

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO SISTEMA PROBATÓRIO COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR O PROCESSO JUSTO

THE JUDGE'S INSTRUCTIONAL POWERS IN THE PROBATION SYSTEM AS A MECHANISM TO ACHIEVE THE FAIR PROCESS

Carolina Schroeder Alexandrino*

Manuela Ithamar Lima**

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar ao leitor o que se entende por poderes instrutórios do juiz no atual Código de Processo Civil e como tal diretriz vai ao encontro do Estado Democrático de Direito. Utilizando-se do método de abordagem dialético, será analisado o elo entre prova e verdade e o como um juiz participativo pode contribuir para reconstrução dos fatos pretéritos que venham a servir de sustentáculo para uma decisão justa.

Palavras-chave: Poderes instrutórios do juiz. Prova e verdade. Processo justo.

Abstract: The present research aims to demonstrate to the reader the meaning of the instructive prerogatives of the judges in the current Civil Procedure Code and how this directive meets the Democratic State of Law. Using the dialectical approach method, it will analyse the link between evidence and truth and how a participative judge can contribute to the reconstruction of past events that serve as basis for a just decision.

Keywords: Judicial prerogatives of the judge. Provide and truth. Fair process.

1. INTRODUÇÃO

Os dilemas relativos a temas como, “convencimento judicial”, “motivação do juiz”, “livre apreciação da prova”, “subjetividade”, “solipsismo” e temáticas relacionadas que possuem íntima relação com o estudo da hermenêutica jurídica e filosofia do direito, diuturnamente recebem diversas críticas da doutrina especializada. Tais críticas se justificam, pois no atual cenário de um Estado Democrático de Direito,¹

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre-RS, Brasil. Bolsista vinculada à CAPES. Pós-Graduada em Direito Cível e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural- IDC. Bacharel em Direito - Ciências Jurídicas e Sociais - pela Universidade do Rio dos Sinos- UNISINOS. Advogada. E-mail: carolina@tatimealexandrino.adv.br

** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre-RS, Brasil. Bolsista vinculada à CAPES. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB. Advogada. E-mail: manuela.ithamar@gmail.com

¹ No tocante ao Estado Democrático de Direito, tem este por característica “[...] realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social [...]” e que busca verdadeira transformação da vida do cidadão, para que os direitos sociais sejam praticados e para que se concretize aquilo que se espera de um Estado de justiça social consolidado na dignidade da pessoa humana. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 122.).

em que o Processo Civil é visto sob a ótica constitucional e que, a *prima facie*, encontra-se conceituado na fase metodológica do neoprocessualismo; as decisões não motivadas, “fundamentadas” na consciência do magistrado ou que não guardam relação com a verdade pretérita dos fatos que se busca demonstrar quando da instrução probatória, ferem garantias e direitos fundamentais, causando insegurança e descrença no sistema processual.

Assim, ao se discutir a busca da verdade como alicerce para concretização de uma decisão justa, que vai ao encontro do que prevê o atual Código de Processo Civil, existem pontos nefrálgicos que precisam ser debatidos, qualificando-se aqui como os problemas da presente pesquisa, são eles: a discussão sobre a legitimidade do juiz na produção probatória, se tal instituto é uma faculdade ou um dever do julgador, suas limitações, bem como a análise da apreciação pelo magistrado da prova que ele, por força dos seus poderes instrutórios, “produziu”.

Parte-se da ideia de que a prova no processo servirá como mecanismo para reproduzir a situação fática pretérita que serviu como fato gerador do litígio, além de ser argumento que contribuí para formação do convencimento jurisdicional. Neste sentido se explora os poderes instrutórios do magistrado para fins de desvelar um dos temas de alta complexidade, qual seja, a busca pela verdade. A dificuldade ora mencionada se dá não apenas pela discussão conceitual, mas pela possível subjetividade que pode vir empregada na temática, trazendo a ideia de que se estuda um viés não puramente processual quando da reconstrução de questões fáticas passadas e a dificuldade para tal procedimentalização, que servirá de fundamento para decisão do magistrado em consonância com a ideia de processo justo.

