

## O papel do juiz no processo civil moderno

Otacílio José Barreiros<sup>(\*)</sup>

Promotor de Justiça aposentado – SP

**Sumário:** 1. A nova configuração do princípio dispositivo 2. O conflito aparente entre os artigos 130 e 333 do CPC 3. O juiz como “diretor material” do processo 4. Necessidade de fortalecimento dos poderes do juiz para coibir a litigância de má-fé 5. Considerações finais. Bibliografia

### 1. A nova configuração do princípio dispositivo

O princípio dispositivo é estudado habitualmente como o contraposto do princípio inquisitório ou princípio da livre investigação das provas, segundo o qual ao juiz é conferido o poder de iniciativa probatória, para a apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da demanda.<sup>(1)</sup>

Tradicionalmente, por princípio dispositivo, entende-se aquele em que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à produção de provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*

Dessa regra decorre que as partes fixam o objeto do processo (*thema decidendum*) e é este o limite em que o juiz deve decidir. As provas a serem produzidas são aquelas que as partes indicarem

Por esse entendimento, a maioria da doutrina processual ensina que o princípio dispositivo, dentre outras limitações impostas ao poder-dever do julgador, impede-o da iniciativa probatória

Contudo, diante da feição publicista do processo, hodiernamente, não se admite mais o juiz como mero espectador da contenda judicial. Reconhecida a autonomia do direito processual e consolidada a sua natureza de direito público, a função jurisdicional ordinária torna-se um poder-dever estatal, na qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do derradeiro quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de espectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do andamento processual, mas

(\*) O autor é Professor de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito de São Carlos; Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Mestrando em Processo Civil pela PUCSP.

(1) SILVA, Ovídio A. Baptista da & GOMES, Fábio Luiz. ‘Teoria geral do processo civil’. pág. 47

também o poder de determinar a realização de provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes.<sup>(2)</sup>

A tendência não é recente, como pondera Renato Nalini, apoiado em respeitável doutrina, “o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”. E prossegue o ilustre magistrado: “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”<sup>(3)</sup>

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque salienta, com apoio em Cappelletti, que “dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes encontram-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito”<sup>(4)</sup>

Realmente, como argutamente observa Cappelletti, o processo deixou de ser “coisas das partes” e aboliu-se o poder monopolístico das partes no campo probatório, como era típico no lento processo comum e no processo “liberal” do século XIX. Subsiste, ainda, em substância, para o processo civil seu núcleo ou seu objeto. Porém sobre este núcleo, deixado ao exclusivo poder de disponibilidade do sujeito, em regra, privado, “constrói-se uma ‘casca’, uma envoltura – um *proceder* – que está, ao reverso, subtraído àquele poder de disposição; uma vez instaurado o processo civil, o modo, o ritmo e o impulso do processo mesmo são separados da disponibilidade imediata ou mediata das partes, e por conseguinte das manobras dilatórias e retardatárias de qualquer das partes”<sup>(5)</sup>

Como bem observa o ilustre professor João Batista Lopes, “não quer esse ilustre autor a supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos”<sup>(6)</sup>

(2) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO. Cândido R. ‘Teoria geral do processo’. pág. 33

(3) “O juiz e o acesso à justiça”. págs. 81/82

(4) “Poderes instrutórios do juiz”. pág. 67

(5) “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, págs. 122-3

(6) “Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional”. *RePro* 35: 36

O Código de Processo Civil pátrio, no artigo 130, confere ao julgador o poder de iniciativa probatória, atribuindo-lhe determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução da lide.

Noutros dispositivos complementares, tais como: artigos 342 e 345, 418, I e II, 341, I, 399 etc., do citado diploma normativo, o legislador especifica o poder de iniciativa do juiz permitido genericamente no aludido artigo 130

Entretentes, a doutrina majoritária, restringindo o alcance do permissivo legal, apregoa que essa atividade probatória oficial reveste-se de complementaridade em relação às partes. A estas é que incumbem o encargo de produzir as provas de suas alegações. O juiz lançaria mão do poder de suplementaridade da prova se as oferecidas pelas partes mostrarem-se insuficientes para a formação de sua convicção, sem o que o julgador não se poderia desincumbir do seu dever de decidir a lide.

