

A postura do juiz no processo civil brasileiro

The attitude of the judge in Brazilian Civil Process

Fernanda Caminha de Moraes

Advogada, especializanda em processo civil.

Resumo

Breve estudo, realizado por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, acerca da atividade do magistrado na esfera cível, salientando o emprego de iniciativa instrutória oficial, inferindo a necessidade de um procedimento mais atuante do órgão julgador, tendo em vista seu papel preponderante durante o desenvolvimento do processo, objetivando atender de maneira mais eficiente os ditames constitucionais referentes ao processo.

Palavras-chave: *Efetividade do processo. Princípios constitucionais. Poder jurisdicional. Imparcialidade; instrução probatória. Realização da justiça.*

Abstract

Abbreviation study, accomplished through research in doctrine and decisions of the tribunals, concerning the activity of the magistrate in the civil sphere, pointing out the employment of initiative official probatory, inferring the need of a procedure more active of the judging organ, tends in your view preponderant paper during the development of the process, aiming at to assist in a more efficient way the referring constitutional precepts to the process.

Keywords: *The process effectiveness. Constitutional principles. Judicial department. Impartiality. Probative finding of facts. Access to Justice.*

Introdução

A imagem concebida, tradicionalmente, para o órgão jurisdicional, dentro da esfera do processo civil, pressupunha uma neutralidade tão absoluta que resultava em um juiz inacessível às partes e, o que é mais grave, provocava, pelo receio de se tornar parcial, a inércia do magistrado, que no processo deve desenvolver papel predominante.

Em nome da manutenção de um nível máximo de imparcialidade, o juiz se recolhe ao seu gabinete, restringindo seu contato com as partes e não se envolvendo ativamente na realização dos atos processuais, a não ser aqueles enumerados pelo artigo 162 do Código de Processo Civil, que são de seu âmbito privativo, possuindo conteúdo decisório próprio como as decisões interlocutórias e sentenças ou se destinando a meramente impulsionar a marcha processual, como os despachos.

O bom juiz, nesta visão tradicional, é aquele neutro, distanciado da relação processual e excessivamente passivo, apenas absorvendo e analisando os efeitos produzidos, direta ou indiretamente, pelos atos processuais desenvolvidos pelos litigantes.

Há muito a doutrina assevera que este modelo de juiz está ultrapassado e deve ser substituído como forma de aprimorar a prestação da atividade jurisdicional, especialmente objetivando torná-la mais célere, eficiente e com o maior grau possível de realização de justiça, diminuindo o descrédito manifestado pelo jurisdicionado, primeiro destinatário da jurisdição.

A legislação processual e a própria Constituição apontam caminhos a serem trilhados como forma de solucionar o problema da morosidade e da insatisfação provocada pela atuação jurisdicional, que é desenvolvida aquém das expectativas da população em geral.

Estes dispositivos legais, renovadores da postura a ser apresentada pelo juiz durante o desenvolvimento do processo, devem, cada vez mais, ser postos em prática, como forma de corrigir erros, que de tão reproduzidos, já se encontram institucionalizados dentro da praxe processual.

Dentro de uma perspectiva constitucional moderna, não se pode olvidar que o juiz, como órgão competente para desempenhar uma das mais importantes funções públicas – a atividade de dizer o direito no caso concreto - deve estar mais comprometido com os objetivos de democratização e legitimação da atividade jurisdicional, que inclui amplo acesso à justiça, maior nível de informação aos jurisdicionados, e, principalmente, deve se empenhar, com verdadeiro comprometimento, à busca do maior esclarecimento possível das questões que lhe são postas para julgamento.

Esta diligência em esclarecer as dúvidas que pairam sobre os pedidos e contrapedidos que lhe são apresentados, deve, inevitavelmente, traduzir-se em atitudes concretas que visam a uma maior aproximação com a realidade dos fatos.

Quanto maior for a certeza no espírito do juiz de como deve se dar a solução do conflito, um maior nível de segurança revestirá sua decisão, e, conseqüentemente, esta se encontrará mais próxima da justiça.

Juiz atuante no processo não é, necessariamente, juiz parcial. Parcialidade, como se verá, traduz-se no conhecimento prévio dos fatos fundamentadores da proteção pleiteada, ou na ligação subjetiva com uma das partes, ou ainda, na existência de interesse sobre a causa. O receio de ser parcial não deve obstar a atuação judicial pela verdade dos fatos.

Consubstancia-se, a partir desta perspectiva, uma nova imagem do bom julgador. O juiz deve estar acessível às partes, próximo aos anseios da comunidade, e, principalmente, não deve temer utilizar as ferramentas que lhe são fornecidas pelos dispositivos legais, nem, muito menos, deixar de aplicar princípios constitucionais e todas as garantias que deles advêm, por força de normas infraconstitucionais anacrônicas e incompatíveis com estes preceitos.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 125, deixa claro o poder-dever de direção do processo que é atribuído ao juiz, não podendo se eximir, legitimamente, desta relevante participação, sob pena de provocar o distanciamento entre a solução dada ao conflito e o ideal de justiça.

Dentro deste raciocínio, que sobreleva o interesse estatal da busca da justiça na solução dos conflitos intersubjetivos que são apresentados ao juiz, tem-se por imperiosa a efetiva utilização dos

poderes instrutórios pelo magistrado, quando este ainda não alcançou a convicção necessária a fundamentar a decisão que porá termo à lide.

A busca pela verdade, concernente ao que foi pleiteado e contestado durante o processo, deve ser uma preocupação do juiz, e está limitada apenas aos contornos que delimitam a qualidade da prestação jurisdicional – celeridade e eficiência – na medida que, mesmo que se persista a dúvida, o juiz não está autorizado, baseando-se nela, a deixar de proferir decisão.

O objetivo desta breve abordagem é tentar decifrar a postura que o juiz deve apresentar no processo, principalmente, no que diz respeito à possibilidade de ter iniciativa na produção de provas que se mostrem necessárias para respaldar as decisões que obrigatoriamente devem ser tomadas no processo.

