualquer decisão que põe fim ao processo. Os limites aos poderes instrutórios do juiz demonstram que o legislador está preocupado em zelar por um processo justo, eficaz e efetivo, visando, assim, garantir a paz social.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. Prova ilícita: Da sua relevância no Processo Civil. *Revista Jurídica*, n. 7, nova série. Lisboa: AAFDL, jul./set. 1986.

ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed., dez. 2013, p. 85-110. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Proposicao_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. V. 2 – Processo de conhecimento. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

_____. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

AMORIM, José Roberto Neves. *Fundamentos atuais do Processo Civil: Processo de conhecimento*. Barueri: Manole, 2004. v. 1.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Processo Civil: Processo de conhecimento*. 2. ed. atual. de acordo com as Leis nº 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06. São Paulo: Atlas, 2006. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 10).

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva lei de enjuiciamiento civil: los poderes del juez e la oralidade*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

BAPTISTA, José João. *Processo Civil I: Teoria geral e Processo declarativo, com referências ao ante-projecto no Novo Código de Processo Civil*. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993. v. 1.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e Processo de Conhecimento*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção sinopses jurídicas; v. 11).

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA*, v. 3, n. 2, p. 1ª e última página do artigo, 2º sem. 2002. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v3n2.pdf#page=107>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. (Coleção ciência do processo).

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 9-18, out. 2005.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito Processual Civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982. v. 3.

CASTRO, Daniel Penteadó de Castro. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Bruno Novaes Bezerra. *A relação jurídica processual (conceito, características, estrutura)*. 2001. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/892410>. Acesso em: 24 maio 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a EC/45, a Emenda Regimental n. 31/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral no recurso extraordinário) o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TRF e as Leis Federais n. 12.016/2009, 12.125/2009, 12.137/2009, 12.152/2009 e 12.322/2010. Salvador: JusPodivm, 2011a. v. 1.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo* (RePro), ano 36, v. 198, São Paulo: Atlas, p. 207-217, ago. 2011b.

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*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 11.925/09, 12.004/09, 12.016/09, 12.322/10 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante). Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade de processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.322/2010. São Paulo: Atlas, 2011.

DONOSO, Denis. A prova no Processo Civil: Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da Nova leitura do princípio dispositivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 52-65, jun. 2007.

EXPOSIÇÃO de Motivos da Proposta de Lei 113/XII. Disponível em:

<<http://app.parlamento.pt/>

webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d54457a4c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl113-XII.doc&Inline=true>. Acesso em: 03 mar. 2015.

EXPOSIÇÃO de motivos da proposta de revisão do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B54292116-d0b1-4747-a2bc-26974d223da8%7D.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

EXPOSIÇÃO de motivos do Código de processo civil de 1939. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

FARIA, Paulo Ramos de. O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6º do Código de Processo Civil português (excertos). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil* - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil. Caderno I. 2. ed. Dez. 2013, p. 113-124. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e princípios gerais*. 2. ed. reim. Coimbra: Coimbra, 2009.

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, [s.d.], v. 2.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1.

GERALDES, António Santos Abrantes. O novo processo declarativo. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil* - Contributos da doutrina no decurso do processo legislativo, designadamente à luz do anteprojeto e da proposta de lei n.º 113/XII. Caderno II. Nov. 2013, p. 9-20. Disponível em:
<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_II_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. *Temas da reforma do processo civil: 1. Princípios fundamentais, 2. Fase inicial do processo declarativo*. 2. ed. rev. e ampl., 3. reimpr. da edição de 1998, Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Novo curso de Direito Processual Civil: Teoria geral e Processo de conhecimento*. 1. parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 3. ed. Porto: Almeida & Leitão, 1999.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 37, n. 204, p. 231-242, fev. 2012.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O Novo Processo Civil*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1 – Teoria geral do processo civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Lisboa: AAFDL, 2012a. v. 2.

_____. *Direito processual civil: apontamentos das lições redigidas com a colaboração de grupo de assistentes*. Lisboa: AAFDL, 2012b. v. 1.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada: introdução geral, preâmbulo, artigos 1º a 79º*. (tomo i). Coimbra: Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. (Tomo II – Arts. 46ª 153). 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011a. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011b. v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, v. 35, n. 35, p. 178-184, jun. 1984.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 122, p. 9-21, abr. 2005.

MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil* - Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil. Caderno I. 2. ed. dez. 2013, p. 59-84. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

NALINI, Renato. *A rebelião da Toga*. Campinas: Millennium, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., ampl. e atual. até 15.1.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011a.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011b.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NOVO Código de Processo Civil à lupa. Sociedade de Advogados Vieira de Almeida & Associados. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Newsletters/Flash_Contencioso_Arbitragem_-_Novo_Codigo_de_Processo_Civil_a_lupa_-10.07.2013-.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *O juiz na aplicação do justo processo*. 2008. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/arquivos/Artigo%2015%20O%20Juiz%20na%20aplica%C3>

[%A7%C3%A3o%20do%20Justo%20Processo%20-%20Vallisney.pdf](#)>. Acesso em: 01 ago. 2014.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *Registro da prova: A motivação das sentenças civis no âmbito da reforma do Processo Civil e as garantias fundamentais do cidadão*. Lisboa: Lex, 1996.

REGO, Carlos Lopes do. Os princípios orientadores da reforma do processo civil em uso: o modelo de ação declarativa. *Julgar*, Coimbra, n. 16, jan./abr. 2012.

RODRIGUES, Gabriela Cunha. A ação declarativa comum. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ (Org.). *O Novo Processo Civil: Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2. ed. Dez. 2013, p. 145-174. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 326-327. v. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

SANTOS, Murilo Rezende dos. A prova e o ônus da prova no Processo Civil. *Revista Direito Mackenzie*, v. 7, n. 2, p. 87-109, 2013. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/6999/4797>>. Acesso em: 12 out. 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978a. v. 2.

_____. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978b. v. 3.

SILVA, José Gomes da. *Princípio dispositivo e o papel do juiz: a procura de um equilíbrio*. 2006. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. *Processo Civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 1 – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

Tribunal da Relação de Lisboa, 06/11/2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9b55cde7b17c65c780257dfd00300cc5?OpenDocument>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 08/02/2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21333682/agravo-de-instrumento-ai-1983851120118260000-sp-0198385-1120118260000-tjsp>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 18/03/2003. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2339296/agravo-de-instrumento-ag-1013-df-20000100001013-2>> Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 12/09/2000 e <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4989295/agravo-de-instrumento-ai-2207536-pr-agravo-de-instrumento-0220753-6>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

VALLES, Edgar. *Prática processual civil com o novo CPC*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o Dec.-Lei 242/85. Coimbra: Coimbra, 1985.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Teoria geral do Processo e Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.