Para essa corrente doutrinária, o julgador não pode substituir a atividade das partes no campo probatório, pois a estas cabem o ônus da prova do que alegam. Somente após essa atividade dos sujeitos parciais, se o juiz, ainda assim, sentir-se inabilitado para decidir é que, verificando a necessidade de outras provas, além daquelas trazidas pelas partes, poderá o magistrado agir de ofício. E assim deve ser para que o juiz não saia da neutralidade e ponha em risco a sua imparcialidade, que constitui a essência do ato de julgar. O risco de proferir decisões parciais e apaixonadas seria inevitável se o juiz pudesse substituir as partes na pesquisa e demonstração da verdade.<sup>(7)</sup>

Essa mesma doutrina, limitadora do poder de iniciativa probatória do juiz, sintetizada no magistério do saudoso Professor José Frederico Marques, admite que, dependendo da natureza do direito material controvertido, excepcionalmente, possa o julgador fazer uso desse poder oficial, excepcional, complementar e não substitutivo. É o que advoga o referido mestre, para quem, nas demandas em que versam direitos indisponíveis “cessa a preponderância dos interesses das partes, para predominarem os imperativos legais e os interesses de ordem pública” e aí a atuação oficial do juiz é “exercida com mais amplitude que nos casos subordinados ao *jus dispositivum* dos litigantes”.<sup>(8)</sup>

Mas, como bem discorre José Roberto dos Santos Bedaque, constitui equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade do juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material. Em tal erro incorre, aliás, a maioria da doutrina. Ainda que indisponível o direito subjetivo

(7) MIRANDA. Vicente. “Os poderes do juiz no processo civil brasileiro”, pág. 217.

(8) “Manual de direito processual civil”, vol. II, pág. 248.

material, persiste o princípio da inércia da jurisdição. A parte sempre tem o monopólio da demanda, mesmo com relação aos direitos indisponíveis.<sup>(9)</sup>

Não é, portanto, arremata esse jovem processualista, a natureza da relação jurídica de direito material que determina a impossibilidade de o magistrado dar início ao processo. A regra prevalece, mesmo quando for indisponível o direito.

Inconsistente, à evidência, a justificativa daqueles que defendem a impossibilidade do juiz ter a iniciativa e participar ativamente da produção probatória, para resguardo do princípio da imparcialidade.

Não é sem razão o inconformismo do Mestre João Batista Lopes, na obra já mencionada, de que “as objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade”.<sup>(10)</sup>

Aqui, de novo, cabe a invocação dos ensinamentos de Bedaque. Ora, a doutrina tradicional não nega a possibilidade da iniciativa probatória do juiz quando a demanda verse sobre direitos indisponíveis. É o caso de se perguntar se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do juiz parcial. Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado.<sup>(11)</sup>

De fato, nas lides penais, em que militam direitos indisponíveis, por excelência, e incidem o princípio da livre investigação probatória, o aprofundamento da pesquisa no campo probatório, na busca da verdade real, pode tanto beneficiar, como prejudicar o réu. Nem por isso se argumenta que o juiz deixou de ser imparcial.

Não é limitando o poder do juiz na pesquisa da prova que se estará preservando a sua imparcialidade, mas permitindo às partes o amplo acompanhamento da sua realização, seja reperguntando se a prova for oral, seja formulando quesito se for pericial, ou seja, possibilitando o amplo exercício do contraditório.

O respeito ao princípio do contraditório é, certamente, a mais poderosa arma contra eventuais abusos do julgador. “Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”.<sup>(12)</sup>

(9) “Poderes instrutórios...”, cit. pág. 64.

(10) *Idem ibidem*, pág. 28.

(11) *Idem, ibidem*, pág. 74.

(12) “Poderes instrutórios...” cit. pág. 78.

Não é nada lógico exigir-se só nos processos em que as lides versam direitos indisponíveis a busca da verdade real, satisfazendo-se as de direitos disponíveis com a mera verdade formal.

Ora, o processo, como instrumento da jurisdição, de natureza eminentemente pública, uma vez instaurado, desprende-se da disponibilidade do direito material que ele visa tutelar. Agora, fala mais alto os escopos da jurisdição, sintetizados na regra do *suum cuique tribuere*.

Vale aqui a percuciente observação de Enrique Véscovi: "O aumento dos poderes do magistrado na busca da verdade, parece indiscutível e se realiza por meio dos mais diversos mecanismos: ampliação das faculdades de ditar diligências para melhor prover, faculdade de interir o juramento das partes e testemunhas em qualquer momento etc., que aparecem, praticamente, em todo ordenamento moderno"<sup>(13)</sup>

Nesse mesmo sentido é a constatação de Mauro Cappelletti, de que "atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes."<sup>(14)</sup>

E assim deve ser, pois choca não só os juristas de modo geral, mas, sobretudo, os jejunos das letras jurídicas, invariavelmente os destinatários da atividade jurisdicional, uma sentença formalmente correta, mas divorciada da verdade real e, portanto, do justo.