1 Princípios que Informam a Atividade do Juiz

Dentre os diversos princípios que estão voltados a orientar o magistrado para melhor e mais legitimamente desenvolver sua função, alguns se mostram mais pertinentes para auxiliar o entendimento da necessidade de uma postura mais atuante do juiz.

Inicialmente, a partir da realidade experimentada dentro de um estado democrático de direito, cujas atividades devem estar pautadas pelos enunciados normativos, elaborados pelos representantes da soberania popular, mostra-se oportuno buscar o exame das particularidades apresentadas ao juiz, decorrentes da aplicação do princípio da legalidade, segundo o qual todos os atos judiciais devem estar baseados em lei.

Este princípio, na verdade, acaba por configurar-se em uma poderosa garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal, na medida em que a forma, com que o processo deve se desenvolver, já se encontra previamente determinada. O juiz fica assim impossibilitado de, por seu livre entendimento, modificar as regras preestabelecidas, inovando onde não lhe é permitido, com o intuito de, por vezes, beneficiar determinada parte.

Ao litigante, por este preceito, oferta-se uma justa expectativa quanto ao desenrolar dos atos processuais necessários para a formulação da sentença, já que, quanto a esta, não é juridicamente possível a obtenção de segurança alguma de que estará de acordo com o pedido formulado.

No entanto, esta fundamental garantia tende, facilmente, a deturpar-se para o formalismo exacerbado. A forma é importante na medida que

proporciona um mínimo de previsão quanto ao desenvolvimento legal do processo e repele atitudes arbitrárias, porém não pode se transformar em mais um obstáculo para a devida prestação jurisdicional.

Figura-se essencial ao juiz estar atento a este desvio de finalidade da forma dos atos processuais, principalmente no momento de reconhecer uma nulidade, quando, então, o critério da existência de efetivo prejuízo deve prevalecer no julgamento do magistrado.

Outrossim, quando da ocasião de tomar uma decisão dentro do processo, o juiz se depara com o problema de escolher entre a melhor interpretação possível da lei. Isto se dá devido à natureza do preceito normativo, que sendo abstrato e geral deve agora ser aplicado na regulamentação de um caso específico e concreto.

Da mesma forma, como as previsões abstratas oferecidas pela norma não abrangem todos os acontecimentos fáticos possíveis, o juiz pode se defrontar com uma lacuna na legislação, devendo, nestes casos, utilizar os meios de integração normativa como forma de melhor solucionar o conflito apresentado.

Outra questão a ser enfrentada é a de que as leis nem sempre estão afinadas com as necessidades processuais, muitas vezes, em vez de proporcionarem uma rápida e mais justa solução do conflito, as normas podem causar empecilhos para a melhor prestação jurisdicional.

Como forma de solucionar possíveis conflitos entre a previsão legal e o interesse jurídico de um rápido e eficaz desfecho do litígio, o juiz, que se encontra mais próximo à complexidade do fenômeno processual do que o legislador ordinário, deve buscar fundamento na Constituição, cuja aplicação deve ser uma de suas maiores preocupações, para afastar estas normas inconciliáveis. É a partir da Carta Magna que o juiz encontrará subsídios para remover obstáculos legais à tempestiva e efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Outro gravame para a realização de uma correta aplicação da lei é a enorme quantidade de material legislativo que é despejado no ordenamento jurídico, restando para o magistrado o problema de compatibilização com as normas já existentes e, especialmente, com os ditames constitucionais. Neste ponto as partes podem colaborar com a função jurisdicional, informando, desde logo, a legislação específica pertinente à questão controvertida, já que seria sobre-humano exigir de um juiz o conhecimento de todas as leis existentes.

Pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição o juiz se vê obrigado a manifestar pronunciamento sobre a questão que lhe é apresentada. Para tanto, o magistrado deverá fundamentar sua decisão,

procurando todos os meios legítimos de alcançar o maior esclarecimento possível quanto aos fatos alegados.

Somente na impossibilidade de se obter a certeza almejada, quando se encontrarem esgotadas as diligências probatórias cabíveis, deve-se aplicar critérios legais, como as regras atinentes ao ônus probatório, indicadoras da parte a quem deve ser atribuídos os efeitos da não produção da prova, para orientar sua decisão, já que a dúvida não justifica a ausência da manifestação judicial.

Este princípio está diretamente relacionado com a inafastabilidade do controle jurisdicional, que por sua vez decorre da proibição de autodefesa de direitos, fazendo com que o Estado assuma a obrigação de prestar a tutela necessária para a preservação dos interesses intersubjetivos.

Neste contexto, cabe ressaltar que, a tutela jurisdicional, cuja prestação o estado se comprometeu a realizar, deve estar revestida de certas características que determinam sua qualidade. A simples existência de um órgão e a previsão de um procedimento específico não garantem a proteção requerida pelo indivíduo detentor de direitos.

Assim, o acesso a esta tutela deve ser amplo, para que todos aqueles que tiverem direitos ameaçados ou efetivamente lesionados possam ter a quem recorrer; além disto, a atividade jurisdicional deve ser prestada em tempo hábil para que este direito, pela simples demora na concessão da proteção, não pereça objetivamente; por fim, e fundamentalmente, a prestação desta tutela deve estar mais próxima possível da noção de justiça.

O não atendimento destes requisitos qualificadores da tutela jurisdicional equivaleria à negação da prestação jurisdicional, o que, para o jurisdicionado, seria o mesmo que dizer que as leis que lhe atribuem direitos são como letra morta, já que, diante da ameaça ou lesão destes, nada se poderia fazer e a injustiça de qualquer forma se estabeleceria.

O juiz, diante destas considerações, deve adotar uma postura de total repulsa aos atos da parte que, manifestamente, tiverem por finalidade a eternização do conflito como forma de fugir do cumprimento de obrigações. Da mesma forma, deve zelar para que o desenvolvimento do processo se dê de forma rápida, pressionando todos aqueles que estiverem envolvidos na produção dos atos processuais. E mais, deve valer-se de posição investigatória ativa, não se conformando com aquela dúvida que o impede de por término ao conflito.