Compreendidos os desafios que permeiam o instituto dos poderes instrutórios do juiz em matéria probatória, sua utilização para busca – ou tentativa de buscar – a verdade do processo para a concretização de uma sentença justa e motivada, acredita-se que seja possível proporcionar ao intérprete, que também é aplicador, o debate quanto às críticas que circundam o tema, podendo este afastar – ou corroborar – com elas.

2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A BUSCA DA VERDADE: TODOS NA BUSCA PELA VERDADE?

A ideia de poder instrutório do julgador e a atuação mais ativa deste para com a condução da demanda é decorrente de um progresso histórico e cultural. Isso se dá pelo fato de que a cultura – e sua mutabilidade – não pode ser vista equidistante do direito, vez que esta se dá por meio da realidade social, de modo que “[...] *a cultura e uma determinada sociedade deverão ser o alicerce do Direito e do processo* [...]”.² Assim, passa-se a não mais aceitar o arcaico juiz inerte, que apenas reproduzia o dispositivo, sem qualquer poder de criatividade e, até mesmo, proibido de interpretar a legislação, típico do Estado Liberal, que se apoia na ideia de neutralidade do magistrado para sustentar tal (in)atividade do julgador. Todavia, com a democracia e o viés de um Estado Social, intensificou-se a participação do magistrado, de modo que este passou não apenas a se preocupar com as “regras do jogo”, mas atuar de forma mais participativa na demanda, preocupando-se com a efetivação de um processo justo. Segundo Marinoni, com a Democracia Social fora possível permitir:

i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material e, iii) efetivação da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do Direito.³

Nesse mesmo sentido, esclarece Theodoro Júnior:

O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo. Esse tipo de processo comprometido com desígnios sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.⁴

Assim, busca-se afastar a concepção de juiz apático e que defende sua apatia em neutralidade ou imparcialidade, vez que tal inércia daquele que exerce a jurisdição e representa o ente Estatal, demonstra verdadeiro retrocesso, típico de um Estado (neo)liberal, mínimo e despreocupado com a implementação de obrigações oriundas da

² JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 91.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 422.

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, nov. 2009. p. 73.

pós-modernidade,⁵ que vai de encontro com a concepção de Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1988. Sobre o poder instrutório, mencionado Barbosa Moreira:

Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se "substitui" às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto.⁶

Todavia, ainda que se apregoe uma atuação ativa do magistrado, tendo em vista expressa determinação do art. 370 do Código de Processo Civil e outros tantos espalhados pela referida legislação, há autores, como Renault Godinho, que afirma ser o sistema processual verdadeira miscelânea ideológica, vez que dotado de uma visão liberal, mais de caráter publicista. A crítica do Autor se baseia na ideia de que o poder instrutório do juiz, se utilizado de forma errônea, serve como artifício para adequar o processo ao julgamento já formado, fazendo uma alusão ao mito do Leito de Procusto. Nesse sentido discorre o referido Autor:

Note-se que um dos argumentos mais utilizados para afastar a efetiva participação das partes no processo civil é a ruptura com uma “visão liberal do processo”, mas o processo civil brasileiro é pródigo em suas estruturas liberais. Pois a codificação processual brasileira, sem que tenha havido um

⁵ No tocante ao conceito expressão “pós-modernidade”, insta comentar os estudos de Pilati, que dispõe: *“Desmitificar o erro para libertar filosoficamente o homem para a Pós-Modernidade, eis a questão. O que se entende (aqui) por Pós-Modernidade? Parte-se da ideia de que a Modernidade pode ser vista como um paradigma, e que a Pós-Modernidade é a projeção paradigmática das mudanças e transformações das instituições no futuro mediato e imediato; isso em face da crise das instituições da Modernidade, que já não correspondem à complexidade de um novo momento: pós-moderno. [...] Se a apreensão e a apropriação econômicas têm norteadado a ciência ocidental, o resgate filosófico do homem, sob a perspectiva de novo paradigma, por outro lado e finalmente, vai devolver à Sociedade o que lhe pertence, e foi-lhe usurpado. Devolver à Sociedade aquilo que somente ela é capaz de multiplicar, com a otimização das instituições e com a inclusão do extrapatrimonial. Em suma, a verdade pós-moderna é uma verdade coletiva: não tem pretensão de eternidade, mas permite ao homem aceitar-se melhor, propor-se melhor, viver melhor – da forma que é possível fazê-lo no planeta e na Sociedade transitória em que se vive. Não que não existam conflitos; mas que os conflitos sejam adequadamente resolvidos, em instituições inclusivas e não excludentes. Em que cada um tenha direito ao que é seu, sendo ao mesmo tempo condômino do coletivo. É difícil? Parece utópico? Quem disse que a vida é fácil?”* (PILATI, J. I. A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. **Sequência (UFSC)**, v. 32, p. 305/314, 2011.).