É certo que, não raro, os provimentos jurisdicionais, seja qual for a natureza do litígio, por impossibilidade de se alcançar a verdade material, devem-se conformar com a verdade formal.

Mas o que se quer defender neste despretensioso estudo é que, na medida do possível, qualquer que seja a qualidade da demanda, possa o juiz, sempre que necessário à sua convicção, investigar, sem qualquer restrição, a verdade real, objetivando sempre atingir o escopo maior do processo que é "dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que se tenha direito de conseguir."<sup>(15)</sup>

Com isto não se quer desvirtuar o princípio dispositivo, mas situá-lo adequadamente, conforme a moderna processualística que tem por finalidade tornar efetivo o acesso à jurisdição, atingindo os seus principais objetivos que são, em suma, a manutenção da paz e o respeito à ordem jurídica.

(13) "Teoría general del proceso" cit. pág. 219

(14) "Acesso à justiça" cit. pág. 77

(15) CHIOVENDA Giuseppe "Instituições de direito processual civil" 1ª ed. brasileira, vol. I pág. 67.

O papel do juiz no processo civil contemporâneo, na lição de Sérgio Alves Gomes, tem maior destaque quando comparado com o existente no século passado. Tornou-se ele uma figura ativa, impulsionador da marcha processual. Inerte apenas antes do início desta.<sup>(16)</sup>

Conclui-se, pois, dessas lições, que a nova feição do princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbem privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos. Contudo, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos, dirigindo materialmente o processo ao seu fim que é a solução do conflito com justiça.

É óbvio que o juiz não deve ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposto às partes, a quem cabe, primordialmente, apresentar suas alegações e prová-las. Porém, a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, distante e impassível do embate dialético das partes, "simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das 'regras do jogo' e, no fim, proclamar o vencedor",<sup>(17)</sup> e sim posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade. O caso concreto é que ditará a atuação do magistrado na produção de alguma prova *ex officio*, respeitando sempre o contraditório e a igualdade das partes.

## 2. O conflito aparente entre os artigos 130 e 333 do CPC

O Código de Processo Civil, mais precisamente no artigo 130, mitigando o princípio dispositivo por ele contemplado, consolidou os poderes do juiz na direção do processo.

Às partes, como já se disse, cabem não apenas alegar os fatos probandos, mas também prová-los, conforme distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333).

Mas ao juiz também é outorgado o poder de iniciativa probatória, podendo, se for o caso, decidir *ultra probata a partibus*.

É o que se extrai do primeiro artigo supracitado, assim redigido: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"

(16) "Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil", pág. 66

(17) MOREIRA, José Carlos Barbosa "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção do processo". "RePro". 37: 140-150

Em confronto com a dicção do artigo 333 do CPC, aponta o preclaro João Batista Lopes que o artigo 130 do mesmo *Codex*, em regra, só deve ser invocado quando o juiz estiver em dúvida diante do conjunto probatório. A dúvida do juiz pressupõe a produção de provas pelas partes, pois se prova alguma foi realizada outra solução não terá ele senão o julgamento de improcedência da ação.<sup>(18)</sup>

Assim não pensamos, *data maxima venia*. Dependendo do caso concreto, sustentamos, com base no caráter publicista do processo, que mesmo quando nenhuma prova foi realizada, em se deparando o juiz com a probabilidade de estar chancelando flagrante injustiça, nada impede, aliás, tudo recomenda, a utilização do permissivo do artigo 130, convertendo, se for o caso, o julgamento em diligência, para determinar as providências capazes de esclarecer ponto relevante para o julgamento justo, sem se importar qual das partes se beneficiará com a nova prova, podendo ser até mesmo a que não se desincumbiu do ônus probatório. De qualquer modo, numa ou noutra situação, alguém poderá se beneficiar: ou o réu sem razão, com o decreto de improcedência, pela carência probatória, ou o autor pela procedência da ação com o encontro da verdade real. Induvidosamente, a derradeira alternativa é a que efetivamente atende os escopos da jurisdição.