No entanto o poder de procurar esclarecer os fatos no processo está limitado ao princípio da iniciativa das partes, no sentido de que o juiz, durante suas investigações, está adstrito ao pedido feito pelos

demandantes, não podendo ir além do que está sendo, efetivamente, discutido no processo.

Há, contudo, algumas possibilidades de reconhecimento de ofício, por parte do juiz, de determinados direitos, ressaltando-se, ainda, a existência de certas presunções legais, que, manifestamente, são utilizadas no julgamento de um processo, e, da mesma forma, os fatos públicos e notórios, que podem ser validamente reconhecidos. Todavia, mesmo nestes casos, o magistrado deve ter o cuidado de ofertar oportunidade para que a parte prejudicada se manifeste em tempo hábil, garantindo, desta forma, um contínuo contraditório

Aliás, a observância de um real contraditório deve ser uma preocupação constante do juiz, que deverá atuar diligentemente no sentido de assegurá-lo, abrindo prazo suficiente para que as partes se manifestem a cada novo fato, prova ou argumento trazido ao processo, pois quanto maior o embate argumentativo entre as partes, maior será a produção de subsídios para decisão.

A realização de um contraditório autêntico importa em maior legitimação da decisão, já que esta terá que ser fundamentada no que foi alegado e discutido no processo, evidenciando uma participação mais efetiva das partes na formação do convencimento do juiz, e, por conseguinte, na elaboração da decisão.

Por último, tem-se o princípio da identidade física do juiz, que determina que, em regra, o mesmo magistrado que conclui a instrução deverá também proferir a sentença. A justificativa desta vinculação se encontra no processo de formação da convicção íntima do magistrado, posteriormente concretizada e devidamente justificada na sentença, tendo por matriz a contigüidade com as provas produzidas.

Um juiz alheio ao ocorrido durante a instrução do processo não terá a mesma firmeza de convencimento possuída pelo magistrado que presenciou a realização dos atos instrutórios, dos quais desponta, diretamente, a certeza que fundamentará a decisão.

2 Poderes e Deveres do Magistrado

Para o bom desempenho da função jurisdicional, ao juiz são atribuídos diversos poderes, aos quais correspondem outros tantos deveres, que em seu conjunto informam, ao magistrado, a maneira com que deve proceder durante o desenvolvimento do processo.

Numa classificação mais ampla, pode-se posicionar em dois grandes grupos as possibilidades de atuação do magistrado: o uso de poderes jurisdicionais e de poderes de polícia. A primeira divisão se refere às atribuições do magistrado como

elemento constitutivo da relação processual e a segunda reporta-se ao exercício de sua autoridade pública como forma de garantir a ordem das atividades que implementam a prestação jurisdicional.

O artigo 445 do Código de Processo Civil apresenta uma manifestação do poder de polícia consubstanciado na diligência do magistrado em impedir que as partes tumultuem a ordem dos trabalhos durante a audiência, inclusive com a possibilidade de requisitar, quando necessário, a força policial.

Dentre os poderes jurisdicionais pode-se destacar aqueles que se destinam a impulsionar o processo, denominados de poderes instrumentais, como os de recusa ou concessão de diligências; de nomeação de curador especial ao incapaz, ao réu preso e ao revel citado por edital ou com hora certa; e, ainda, os de iniciativa, como o de ordenar a citação de todos os litisconsortes necessários.

Ainda a respeito dos poderes instrumentais, toma relevo o poder de inspeção que inclui o reconhecimento de nulidades que podem ser declaradas de ofício e a verificação da existência dos requisitos da petição inicial, dando ao magistrado a possibilidade de impedir que lides inviáveis venham a ter tramitação.

Como elemento ativo da relação processual, incumbe ao magistrado a utilização mais efetiva de poderes instrutórios. Em geral, a instrução processual é uma atividade resultante da iniciativa das partes, já que as provas se destinam, *ab initio*, a comprovar os fatos que são alegados pelos litigantes. Deste modo, a utilidade dos meios probatórios para os demandantes é reforçar o seu argumento no pleito.

No entanto, uma vez que as provas têm como destino último a formação do convencimento do magistrado, nasce para o órgão jurisdicional o interesse de participar ativamente na produção de provas, inclusive com a atribuição de iniciativa de requerer, de ofício, a realização de diligências.

Este posicionamento mais incisivo quanto à produção de provas coaduna-se com o dever constitucional do Estado de prestar a devida tutela jurisdicional aos seus cidadãos, já que a possibilidade dada ao juiz de, por si só, procurar maiores esclarecimentos quanto à questão suscitada no processo, amplia a chance de a decisão proferida se aproximar da realização de justiça.

Relativamente aos poderes finais, pode-se dizer que estão relacionados aos provimentos derradeiros que delimitam qual dos interesses contrastados merece ser tutelado e em que medida se dará esta proteção, e, ainda, a satisfação direta e objetiva de direitos já reconhecidos judicial ou extrajudicialmente. Não se pode olvidar, que dentre estes poderes, inclui-se o pronto atendimento de tutelas emergenciais.

No entanto, os poderes processuais atribuídos ao magistrado não são absolutos podendo ser legalmente limitados, implicando na possível distinção entre poderes vinculados e poderes discricionários.

Desta forma, o magistrado se encontra adstrito a certas realidades presenciadas no processo, já que não pode se distanciar, por exemplo, de fatos alegados e validamente comprovados, nem, tampouco, considerar inexistentes fatos afirmados por ambas as partes. Contudo, o magistrado dispõe de poder discricionário para valorar livremente as provas produzidas, a não ser, quando excepcionalmente, a lei determina, previamente, o efeito a ser conferido a determinados fatos.

Cabe ressaltar, de maneira mais específica, o poder-dever de conduzir o processo previsto no artigo 125, "caput", do Código de Processo Civil. Devido a esta incumbência, o magistrado deve se preocupar com a regularidade dos atos processuais, velando para que o processo atinja seu término de maneira correta, célere e eficaz. Do dever supremo de bem conduzir o processo decorrem os demais.