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, jan-mar. 1985. p. 6.

efetivo Estado liberal no país, afastou a prominência privada própria do liberalismo e instituiu o publicismo para garantia do próprio pensamento liberal, em uma miscelânea ideológica difícil de catalogar.⁷

Todavia, respeitadas as considerações da doutrina acima mencionada, tem-se que a ideia de que o poder instrutório, que respeita as limitações impostas, tem como objetivo propiciar um processo democrático, lastreado na igualdade substancial⁸ que necessita da participação ativa do juiz, de modo que este não pode figurar apenas como mero espectador. Para Taruffo, ciente das críticas daqueles que defendem que o juiz com poderes instrutórios estaria ferindo o princípio ao dispositivo ou maculando a imparcialidade, esclarece que a prova advinda única e exclusivamente das partes não servirá como argumento válido para que se julgador alcance a verdade, vez que no processo adversarial as partes talvez não possuam realmente interesse que a verdade seja descoberta. Assim, para o referido doutrinador, os poderes instrutórios do magistrado contribuem para que ele possa, juntamente com a “verdade das partes”, alcançar a descoberta dos fatos. Esclarecedores são os ensinamentos de Taruffo:

De um modo mais geral, é lícito duvidar que um bom método para encontrar a verdade consista no choque entre dois sujeitos, nenhum dos quais tem realmente interesse em que essa seja descoberta. A ideia expressa na exposição de motivos do código, segundo a qual cada parte faria emergir com as suas provas um aspecto da verdade, de modo que o juiz não restaria que combinar a “verdade das partes” para descobrir a real verdade dos fatos [...] Portanto, um processo em que a formulação de uma decisão verdadeira constitua uma finalidade fundamental não pode fundar-se apenas na atividade probatória das partes, qualquer que seja o modo como configurada, e muito menos pode fundar-se sobre o monopólio exclusivo das partes com respeito aos meios de prova.⁹

⁷ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no 'leito de procusto'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.235, set. 2014, p. 89-90.

⁸ Sobre a igualdade substancial, ou seja, não meramente formal/estático vale destacar os ensinamentos de Abreu: “*Em seu perfil estático, a igualdade pressupõe condutas passivas do juiz na garantia da simetria das posições das partes no processo. Porém, o desenvolvimento da noção de igualdade (na perspectiva macro) demonstra, inequivocamente, que essa não pode se confundir com identidade, e isso também se aplica à perspectiva micro, ora enfrentada. Não basta, pois, uma perspectiva estática da igualdade processual, se as disparidades no que diz respeito às oportunidades de desempenhar o contraditório de forma plena resultarem na criação de obstáculos para as partes tutelarem seus direitos. [...] Faz-se necessário, portanto, compreender a igualdade em seu perfil dinâmico, o que pressupõe a superação da generalidade, da abstração e da carência de conteúdo valorativo que estão por detrás da concepção estática e sua compreensão a processuais equilibradas e unidade do direito a partir de outras balizas.*” (ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 193.).

⁹ TARUFFO, Michele. A prova no processo civil contemporâneo. Tradução de José Maria Rosa Tesheiner. In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. 141-142.