A participação ativa do juiz na instrução do processo, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos contidos na causa de pedir, ao reverso do que sustenta a doutrina tradicional na interpretação do princípio dispositivo, não ofende a sua imparcialidade. Antes a enaltece, pois o seu objetivo é atingir a verdade real, dando a quem merecer o objeto litigioso.

Assim agindo, demonstra o magistrado a sua preocupação com os fins sociais do processo, cuja visão publicista exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Suponha-se que o juiz esteja convencido, pelo exame dos elementos dos autos, que poderia chegar à verdade, bastando suprir alguma omissão da parte no tocante à prova. Evidentemente, decidiria contra a sua consciência, se não determinasse o esclarecimento do fato.<sup>(19)</sup>

Para a doutrina tradicional, as regras referente ao ônus da prova impõem um limite aos poderes instrutórios do juiz, só podendo ser aplicado o artigo 130 quando, após o desenrolar da atividade probatória dos sujeitos parciais do conflito, permanecesse ainda em dúvida o julgador, impossibilitado de decidir segundo o seu livre convencimento, ou pelo ônus da prova.

Segundo ainda esse entendimento, pudesse o juiz ilimitadamente determinar a produção de provas dos fatos alegados, estaria violando o princípio da igualdade que deve existir entre as partes, pois estaria substituindo a inércia de uma das partes e, nesse aspecto, desequilibrando o contraditório.

(18) "Os poderes do juiz" - artigo cit., pág. 37

(19) Cf. BEDAQUE, *op. cit.* pág. 76

Comungamos do escólio do Mestre Bedaque, para quem tal conclusão é incorreta, pois "as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja, a efetivação do direito material"<sup>(20)</sup> Para esse alumiado jurista, as regras concernentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados.<sup>(21)</sup>

Certamente, não se vai ao cúmulo de permitir ao juiz a procura incessante de prova para demonstrar um fato não provado pela parte. Exageros à parte, o que se sustenta é o poder que deve ter o juiz de, em vislumbrando a possibilidade de esclarecer determinado fato alegado e ainda não provado, determinar diligências no sentido de aclará-lo.

O juiz, não importa a categoria dos conflitos, quando é o caso, deve sempre decidir pelo ônus da prova, ou seja, mesmo quando se tratar de direitos indisponíveis, em que a iniciativa probatória do juiz é indiscutivelmente ampla, pode ele ter que resolver o conflito através do ônus da prova, julgando procedente ou improcedente a ação.

Entretanto, quando emergir num julgamento dúvida e se mostrar possível o esclarecimento de fatos probandos, seja disponível ou não o direito disputado, tem o juiz o poder-dever de tentar esclarecê-lo.

Destarte, não se antevê qualquer conflito entre os dispositivos legais comentados. O artigo 130 do CPC, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, não tem o seu alcance limitado pelo ônus da prova, previsto no artigo 333 do mesmo estatuto processual, mesmo porque, como leciona Bedaque, diversos são os momentos de incidência dos referidos dispositivos legais, o primeiro voltado para a instrução contraditória, e o segundo para a fase decisória.

### 3. O juiz como "diretor material" do processo

Além da função de "diretor formal" do processo, a quem compete ditar a marcha dos atos processuais, uma vez que não mais vige o sistema monopolístico das partes na condução do processo, sobretudo no tocante às provas, o processo contemporâneo, para a consecução de seus fins políticos, jurídicos e sociais, comete ao juiz o relevante papel de autêntico "diretor material" do processo.

Com esta fórmula, sustenta Cappelletti, "quer-se aludir ao fato de que o juiz, além dos poderes de direção formal, vem a assumir também poderes atinentes ao objeto deduzido em juízo, à matéria do processo. Não se chega à conclusão extrema de desvincular o juiz do poder dispositivo e exclusivo das

(20) 'Poderes instrutórios do juiz' - cit., pág. 80

(21) *Idem.* pág. 81

partes em matéria de ação e de exceção (e de determinação dos elementos constitutivos da ação e da exceção, entre eles o elemento causal); porém, se atribui, sem embargo, ao juiz um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo: “*él puede hacer presente a la parte la irregularidad no solamente formal de acción propuesta, lo incompleto o lo impreciso de las alegaciones e de las peticiones, posibilidad de cambiar, de ampliar, de corregir ala propia posición*”<sup>(22)</sup>

O Código de Processo Civil brasileiro, em várias oportunidades, possibilita ao juiz a prática de atos de direção material do processo

Com efeito, em sendo a petição inicial obscura e imprecisa, nos termos do disposto no artigo 284, de modo a dificultar o julgamento de mérito, o juiz determinará que o autor a emende ou a complete, no prazo de 10 dias. Com isso estará exercendo a função de direção material do processo, auxiliando a parte, na precisa lição de Cappelletti

Ademais, como exercício do poder de direção material do processo, a lei permite ao juiz, em qualquer fase do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342), no denominado interrogatório livre, que não se confunde com o depoimento pessoal, meio de prova de que a parte se utiliza para tentar provocar a confissão do *ex adverso*.