Assim, ao magistrado compete reprimir qualquer ato atentatório à justiça, tentando evitar o conluio entre as partes, punindo a litigância de má fé e desestimulando a fraude a execução. Além disto, deve velar pela rápida solução do litígio, indeferindo a atividade probatória inútil e protelatória, cabendo, ainda, ao juiz o dever de respeitar os prazos.

Quanto ao dever de fundamentar as decisões, cabe ressaltar que atende a várias funções, como a de evitar o arbítrio, já que o juiz não pode decidir como bem pretender devendo dar a sentença uma aparência lógica. Ademais, a fundamentação serve como forma de informar às partes sobre o caminho percorrido para se chegar à decisão, confortando seu espírito, orientando pleitos futuros e auxiliando a feita e o julgamento do recurso cabível.

O juiz deve também se empenhar na tentativa de conciliação das partes, a fim de que elas próprias consigam chegar a um termo em comum. A harmonização dos interesses dos litigantes por meio da composição satisfaz ambas as partes e acaba se tornando um meio bastante eficaz de pacificação social.

Outro relevante dever do magistrado é o de assegurar a igualdade entre as partes, e, para tanto, a produção de provas de ofício, por parte do órgão jurisdicional, se presta para diminuir as diferenças econômicas entre as partes e a falta de uma efetiva representação por profissional qualificado, ocasionada por estas desigualdades. Não se pretende que o juiz passe a substituir o advogado, mas apenas utilize de seus poderes para amenizar uma realidade injusta onde os menos favorecidos não tem direito nem a

um pleito equilibrado, tendo em vista a falta de defensores públicos.

Muitas vezes, a contestação e a produção das provas não são realizadas da maneira correta, não porque a parte dispôs livremente do seu direito de contradizer as afirmações feitas pelo autor, mas simplesmente, por não ter tido condições reais para tanto. Nestes casos o juiz, utilizando seu poder instrutório, realizaria, objetivamente, o princípio da igualdade das partes, e garantiria, como consequência, um verdadeiro contraditório, base de legitimação das decisões judiciais.

Por fim, em nome da economia processual, o magistrado deve se declarar suspeito ou impedido, na primeira oportunidade que se apresentar no processo. Esta atitude evita a prática de atos, que, em tempo futuro, poderão ser declarados nulos, com a funesta conclusão de ter que se proceder à repetição de toda trajetória processual.

3 Os Pressupostos Processuais Referentes ao Magistrado e o Conteúdo da Imparcialidade do Órgão Julgador

Para que a relação processual se forme validamente torna-se necessário o preenchimento de vários requisitos. Em relação ao órgão jurisdicional, basicamente, são exigidos pressupostos de ordem objetiva e subjetiva.

Inicialmente quanto aos objetivos, e em respeito ao princípio da investidura, para o exercício da magistratura, torna-se necessário o ingresso na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, como preleciona o artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, legitimando o exercício da função jurisdicional.

Como uma das funções do Poder Judiciário é conferir proteção ao indivíduo contra os atos do governo, faz-se necessário resguardar a liberdade de decisão do órgão jurisdicional, evitando a influência negativa das pressões que possam advir dos Poderes Executivo e Legislativo. Para tanto, a investidura na função jurisdicional, confere ao magistrado uma série de garantias indispensáveis ao fiel desempenho de sua atividade.

Tem-se, assim, a garantia da inamovibilidade, que impede a remoção ou promoção do juiz de ofício, salvo por interesse público fundado pela decisão de dois terços do órgão competente; a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade, adquirida após o estágio probatório, impossibilitando a perda do cargo, a não ser por decisão judicial transitada em julgado.

Além de investido da função jurisdicional por meio de concurso público, com as devidas garantias inerentes ao livre desempenho do cargo, o juiz deve

ter competência para conhecer e decidir sobre a questão específica que lhe é apresentada. Esta regra configura mais uma garantia contra o exercício arbitrário do poder, e está prevista no artigo 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal, que juntamente com o inciso XXXVII do mesmo artigo, preconiza o princípio do juiz natural.

Esgotando-se os pressupostos objetivos, faz-se necessário examinar o requisito da imparcialidade do órgão julgador, que, por referir-se diretamente ao agente que exerce a função jurisdicional, é chamado de pressuposto subjetivo. Questiona-se se o juiz é subjetivamente capaz para exercer a magistratura.

A imparcialidade é um pressuposto processual adquirido por exclusão. Assim, para saber se o juiz está impedido ou suspeito, e portanto, não deve funcionar como órgão jurisdicional em determinado processo, deve-se investigar se estão presentes qualquer das hipóteses elencadas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

As causas de impedimento acarretam conseqüências mais graves, impedindo o exercício da função jurisdicional em determinados litígios e dando ensejo à nulidade do processo e ao cabimento de ação rescisória da sentença de mérito quando proferida por juiz impedido.

Já os casos de suspeição, devem ser argüidos na primeira oportunidade em que se tem o conhecimento do motivo causador da parcialidade, isto porque, as razões que indicam suspeição não afastam, automaticamente, a atividade judicial, nem justificam a propositura de ação rescisória, mas podem, desde que alegados tempestivamente no curso do processo, impedir o funcionamento do órgão jurisdicional.

As causas de parcialidade se referem, algumas vezes, ao conhecimento prévio do objeto do processo, e em outras ao relacionamento do magistrado com alguma das partes e seus representantes. Julgase, assim, que a proximidade do órgão jurisdicional com algum desses fatores possa interferir na decisão final a ser proferida.

Desse modo, é fácil perceber que a imparcialidade representa para o jurisdicionado a segurança de que, ao final da prestação jurisdicional, a decisão proferida esteja isenta de inclinação parcial.

Uma outra forma de garantir a imparcialidade do julgador encontrada pela legislação, foi a de vedar, para o magistrado, o exercício concomitante de qualquer outro cargo ou função, excetuando o magistério. Esta vedação presta-se também para impedir que o juiz coloque em segundo plano sua função jurisdicional para se dedicar a outra atividade.