Frente tais argumentos, e para compreender o motivo pelo qual o julgador com poderes instrutórios se faz necessário, inegável o questionamento sobre a verdade no processo. Para autores como Beltran, o processo judicial cumpre um papel na sociedade e por tal motivo precisa ser efetivo.¹⁰ Nesse sentido, a prova tem como função comprovar a produção dos fatos condicionantes ao que o direito vincula. Assim, há êxito quando as proposições sobre os fatos que se declaram provadas são verdadeiras. A averiguação da verdade é o objetivo fundamental da atividade probatória no processo judicial. Assim, importante o esclarecimento sobre algumas características do que se compreende verdade no processo civil contemporâneo e sua relação com o sistema probatório.

2.1 A relação entre prova e verdade e a (des)necessidade desta para efetivação de um processo justo.

Para que seja possível estabelecer uma relação entre a verdade e a prova, se limita em analisar dois elos, são eles: Forma conceitual e forma teleológica.¹¹ A forma conceitual se sustenta na ideia de que a verdade de um fato/situação é condição necessária, mas não suficiente, para que se possa decidir que este fato/situação está provado. Esta tese está vinculada ao conceito de prova e se sustenta na ideia de que se uma proposição (fato/situação) está provado é verdadeira(o) e existem elementos de juízo suficientes a seu favor. Ou seja, o pensamento nesta concepção é de que se há prova há verdade, trazendo a ideia de que somente questões verdadeiras o agente

¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferre. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p.30.

¹¹ *A teleologia é um tema que remonta à filosofia grega. Na física, procura compreender os seres vivos a partir de um princípio de auto-organização, semelhante ao que ocorre na produção de artefatos pelo homem. Quando vemos um barco, por exemplo, vemos o produto da arte humana-técnica, na qual a causa eficiente do barco é o artesão que o fez; a causa material, a madeira; a causa formal, a ideia do barco presente na mente do executor e a causa final é servir para navegar. Nos produtos da técnica podemos facilmente identificar as diferentes causas e perceber que elas são distintas; não há qualquer semelhança entre a madeira do barco e o homem que o constrói. Nos produtos da natureza, contudo, torna-se mais complexa esta distinção, porque nos organismos vivos não há um produtor com um princípio intencional do que irá produzir, assim como não há diferença entre o produtor e o material no qual ele trabalha, ao contrário dos produtos de arte. Neste sentido, os organismos vivos revelam que a causa final é a causa primeira, em que a finalidade do ser vivo é manter a própria vida e a espécie a qual ele pertence.* (SILVA, Márcia Zebina Araújo da. Teleologia circular: a centralidade da vida em Hegel. **Revista Eletrônica Estudos Hegelianos**. Ano 7, nº 12, Janeiro - 2010: 78-79).

processual pode provar. Frente a tal linearidade e impositividade do referido conceito, a forma conceitual de prova está em franca decadência.¹²

O segundo elo entre a prova e a verdade diz respeito a relação teleológica, de modo que não se atribui a verdade nenhum papel definitivo da prova, mas a considera como objetivo final da atividade probatória. Assim, a atividade probatória é alcançar o conhecimento da verdade no tocante aos fatos ocorridos e cuja descrição se converterá na premissa do raciocínio decisório.¹³ Lastreado na ideia de prova e verdade como uma relação teleológica, a verdade processual se desvela como o resultado daquilo que o juiz obteve a partir do contraste entre a verdade histórica e as versões trazidas pelas partes. Ou seja, o “conhecimento da verdade histórica é, pois, um ingrediente que se coloca em um contexto maior, a saber, o da formação do convencimento jurisdicional.”¹⁴

A aproximação entre prova e verdade é uma tentativa de traduzir o ideal de justiça presente na atividade instrutória desenvolvida no debate processual, sendo a verdade como pressuposto ético do processo justo. Assim, existe a necessidade de uma relação teleológica entre a prova e a verdade. Para Reichelt e Porto, é preciso que exista compromisso dos agentes processuais, principalmente o magistrado na instrução do processo com o objetivo de compreender a verdade através da investigação desenvolvida, eis que “[...] traz à tona a necessidade de aferição do grau de intensidade do compromisso da atividade de instrução com o objetivo de compreensão da verdade através da investigação desenvolvida nos autos.”¹⁵

Ainda que o conhecimento da verdade histórica através da investigação se dê em menor intensidade, é de se considerar sua importância, pois a noção de verdade serve como um valor-limite e contribui para que se entenda o procedimento como forma de construção da conclusão, demonstrando o papel da prova como um elemento necessário para a decisão justa, elemento presente na ideia de processo constitucional previsto no atual Código de Processo Civil.¹⁶ É frente a tal raciocínio, e pautando-se pela

¹² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad e el derecho**. 2ª ed Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 55.