Destarte, amplos devem ser os poderes do juiz no campo da investigação probatória, objetivando entregar a tutela jurisdicional qualificada, exigência de ordem pública no sentido de que os conflitos sejam solucionados com justiça, vencendo aquele que efetivamente tenha razão, pouco importando a qualidade das armas de que disponham as partes, mais ou menos poderosas, dependendo da sua capacidade econômica

A direção material do processo, desde que conduzida nos limites legais, respeitando-se os princípios que devem nortear a marcha dialética do *due process of law*, em nada arranha a imparcialidade do juiz, como se acredita ter demonstrado

Nesse sentido sobrepõe a lição de Sérgio Alves Gomes, que merece ser transcrita: “imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste a imparcialidade”<sup>(23)</sup>

(22) “*La oralidad y las pruebas*” cit. pág. 125

(23) “Os poderes do juiz.” cit., pág. 75

#### 4. Necessidade de fortalecimento dos poderes do juiz para coibir a litigância de má-fé

É a litigância de má-fé, indubitavelmente, uma das questões que mais desprestigia o Poder Jurisdicional e, certamente, o expediente comumente utilizado pelas partes para a obtenção de vantagens indevidas dentro do processo.

Não é da nossa cultura o combate a esse vírus que permeia a sociedade, em todos os seus seguimentos: a má-fé.

É comum se dizer que “dívida não se paga, discute-se”. “Mais vale um péssimo acordo que uma boa demanda” e outros tão conhecidos, mercê da morosidade e da descrença do poder jurisdicional, não raro, resultante de impunes artifícios escusos dos litigantes.

A legislação atual sobre a matéria, descrevendo os tipos caracterizadores da litigância de má-fé (CPC, art. 17) e permitindo ao juiz, de ofício, ou a requerimento, condenar o litigante mafioso a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais honorários e despesas (art. 18 e parágrafos), armou o diretor do processo de poderes para coibir a nefasta prática.

O poder do juiz, de aplicar, de ofício, a pena da litigância de má-fé não era prevista na lei de 1973, sendo incorporada ao nosso sistema processual com o advento da Lei nº 8.852, de 13 12 1994

Lamentavelmente, em vigor há mais de um lustro, esse poderoso instrumento de combate às deslealdades, chicanas, as protelações etc., ao que se tem notícias, não foi ainda bem assimilado pelos juízes e tribunais, que o têm aplicado ainda muito timidamente, para gáudio das iniquidades.

Não se desconhece a dificuldade de caracterização da litigância de má-fé, mas compete ao juiz, ao menor vislumbre de tal prática, usando dos seus poderes de diretor material do processo, investigá-la e, uma vez detectada, puni-la com o devido rigor

De *lege ferenda*, para um melhor aperfeiçoamento legislativo, seria de bom alvitre a previsão de pena pecuniária para essas infrações, com o produto destinado a um fundo judiciário que pudesse ser empregado no aperfeiçoamento dos serviços forenses ou mesmo para a assistência judiciária, sem prejuízo da indenização da parte prejudicada. E mais: é imperioso que se institua uma figura penal, nos moldes do que já existe em outros países, para punir “obstruções ao normal funcionamento da justiça”, com pena compatível à gravidade da violação, pois, como se sabe, o crime de desobediência, capitulado no artigo 330 do CP, punido com detenção de 15 dias a 6 meses, portanto, infração penal de menor potencial ofensivo, passível de transação penal em que se impinge ao infrator mera pena pecuniária, não inibe as desobediências e obstruções ao cumprimento das decisões judiciais, como é público e notório

Um Judiciário forte, ágil e respeitado seria o braço invergável dos oprimidos, e não mero privilégio dos juizes, como equivocadamente vem sendo alardeado na mídia, ultimamente, por setores poderosos da sociedade, aos quais, por razões tão conhecidas, não interessam o fortalecimento do órgão estatal incumbido de distribuir Justiça. E assim deveria ser, pois, vedada a autotutela, como regra, uma jurisdição efetivamente poderosa é a garantia de que os direitos serão respeitados, e se não o forem, sobra a esperança de que poderão sem muitas delongas ser resgatados.