O magistério não só é permitido como deve ser recomendado, como forma do juiz permanecer aberto para novas concepções e interpretações do

direito, além de incentivá-lo a obter, cada vez mais, novos conhecimentos.

Também como forma de manter a imparcialidade do órgão jurisdicional, impede-se que o juiz possa receber custas ou qualquer tipo de participação no resultado de um processo, além de proibir a dedicação à atividade político-partidária.

A tradição jurídica, desvirtuando o conteúdo da imparcialidade do órgão jurisdicional, sempre se predispôs a valorizar a posição do juiz neutro, que não interfere no processo, nem está disponível às partes, chamando-o de "juiz imparcial". Na realidade, o resultado de tamanha retidão, pode ser constatado na indiferença e inércia apresentada por grande parte da magistratura.

A moderna doutrina processual, preocupada em reformular a dinâmica do processo, visando um maior aproveitamento da atividade jurisdicional, no sentido de aproximação com os anseios de justiça, democratização, legitimação das decisões judiciais, rejeita, veementemente, a idéia do juiz inerte, despreocupado com o resultado social da tutela conferida.

O descrédito depositado pela população em geral no desempenho da função jurisdicional é uma ocorrência danosa não só ao Poder Judiciário especificamente, como contamina toda a noção de estado democrático de direito, pois, provocando a busca de efetivação de interesses sem a interferência estatal, afeta diretamente a legítima realização concreta do direito.

Muitos são os caminhos apontados para solucionar os problemas da morosidade e ineficácia das providências judiciais. Uma corrente enfoca a importância do papel do magistrado em transformar a realidade processual, cujas mazelas lhe são intimamente conhecidas.

Para corresponder a esta expectativa, o juiz conta com uma série de atributos, dentre os quais pode se destacar o poder instrutório, como instrumento fundamental para que o magistrado possa entrever alterações positivas no desenrolar do processo.

A iniciativa de requerer a realização de provas de ofício, inerente ao poder instrutório conferido ao magistrado, representa a possibilidade de alcançar uma visão mais ampla do objeto do processo, já que oferece ao juiz a liberdade de pesquisar para sanar dúvidas, contribuindo, de forma salutar, com o incremento do nível de justiça da decisão.

Apenas pelo fato de proporcionar decisões mais justas, a potencialização da utilização dos poderes instrutórios já se configuraria como passo relevante na busca da renovação do processo. Contudo, pode-se ainda enxergar benefícios quanto à realização do princípio da igualdade, na medida em que a

iniciativa instrutória compensa as diferenças objetivas entre as partes, que tanto prejudicam a efetiva realização do contraditório.

Objeta-se que a outorga de iniciativa probatória para o magistrado, e sua efetiva utilização, macularia a imparcialidade do julgador, que ao realizar a investigação dos fatos, e, posteriormente, ao proferir decisão, tenderia a beneficiar uma das partes envolvidas no litígio.

Ocorre, no entanto, que o poder de ter a iniciativa de requerer de ofício realização de provas não implica, necessariamente, em violação do pressuposto da imparcialidade do órgão jurisdicional, tendo em vista que seu emprego não favorece este ou aquele demandante, mas, ao invés, se presta a ambas as partes e a toda sociedade em geral, já que permite o fortalecimento da convicção do juiz e, conseqüentemente, a outorga de uma tutela mais justa.

Desta maneira, além de não representar parcialidade, a atitude do juiz de inquietude e busca de maiores fundamentos a sua decisão, coaduna com a orientação constitucional que requer a prestação de uma atividade jurisdicional efetiva, e responde à expectativa das partes de uma resposta adequada ao conflito.

4 A Utilidade da Prova e a quem se Destina

No ensino transmitido pelas faculdades de direito, um dos fatores apontados para diferenciar o processo penal e o processo civil, é o de que no primeiro o juiz deveria se preocupar com a busca da verdade real, traduzida na mais perfeita reprodução dos fatos que fundamentam a pretensão punitiva, e no segundo existia a possibilidade de se conformar com a verdade formal, aquela evidenciada nos autos, mas sem necessária equivalência com a realidade vivida.

A justificativa para a preocupação com uma mais efetiva investigação no processo penal se encontra no gravame que o seu resultado pode representar para a vida de um cidadão, a começar pela abertura de inquérito policial, peça que geralmente acompanha os autos, ensejando a produção da denúncia, e o recebimento desta, que já podem, por si só, causar sérios, e por vezes irreversíveis, danos à imagem do indiciado.

Deve-se levar em conta, principalmente, que o objeto final de um processo criminal é a constatação da ocorrência de um fato típico e a determinação de sua autoria, motivando a aplicação da pena que,

em geral, implica na supressão da liberdade do sentenciado. A possibilidade de restringir direito elevado à categoria de fundamental para o ser humano estabelece a necessidade de um rigoroso procedimento, cuja decisão final de forma alguma pode ser baseada em meias verdades ou somente indícios, daí se dar à oportunidade ao juiz de proferir sentença absolutória por falta de provas.

Desta maneira, pode se reconhecer facilmente, no âmbito penal, a necessidade e o benefício da prática da livre iniciativa judicial de produção de provas, já que quanto maior e mais abrangente a investigação processual, maiores são as chances de se atingir um julgamento justo, e menores são as possibilidades de ocorrência de erros judiciais que, na esfera penal, são ainda mais difíceis de serem indenizados devidamente.

Antes de examinar o processo civil, cabe ressaltar que verdade real é um conceito superado, visto que exprime uma verdade absoluta que dificilmente pode ser alcançada de forma efetiva. A reprodução de fatos ocorridos no passado é muito subjetiva e pode ser facilmente contaminada pela falibilidade humana e as variações e tendências psicológicas do investigador.

Assim, a verdade real deve ser traduzida, numa melhor interpretação, como a maior aproximação possível entre os autos e a realidade fática que deu origem ao processo, possibilitando, ao final deste, o alcance de uma decisão mais compatível com o valor de justiça.