¹³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad e el derecho**. 2ª ed Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 56.

¹⁴ REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p. 155.

¹⁵ REICHELDT, Luis Alberto. Porto, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Vol. 18, n.1, Jan/Abr. 2017. p. 305.

¹⁶ REICHELDT, Luis Alberto. Porto, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Vol. 18, n.1, Jan/Abr. 2017. p. 307.

noção de que a prova é mecanismo que pode legitimar a convicção do juiz, bem como tem por característica aproximar o julgador da verdade, buscando reconstituir os fatos passados, para que se tenha uma decisão justa e harmônica com o ideal de processo que visa no atual CPC, reitera-se o já comentado no capítulo anterior, qual seja, que o processo contemporâneo não aceita mais um julgador que se mantém inerte. Para que a prova se constitua como esforço argumentativo, é dever do julgador ser ativo, colaborar e agir como em prol de uma ordem jurídica justa.

3. SERIA O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ UMA FACULDADE OU DEVER-PODER?

O art. 370 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre os poderes instrutórios do juiz no sistema probatório, traz em seu texto que “*cabera ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*”. Frente ao dispositivo legal, é possível questionar se tal poder se trata de uma faculdade ou um dever-poder do magistrado, visto que sua legitimidade e importância são inerentes ao processo civil contemporâneo, face a necessidade da busca, por meio das provas, da verdade para o ideal de processo justo.

Ante o questionamento, para Autores como Picoli Gagno, por exemplo, não é crível afirmar que a atividade instrutória, que é capaz de permitir a obtenção de maior e melhor conhecimento da lide pelo juiz, seja mera faculdade, defendendo que a atividade instrutória é um dever do magistrado, vez que aproxima o juiz da realidade fática, além de ser ferramenta que permite a satisfação do direito fundamental ao acesso a justiça.¹⁷

¹⁸. Neste sentido defende do referido Autor:

¹⁷ GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.147, jun. 2015. p. 59.

¹⁸ Sem a pretensão de adentrar de forma prolixa no tema, mas no tocante ao acesso à justiça, vale mencionar a doutrina de Cappelletti e Garth que dispõem sobre as três ondas que possibilitaram tal acesso. Os Autores esclareceram que no tocante ao desenvolvimento do processo para com o acesso à justiça, este se desvela em ondas. A primeira onda diz respeito às custas do processo e a necessidade que existam meios que possibilitem as classes mais pobres a atuarem como partes de uma demanda judicial. A segunda onda que rompeu paradigmas no tocante ao acesso à justiça, diz respeito a defesa dos direitos difusos e coletivos, que no Brasil viu-se protegido com o advento de legislações que preveem a possibilidade da defesa de tais direitos, como é o caso da Ação Popular, da Ação Civil Pública e do Mandado de Segurança Coletivo. Por fim, a terceira onda para vencer obstáculos ligados ao acesso à justiça diz respeito a (des)burocratização e constituição de um sistema jurídico e procedimental mais humano, que se desvela como os meios alternativos de resolução de conflitos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.p.31.

Se o juiz tem o poder/dever de julgar, nada mais natural que tenha, também, o poder/dever de determinar os esclarecimentos fáticos que basearão o seu labor jurisdicional, evitando-se assim, que se perpetue uma injustiça. Se uma decisão justa depende de um juízo probatório o mais próximo possível da realidade, sendo esta decisão justa um interesse do Estado e, portanto, um dever, o juiz deve ser o grande interessado no regular conhecimento dos fatos. É inaceitável que o Estado possa disponibilizar um instrumento que tem por escopo a proteção de direitos e a realização de justiça, para servir a interesses privados ou qualquer resultado.¹⁹

Inobstante o ora mencionado, e se levando em consideração que o “caberá ao juiz” mencionado no *caput* do 370 do CPC/15 se trata de um poder-dever do julgador, seria possível afirmar que seriam nulas as decisões que julgam a demanda improcedente por falta de provas? Seria possível afirmar que o juiz que se mantém indiferente no processo, de modo a não fomentar a produção de provas quando estas são de suma importância para o julgamento da lide, deixa de prestar a jurisdição? Fere normas fundamentais do processo, como a colaboração para o alcance de decisão de mérito justa e efetiva?