E, o Judiciário só será forte na medida em que fortalecidos e prestigiados forem os seus membros, seja através do respeito às garantias da magistratura, seja através da ampliação dos poderes instrutórios do juiz, do aperfeiçoamento das leis processuais vigentes, e, ainda, da interpretação mais arrojada e evolutiva do sistema em vigor pelos Juizes e Tribunais.

### 5. Considerações finais

5.1 A nova feição do princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. A elas incumbem privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos, mas, uma vez deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos, dirigindo materialmente o processo ao seu fim que é a solução do conflito com justiça, podendo, se for o caso, decidir *ultra probata a partibus*.

5.2 A participação ativa do juiz na instrução do processo, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos contidos na causa de pedir, não ofende a sua imparcialidade. Antes a evidencia, pois o seu objetivo é atingir a verdade real, dando a quem merecer o direito disputado.

5.3 O artigo 130 do CPC, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, não tem o seu alcance limitado pelo ônus da prova, previsto no artigo 333, já que diversos são os momentos de incidência dos referidos dispositivos legais, o primeiro voltado para a instrução contraditória, e o segundo para a fase decisória.

5.3.1 Amplos devem ser os poderes do juiz no campo da investigação probatória, objetivando entregar a tutela jurisdicional qualificada, exigência de ordem pública no sentido de que os conflitos sejam solucionados na plenitude e com justiça, vencendo aquele que efetivamente tenha razão, pouco importando

a qualidade das armas de que disponham as partes, mais ou menos poderosas, dependendo da sua capacidade econômica.

5.4 A direção material do processo, desde que conduzida nos limites legais, respeitando-se os princípios que devem nortear a marcha dialética do *due process of law*, em nada arranha a imparcialidade do juiz.

5.5 A legislação atual, descrevendo os tipos caracterizadores da litigância de má-fé (CPC, art. 17) e permitindo ao juiz, de ofício, ou a requerimento, condenar o litigante mafioso à indenizar à parte contrária os prejuízos suportados, mais honorários e despesas (art. 18 e parágrafos), representou grande avanço, armando o diretor material do processo de poderes para coibir a nefasta prática.

5.5.1 Entretanto, para que o devido processo se aproxime cada vez mais de seu escopo maior, a justiça ideal, de *lege ferenda*, seria bem-vinda a instituição de sanção, consistente em pena pecuniária para melhor coibir a prática desses atos atentatórios à dignidade e ao prestígio da jurisdição, aplicável, de ofício, pelo juiz, com o produto das punições destinado a um fundo judiciário que pudesse ser empregado no aperfeiçoamento dos serviços judiciários, mormente o franco acesso dos necessitados à justiça, sem prejuízo da indenização da parte prejudicada, mediante provocação do interessado.

5.5.2 E, finalmente, para um maior respeito e eficiência do órgão jurisdicional, é imperioso que se institua uma figura penal, nos moldes do que já existe em outros países, objetivando coibir autênticas "obstruções ao normal funcionamento da justiça", com pena compatível com a gravidade da nefasta conduta.

### BIBLIOGRAFIA

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Poderes instrutórios do juiz". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. "La oralidad y las pruebas en el proceso civil". Buenos Ayres: EJE, 1972.
- \_\_\_\_\_, & GARTH, Bryant. "Acesso à justiça". Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de direito processual civil". 1ª ed. brasileira. trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *et al.* "Teoria geral do processo". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- GOMES, Sérgio Alves. "Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil brasileiro". São Paulo: Saraiva, 1993.
- LOPES, João Batista. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional". "Revista do Processo". São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 35:24-67.
- MARQUES, José Frederico. "Manual de direito processual civil". 7ª ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MIRANDA, Vicente. "Os poderes do juiz no processo civil brasileiro". São Paulo: Saraiva, 1993.

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 do Processo', São Paulo: Revista dos Tribunais vol 37: 140-150

NALINI, Renato "O juiz e o acesso à justiça" São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994

SANTOS, Moacyr Amaral. "Primeiras linhas de direito processual civil", 3ª ed, 2ª vol São Paulo: Saraiva 1977

SILVA, Ovídio A. Baptista & GOMES, Fábio Luiz. "Teoria geral do processo civil" São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

VÉSCOVI Enrique "Teoria general del proceso" Bogotá: Temis. 1984