Não obstante a utilização dos poderes instrutórios de ofício pelo órgão jurisdicional no processo penal ser menos polêmica, a efetiva prática de iniciativas investigatórias, também no processo civil, além de legalmente permitida, é altamente recomendável, já que, esta postura ativa em buscar o máximo de subsídios para proferir decisão, colabora significativamente, com o interesse estatal de prestar uma efetiva tutela jurisdicional

A verdadeira solução do conflito só ocorre, de maneira objetiva, mediante a exarcação de uma decisão justa, que para tanto, deverá estar baseada na reprodução mais aproximada dos reais acontecimentos. Pode-se assim, entrever, o papel primordial desempenhado pela prova no desenvolvimento e término do processo.

Segundo o ensinamento de Eduardo Cambi², o conceito de prova pode ser visualizado, em três dimensões: como atividade, representando a efetiva ação de produzir evidências que irão fundamentar

² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil, p. 48.

o pedido e a decisão judicial; como meio, referindo-se a todas as ferramentas, legalmente disponíveis, que podem ser utilizadas para conduzir a realidade fática para os autos processuais; e como resultado, refletindo o efeito produzido pelo meio probatório na convicção do juiz, que irá fundamentar a decisão.

Assim sendo, a produção da prova passa a representar a principal preocupação dos litigantes, já que será utilizada como forma eficaz de comprovar o que foi afirmado e contestado no processo, visando a garantir que, ao final do procedimento, sua demanda seja tida como digna de proteção.

Para o juiz, a quem cabe a deliberação final que deve, necessariamente, estar fundamentada no que foi discutido e devidamente corroborado durante a instrução processual, a prova conduz a reprodução, tanto quanto possível, da realidade fática fundamentadora dos pedidos requeridos pelos litigantes, possibilitando o estabelecimento da convicção necessária à deliberação.

Tendo o magistrado como destinatário, já que desempenha a função de formar o convencimento do juiz, possibilitando o pronunciamento de uma decisão, nada mais natural do que atribuir ao próprio julgador poderes para pesquisar, de ofício, os fatos dos quais dependem suas decisões, para que em seu íntimo se produza a certeza necessária para decidir.

A alegação de que no âmbito do processo civil prevalece o questionamento a respeito de direitos patrimoniais, e, conseqüentemente, disponíveis, não procede nem justifica a posição de inércia do julgador.

Persistindo dúvidas quanto à questão a ser dirimida, o magistrado não deve se conformar com a aparência do direito, pelo contrário, deve investigar, tanto quanto possível, para, desta forma, proferir decisão justa, única capaz de trazer, verdadeiramente, a pacificação do conflito na relação material.

A prova, depois de produzida e integrada ao processo, servirá para formar o convencimento do juiz e, igualmente, fortalecerá o nível de justiça da decisão, não importando, para tanto, se sua realização foi uma iniciativa judicial ou das partes.

A melhor verdade possível será, sempre, a melhor opção, afinal o que se busca, com a efetiva prestação da tutela jurisdicional, é a real solução do conflito intersubjetivo, revelada no alcance da justiça.

A dispensa de produção de provas só se justifica pela sua flagrante ineficácia, e em nome da celeridade processual. Portanto, apenas diante da absoluta impossibilidade de se obter provas úteis ao esclarecimento dos fatos, o magistrado deve se resignar com a decisão baseada na regra do ônus probatório.

5 O Interesse Estatal em Alcançar a Justiça

A relação processual começa a se estabelecer com o requerimento de uma das partes, que tendo interesse em obter o reconhecimento e a tutela de um direito, propõe ação e, durante o desenvolvimento desta, utiliza-se de todos os meios probatórios disponíveis legalmente, para justificar e convencer o magistrado que sua demanda é procedente.

Por sua vez, para aquele contra quem a tutela é requerida, surge o interesse de oferecer resistência às razões do demandante, impugnando seus argumentos com a apresentação de contraprovas, que terão por objetivo o alcance da tutela jurisdicional para o direito do qual se julga possuidor.

Até aqui, vê-se somente o interesse dos litigantes em participar ativamente do processo, podendo-se, desta forma, verificar o sentido encerrado pelo princípio da iniciativa das partes, consagrado pela regra prevista no artigo 128, do Código de Processo Civil, que estabelece os limites objetivos e subjetivos de julgamento.

Desta forma, pode-se verificar claramente uma das características da jurisdição, denominada inércia, segundo a qual a atividade jurisdicional é uma função desempenhada por provocação. O julgador não está autorizado, sem o devido requerimento dos interessados, a interferir num conflito intersubjetivo, a não ser, excepcionalmente, quando permitido por lei.

Assim, ao juiz só é permitido conhecer e dirimir o conflito quando e nos termos em que este lhe é apresentado, e sua decisão a respeito deste só terá efeitos para as partes que participaram do litígio, afora os efeitos naturais da sentença que eventualmente atingem terceiros que não participaram da relação processual, porém estão afetos à relação objetiva levada ao poder judiciário. Desta forma, não se permite ao magistrado verificar a existência de outras questões, a não ser aquelas que podem ser reconhecidas de ofício, sob pena de ferir a autonomia das partes e infringir a imparcialidade que lhe é exigida para julgar.

Deve-se, ainda, observar que a restrição, estabelecida pelo princípio da iniciativa das partes, não atinge somente o âmbito de julgamento, mas, igualmente, apresenta reflexo no poder instrutório do magistrado, a quem não é dada a possibilidade de investigar questões que não foram levantadas pelos demandantes.

No entanto, o processo não se restringe ao mero embate de pretensões dos particulares que estão envolvidos em um conflito, nem pode ser entendido como um contrato realizado entre os demandantes, com o objetivo de sempre fazer prevalecer o interesse destes.

Primeiramente, num processo, o que ocorre é a substituição da vontade dos conflitantes pela vontade estatal representada pelo órgão julgador, que dirá, concretamente, a quem e em que medida deverá ser outorgada a proteção dos direitos. Além disto, por traz do desenvolvimento do processo, preestabelecido legalmente, temos, principalmente, o interesse estatal em prestar uma tutela célere, eficaz, justa e com resultado social.