Todavia, defender que a atividade instrutória do juiz é mera faculdade, também gera celeumas processuais que precisam ser enfrentados, principalmente porque remete ao juiz que figura como mero fiscal do processo, e não como agente ativo deste, causando verdadeira digressão com os atuais institutos processuais e do *animus* de que tenhamos um processo justo, democrático e colaborativo, conforme já diversas vezes mencionado nesta pesquisa. A produção de provas de ofício como mera faculdade permite que o magistrado julgue sem que se opere uma cognição exauriente o que pode, em determinados casos, ferir a ideia de processo justo.

Assim, a faculdade ou dever-poder é matéria em constante debate, todavia, independentemente de como tal atividade será recepcionada, é certo que será necessário impor limitações, ou determinar diretrizes para tal atividade.

3.1 Existem Limitações ao Poder Instrutório Do Juiz?

Existe grande discussão em torno do poder instrutório do juiz no que diz respeito aos limites deste, bem como quanto a possibilidade de tal atividade expressar

¹⁹ GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.147, jun. 2015. p. 60.

verdadeira discricionariedade por parte do magistrado. Já não é de hoje que pairam dúvidas no tocante a determinadas “liberdades” do magistrado em matéria probatória – e aqui não se pretende confundir discricionariedade com arbitrariedade – que circundam não apenas o positivado sobre poder instrutório, mas também sobre livre apreciação da prova. Críticos do solipsismo jurídico como Streck defendem a ideia de que a liberdade do magistrado coaduna com sua subjetividade, com decisões lastreadas na consciência do julgador, causando verdadeiro celeuma processual, vez que se abandona o positivado e transforma o direito naquilo que os tribunais dizem que ele é, conforme a consciência daquele que julga. Ante tais disposições argumenta o referido Autor:

O CPC apenas passou a lhe exigir responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar. Todos temos pré-compreensões. Mas isso não significa que somos reféns delas. E, como fica claro em *verdade e consenso*, pré-compreensão (*vorverständnis*) não é igual a preconceitos no sentido vulgar. O que o legislador do novo CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores. E o que é “direito”? Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF).²⁰

Diferentemente da crítica ora mencionada, para Bedaque não é compatível com a natureza dos poderes instrutórios do juiz a ideia de que ele tem poder discricionário para determinar a realização de prova. O referido Autor esclarece que, ainda que existam termos abertos, a interpretação do magistrado não pode ser confundida com a ideia de discricionariedade, vez que ao interpretar o julgador se baseia em regras e não em conveniência e oportunidade. Assim, importante diferenciar uma maior liberdade de interpretação, lastreada na fundamentação, da discricionariedade. Neste sentido Bedaque:

Afasta-se, de plano, a ideia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova. Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões de “contornos semânticos flexíveis”, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra. Sempre que este fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade. Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos,

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC e o Hermeneutic Turn do direito brasileiro - Condições e possibilidades. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 90, abr./jun. 2015. p. 360.

pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, e a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa como poder discricionário atribuído ao juiz.²¹

Afastando a ideia de que a atividade instrutória não se configura discricionariedade, vez que o juiz ao interpretar e intervir na demanda o faz baseado em regramentos, disserta Reichelt:

A correta compreensão do alcance do comando acima referido impõe reconhecer, antes de tudo, que a atuação jurisdicional em sede de instrução processual de forma alguma pode ser tida como discricionária. Não se deve confundir discricionariedade com margem de interpretação: ao juiz não se dá, em tais comandos, a possibilidade de decidir exclusivamente com base no binômio conveniência/oportunidade; ao contrário, o que há é uma situação na qual o julgador está sujeito a um regramento jurídico que predetermina as hipóteses nas quais é permitida a sua intervenção e, ao mesmo tempo, estabelece as consequências que a ela vem associadas. O problema a ser enfrentado, em verdade, é o da determinação do significado da linguagem empregada em tais hipóteses e consequências, que, não raro, acaba sendo definido à luz dos fatores presentes no caso concreto.²²

Além da discussão no tocante a possível discricionariedade existente na atividade instrutória, há também a problemática que gira em torno da (im)parcialidade do magistrado ao produzir provas. Tal problemática se traduz quando se faz o *link* entre a imparcialidade e passividade do magistrado dentro do sistema probatório. Se para ser imparcial o julgador necessita não ser ativo, ou seja, ser mero espectador daquilo que as partes lhe trazem – figurando como aquele juiz (neo)liberal que Taruffo tanto refuta – a previsão de que este tenha poderes instrutório é permissivo para imparcialidade. Todavia, a suposta imparcialidade acaba sendo afastada quando se compreende que em sua atividade o juiz não está buscando provar o fato alegado pela parte, mas sim conhecê-lo, buscar o melhor resultado para os jurisdicionados, fazer com que o vença aquele que tem razão.²³ Assim, esclarece Picoli Gagno:

Não há como se falar em prejuízo à imparcialidade, decorrente da atividade instrutória judicial, uma vez que ao determinar a produção de uma prova, ainda que o juiz esteja agindo sob impulsos reprováveis, não há como se saber a quem a prova beneficiará e, diga-se mais, ainda que fosse possível saber, não poderia o magistrado ignorá-la, pois do contrário, ele poderia prejudicar uma parte detentora do direito, em total dissonância com a função

²¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158-159.

²² REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p.332.

²³ GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.147, jun. 2015. p. 60.

jurisdicional da qual está imbuído; neste caso, aí sim o magistrado estaria sendo parcial, por beneficiar uma parte desprovida de razão, já que, dar a quem o que de direito não é ser parcial, mas sim justo.²⁴

Neste mesmo sentido, Theodoro Júnior elucida que o magistrado enquanto determina a produção dos elementos probatórios não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio.²⁵ Mesmo que refutados os argumentos de que a atividade instrutória do magistrado, principalmente voltada para o sistema probatório, seria discricionária e afrontaria a ideia de juiz parcial, necessário elencar alguns princípios que limitam a atividade instrutória do Juiz, são eles: a) elementos objetivos da demanda (princípio da correlação e da adstrição) e o respeito ao pedido, causa de pedir e aos fatos submetidos ao contraditório; b) dados obtidos no processo; c) respeito a atividade probatória oficial, submissão ao contraditório e fundamentação que tem como objetivo afastar o autoritarismo e assegurar o devido processo legal.²⁶

4. ANÁLISE DO ART. 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já esclarecido nos capítulos e subcapítulos desta pesquisa, acredita-se que a positivação de um juiz mais ativo e participativo, que fomenta o debate, não significa que o legislador buscou promover discricionariedades, abusos, tampouco testar a imparcialidade do magistrado, vez que ao determinar provas de ofício o julgador assim o faz em estrito cumprimento a legislação que norteia o processo, na busca de um julgamento justo em que os fatos fiquem evidenciados em que se respeita a repartição de tarefas entre os agentes processuais.

O magistrado não age para beneficiar uma das partes, tampouco pode extrapolar os limites da demanda ao determinar provas necessárias. Todavia, para críticos como Renault Godinho e adeptos ao raciocínio de que o ativo pode ser considerado abusivo, os poderes instrutórios do juiz na produção de prova não permitem

²⁴ GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.147, jun. 2015. p.62.