Isto porque, configura objetivo do Estado, a manutenção de um nível razoável de pacificação das relações humanas, assegurando a harmonia e a ordem social, e para tanto, mostra-se necessário à prestação de uma atividade jurisdicional eficiente no sentido de promover, com um mínimo de sacrifício, o máximo de realização de justiça.

Desta forma, paralelamente as demandas que motivam a instauração do processo, ocupando uma posição primordial, tem-se o interesse do Estado de que, depois de iniciada a relação processual, esta se desenvolva com a devida observância dos requisitos legais, e, principalmente, que ao final do processo, a decisão proferida possa ser reconhecida como instrumento de justiça.

Dentro desta perspectiva, pode se compreender que o magistrado, durante a fase instrutória do processo, não pode estar totalmente amarrado à iniciativa das partes que, por vezes, estão mal representadas ou não possuem condições econômicas para produzir as provas necessárias ao devido esclarecimento dos fatos.

Assim, a determinação, de ofício, de produção de provas que se fazem necessárias para formar e fundamentar o convencimento do julgador constitui um importante instrumento para o magistrado na busca de uma decisão justa, além de, como anteriormente mencionado, realizar de forma mais eficiente, o princípio da igualdade.

O interesse estatal em conferir aos seus jurisdicionados a prestação de uma tutela que efetivamente traga benefícios ao meio social, é garantido através do impulso oficial praticado pelo magistrado, com o auxílio dos servidores da justiça. Assim sendo, cabe ao julgador dirigir o processo sem descuidar do objetivo de prestar uma rápida e efetiva tutela jurisdicional.

Ocorre, muitas vezes, de faltar apenas a resposta para algumas indagações para proferir a decisão. Este empecilho, representado pela falta de certeza quanto à determinada questão, deve ser, diligentemente, afastado pelo juiz, com a efetiva utilização do poder instrutório a ele conferido, com o objetivo de alcançar o necessário esclarecimento que permitirá a produção da sentença.

Além de não favorecer a um dos demandantes, o magistrado, em sua busca por uma decisão mais

condizente com a realidade experimentada, estará conferindo para os próprios litigantes o consolo de ter o conflito encerrado por uma decisão justa, fortalecendo ainda mais a função pacificadora da atividade jurisdicional.

Assim sendo, resta manifesto que a utilização de iniciativa instrutória de ofício pelo julgador não irá, necessariamente, macular o princípio da iniciativa das partes, já que o juiz, durante suas investigações, deverá se restringir ao âmbito dos pedidos formulados. Além disto, e primordialmente, realizará o interesse estatal da concretização da justiça, visto que a mais efetiva investigação dos fatos com a conseqüente preservação do contraditório permitirão uma maior legitimação da decisão que, ao final, será proferida pelo órgão jurisdicional.

6 A Atividade instrutória do Juiz como Forma de Aproximação com a Realidade dos Fatos

Em várias oportunidades o Código de Processo Civil permite que o magistrado atue interferindo, diretamente, na instrução processual, a começar pelo artigo 130, pelo qual se observa o poder do órgão jurisdicional, seja pela iniciativa de requerer de ofício a produção de provas, seja pela possibilidade de indeferir a pretensão, de qualquer das partes, de realizar diligências, que se mostrem, na realidade, inúteis ou meramente protelatórias.

A primeira observação que pode ser feita sobre o teor deste artigo diz respeito ao direito subjetivo da parte de produzir provas. Sabe-se que, para o efetivo exercício do direito de ação e de defesa, devem ser assegurados às partes os meios probatórios necessários para que estas possam comprovar, efetivamente, as pretensões que deduziram no processo.

No entanto, muitas vezes, o litigante, agindo de má fé, desvirtua esta garantia constitucional, criando expedientes desnecessários, com o intuito de provocar a continuidade interminável do processo, objetivando o adiamento do cumprimento de obrigações, do qual se sabe devedor.

Com a finalidade de evitar o abuso do direito de produzir provas, neutralizando a intenção protelatória do demandante, este dispositivo legal faculta, ao magistrado, a possibilidade de negar a realização de provas que considerar desnecessárias à busca do esclarecimento dos fatos.

Vê-se, desta forma, que o direito à prova não é absoluto, encontrando-se limitado à presença de determinados requisitos, como necessidade e utilidade, possuindo, desta forma, condições de atingir a sua finalidade de integrar o convencimento do

magistrado, e, ainda, respeitar o princípio da proporcionalidade, que permite o sacrifício do direito à prova para preservar outro direito, ao qual, em determinadas circunstâncias, a ordem jurídica confere maior importância.

Outra reflexão, pertinente ao conteúdo do artigo 130 do Código de Processo Civil, se refere ao poder outorgado ao julgador de requerer de ofício a produção das provas que julgar necessárias para se estabelecer, dentro do processo, a verdade dos fatos motivadores das pretensões.

Uma concepção publicista do processo leva a enxergá-lo, primordialmente, como um instrumento a serviço do objetivo estatal de realização de justiça, importando ao juiz uma postura mais ativa, no sentido de viabilizar a realização desta finalidade. Para tanto, a elaboração da sentença, que é provimento apto a encerrar o conflito trazido ao poder judiciário, deve estar calcada na maior aproximação possível à realidade dos fatos.

Diante desta perspectiva, deve-se proceder a uma releitura da disponibilidade das provas no processo civil, tendo em vista que uma instrução defeituosa, não prejudica apenas determinada parte, mas impossibilita a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Neste contexto, mais do que melhor atender ao princípio da igualdade, já que a falta de esclarecimentos nem sempre é causada pela desídia de uma das partes, mas pode, facilmente, ser o resultado de uma desigualdade econômica e até mesmo cultural vivenciada objetivamente, a iniciativa instrutória efetivada pelo magistrado permite a realização da justiça.

Questiona-se, então, se a posição mais coerente do julgador, em face dos objetivos e princípios previstos constitucionalmente, que visam à promoção da pacificação social, mediante a entrega de uma tutela jurisdicional eficaz, seria a de coadunar com estas desigualdades fáticas e proferir julgamento, mesmo que não se tenha obtido uma visão mais detalhada do conflito.