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, nov. 2009. p.77.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

controle das partes, principalmente pelo fato de que a iniciativa instrutória é exercida como atividade discricionária. Para o referido Autor “[...] a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual.”²⁷

Percebe-se que o referido autor volta sua preocupação para a ideia de que não pode o juiz utilizar seu poder de produzir provas para que o processo se acomode ao seu (pre)conceito e decisão já estabelecida, de modo a “[...] confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu [...]”.²⁸ Acredita-se, que este, de fato, nunca foi a pretensão do legislador, de modo que o referido permissivo legal não serve como chave mestra para condução probatória do processo pelo juiz de forma indiscriminada ou como massa de manobra para que o magistrado empregue suas pré-compreensões, seus vieses sem respeitar os limites da demanda e demais princípios limitadores, como aqueles elencados por Bedaque nesta pesquisa. Ousa-se dizer que a pretensão do legislador ao permitir que o juiz agisse de ofício na produção probatória ultrapassa o mero interesse das partes, atingindo, com isso interesse público,²⁹ e respeito as normas fundamentais do processo.

O Parágrafo único do art.370 dispõe que: “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”. da análise deste dispositivo traz a ideia de que pode o juiz, levando em consideração princípios como a razoável duração do processo, afastar diligência que não tem o condão de influenciar sua decisão ou que apenas irão atrasar a demanda, ou seja, meramente protelatórias. Entende-se, contudo, que no atual sistema processual, ao indeferir a produção de determinada prova consubstanciada no referido parágrafo, deve o magistrado dar ciência de sua decisão para as partes, para fins de que elas possam exercer o direito ao contraditório pleno, além de ser tal atitude expressão de do princípio – ou modelo? – de colaboração processual, que se traduz em corolário da boa-fé.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁷ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no 'leito de procusto'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.235, set. 2014, p. 108.

²⁸ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no 'leito de procusto'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.235, set. 2014, p. 115.

²⁹ REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p. 331.

A mutabilidade das tendências que norteiam a sociedade faz com que as normas que determinam o comportamento humano não sejam estanques, ou seja, se amoldem conforme o contexto social que se encontra. Nessa ótica, percebe-se que as mudanças legislativas, bem como as mudanças jurisprudenciais, haja vista estas se desvelarem como norteador de comportamento no âmbito processual; estão carregadas de carga cultural para que se consiga refletir a força normativa que desejam. No tocante a atuação do juiz no processo não poderia ser diferente, de modo que este passou a ter poderes instrutórios, inclusive no tocante a matéria probatória.

Defende-se, aqui, que os poderes instrutórios do magistrado, na busca pela efetivação de um processo justo quando da descoberta da verdade, coadunam com o modelo de Estado Democrático de Direito e seu poder transformador. Afastando tal possibilidade, estar-se-ia fomentando o julgador passivo e inerte, sendo que a referida inércia do Juiz-Estado demonstra verdadeiro retrocesso, de modo que vemos um Estado (neo)liberal, mínimo e despreocupado com a implementação de obrigações oriundas da pós-modernidade, mascarando-se de Estado Democrático de Direito.³⁰

Conforme afirmando na presente pesquisa, os poderes instrutórios do magistrado no processo civil são produto da evolução processual que hoje está mais voltada para um viés publicista/ativista do que privatista/garantista. Assim, não é crível que o magistrado seja mero espectador, deve ele agir como agente processual, como aquele que, lastreado pela legislação e demais limitadores, busque o esclarecimento dos fatos da forma que mais se aproxime da realidade para fins de se concretizar decisão justa e efetiva.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁰ É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014. p.84-85

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BELTRÁN, Jordi Ferre. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n.147, p. 54-74, jun. 2015.
- GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no 'leito de procusto'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n. 235, p.85-117, set. 2014.
- JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, p.140-150, jan-mar. 1985.
- PILATI, J. I. A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. **Sequência (UFSC)**, v. 32, p. 305/314, 2011.
- REICHELT, Luis Alberto. Porto, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Vol. 18, n.1, p. 302-324, Jan/Abr. 2017.
- REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SILVA, Márcia Zebina Araújo da. Teleologia circular: a centralidade da vida em Hegel. **Revista Eletrônica Estudos Hegelianos**. Ano 7, nº12, Janeiro - 2010: 78-79.
- STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC e o Hermeneutic Turn do direito brasileiro - Condições e possibilidades. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v.23, n.90, p. 355-372, abr./jun. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.
- TARUFFO, Michele. A prova no processo civil contemporâneo. Tradução de José Maria Rosa Tesheiner. In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009.

RECEBIDO EM: 21/02/2018.

APROVADO EM: 10/04/2018.