Na realidade, é diante destas imperfeições constatadas no processo, que o julgador deve atuar mais prontamente, utilizando iniciativa instrutória para corrigir estas deficiências apresentadas na instrução, objetivando alcançar a verdade.

Não se deve com isto entender que o magistrado estará substituindo as partes na defesa de seus interesses. Na realidade, o juiz, atuando diretamente na instrução processual, estará cumprindo de maneira mais eficiente a função que lhe foi confiada de resolver, definitivamente, o conflito apresentado, já que, para tanto, necessita ter um maior conhecimento dos fatos para formular sua convicção.

Numa postura mais social, e até mesmo mais ética, não se pode deixar que o processo fique à mercê da exclusiva atividade instrutória das partes, já que deste modo os grandes vencedores do processo serão a desigualdade e a injustiça, com resultados maléficis para toda a comunidade, com o conseqüente aumento do descrédito em relação à jurisdição e a procura de solução de conflitos mediante a imposição da vontade do mais forte.

Também diante da revelia, o julgador detém a possibilidade de, não se convencendo com a produção de provas realizadas exclusivamente pelo autor do feito, utilizar seus poderes instrutórios, não para beneficiar o réu, mas para esclarecer questões que se mostrarem essenciais à decisão.

Assim são atribuídos ao magistrado, dentre outros, os poderes de, por iniciativa própria: determinar o comparecimento pessoal das partes para que sejam interrogadas sobre os fatos da causa (artigo 342); inspecionar pessoas ou coisas (artigo 440) e, ainda, requerer a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (artigo 437).

Não se pode olvidar que o juiz, melhor do que ninguém, sabe, exatamente, onde reside a dúvida que o impede de proferir a decisão, que lhe é requerida pela parte e exigida constitucionalmente, e, portanto, atrelá-lo à vontade das partes em produzir provas, seria o mesmo que impedir ou dificultar o exercício de sua função.

A atividade oficiosa do juiz, voltada ao necessário esclarecimento da questão controvertida, serve a formação do convencimento do juiz, favorecendo indistintamente as partes, pelo afastamento de dúvidas ou suprimento da insuficiência nas demonstrações do direito questionado, inclusive, ampliando o contraditório.

O juiz, desta maneira, posiciona-se no processo, não como um mero figurante, mas como personagem primordial, cuja atividade durante a condução do processo revelará, ao final, se o resultado atingindo terá ou não efeitos positivos para a sociedade como um todo.

Conclusão

O processo, como principal instrumento de realização da função jurisdicional desenvolvida pelo Estado, deve permanecer vinculado às expectativas sociais de realização da justiça e obtenção da necessária pacificação das relações sociais.

Diante desta perspectiva, o juiz, como órgão responsável pela entrega da tutela jurisdicional, recebe o encargo de dirigir o processo, objetivando realizar, efetivamente, os princípios constitucionais da

inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça; da preservação do contraditório, como único caminho de atender, de maneira eficaz, os anseios sociais de justiça.

Para tanto, o magistrado deve apresentar, durante todo o desenvolvimento do processo, uma postura mais atuante, interferindo diretamente na realização dos atos processuais e buscando uma maior colaboração das partes e dos servidores que auxiliam a prestação da função jurisdicional.

Com isto em mente, pode-se vislumbrar o incremento da utilização da iniciativa instrutória, em diversos momentos atribuída pela legislação ao magistrado. Esta posição mais ativa durante a instrução se apresenta como ferramenta essencial, a ser empregada pelo julgador, visando colecionar os elementos que figurem como necessários para a entrega de uma decisão mais justa.

Agindo assim, o juiz atenderá ao princípio da igualdade, corrigindo distorções provocadas no processo pelas disparidades encontradas socialmente. Outrossim, ampliará suas possibilidades de ação, pois não se encontrará completamente vinculado à atividade desenvolvida pelos demandantes além de estar contribuindo para o estabelecimento da verdade dos fatos no processo, ensejando, com isto, uma sentença mais coerente com a realidade vivenciada pelas partes.

Por outro lado, tomando a iniciativa de investigar e responder às dúvidas que persistem em obstar a prestação da tutela jurisdicional, o magistrado não estará de forma alguma violando o pressuposto da imparcialidade, já que sua atitude, longe de beneficiar uma das partes envolvidas no conflito, atenderá ambas, com a realização concreta da justiça.

Também é descabida a alegação de que, procedendo desta maneira, o juiz estaria substituindo às partes na busca de realização de seus direitos, pois para bem desempenhar a função que lhe foi confiada, o julgador necessita utilizar poderes investigatórios para reunir as informações necessárias para formar sua convicção.

A não interferência na produção das provas, longe de garantir a realização de princípios e pressupostos processuais, implicará em uma atitude de indiferença quanto ao resultado social do processo, representado pelo o apaziguamento das relações sociais, e o alcance do escopo educativo, no sentido de atingir a observância espontânea das regras de direito.

Desta maneira, a tomada de iniciativa em efetivar diligências que visam a um maior esclarecimento dos fatos, consistirá em um primeiro passo para resgatar a credibilidade da função jurisdicional, dando à decisão proferida um contorno maior de legitimação e segurança e, conseqüentemente, um aumento do nível de realização de justiça.

A predominância de direitos disponíveis na esfera cível não justifica a conformação do juiz com uma instrução realizada de forma deficiente, sem que se logre conduzir aos esclarecimentos fundamentadores de uma decisão concretizadora do melhor direito. Isto porque a insuficiência de provas facilmente pode conduzir a uma decisão incorreta.

O magistrado representando o Estado, ao exercer a função jurisdicional, deverá corresponder às expectativas constitucionais, mantendo-se continuamente preocupado e extremamente comprometido em procurar reproduzir dentro da realidade processual a verdade dos fatos, já que é por meio desta que se pode obter justiça.

Referências

- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. (Coleção temas atuais de direito processual).
- GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.
- MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática de procedimento*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.