

REFLEXÕES SOBRE O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DAS PARTES A PARTIR DE UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS ADOTADOS NA DOUTRINA BRASILEIRA.

REFLECTIONS ON THE POWER OF JUDGE INSTRUCTIVE AND THE DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF EVIDENCE PARTS FROM THE ANALYSIS OF SYSTEMS OF PROCEDURES ADOPTED IN BRAZILIAN DOCTRINE.

Karina Loureiro Ribeiro Lins¹

RESUMO: O presente texto traz uma abordagem sobre o papel instrutório dos juízes e das partes no processo civil brasileiro, com enfoque no aparente paradoxo das regras do ônus da prova para as partes (art. 333, CPC) e o alcance do poder do juiz de produzir provas de ofício (art. 130, CPC), em busca da verdade, da justiça, mas com respeito aos limites impostos pelo Ordenamento Jurídico, partindo inicialmente de uma breve abordagem doutrinária e crítica dos sistemas processuais existentes (Dispositivo, Inquisitorial e Cooperativo) e os adotados no Brasil; da moderna definição do princípio do contraditório; da análise das posturas dogmáticas do ativismo judicial e do garantismo processual.

PALAVRA-CHAVE: Ativismo. Garantismo. Sistemas Processuais. Poder instrutório dos juízes e partes.

ABSTRACT: This text provides an approach to the instructive role of judges and the parties in the Brazilian civil procedure, focusing on the apparent paradox of the rules of burden of proof on the parties (art. 333, CPC) and the scope of the power of the judge to produce evidence of craft (art. 130, CPC), in search of truth, of justice, but with respect to the limits imposed by the legal system, initially a brief doctrinal approach and critique of existing procedural systems (Device, Inquisitorial and Cooperative) starting and accounting practices adopted in Brazil; the modern definition of the principle of contradiction; analysis of dogmatic stances of judicial activism and the Procedural garantismo.

KEYWORD: Judicial Activism. Garantism Procedural. Procedural System. Power of judges and parties.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) Assessora Jurídica da 2ª Relatoria da Turma Recusal de Alagoas (Justiça Federal de Alagoas - JFAL)

1. INTRODUÇÃO

Um tema que vem trazendo imensa polêmica na doutrina processualista é o papel do juiz e das partes na produção de provas ante os sistemas processuais adotados no Brasil.

Se, por um lado as partes têm o direito a produzir as provas que influenciem no convencimento do juiz. E, neste ponto, as regras do ônus da prova ajudam na busca da verdade, pois estimulam as partes a produzirem provas referentes aos seus interesses. Por outro lado, já que buscar a verdade é um objetivo processual, a produção de provas torna-se matéria de pública, podendo ser determinada pelo juiz, desde que respeitados os limites do Ordenamento Jurídico, pois além da verdade deve o juiz obediência aos princípios da imparcialidade e dispositivo.

Com o ativismo judicial buscando a participação do Judiciário mais intensamente na busca dos valores constitucionais, tornaram-se os juízes alvo de muitas críticas, notadamente pela alegada ausência de legitimação democrática para criar regras de comportamento.

Entretanto, estando o processo nos tempos atuais vivenciando a Era da Informação, onde as novas tecnologias permitem aos jurisdicionados e operadores do direito um verdadeiro processo dialético, não há que se falar em criação de regras, mas tão somente uma reanálise dos sistemas processuais adotados na condução dos processos.

Desta feita, objetiva-se com este artigo, apresentar um breve debate sobre ativismo judicial e garantismo processual e apontar as diferenças entre os sistemas processuais, a fim de se buscar respostas sobre o papel instrutório das partes e juízes ante o modelo adotado no direito processual brasileiro.

2. ATIVISMO JUDICIAL X GARANTISMO PROCESSUAL

Da diferença entre essas modalidades processuais, temos o clássico embate entre Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Nesta, o jurisdicionado precisa de segurança ante o abuso estatal e prevalece as regras processuais (devido processo legal). Naquela, o juiz está legitimado a tomar qualquer medida, a fim de buscar a justiça, prevalecendo a jurisdição.

2.1. Ativismo Judicial (Peso maior da Jurisdição)

No *ativismo judicial* o exercício da *jurisdição* permite ao juiz buscar, a qualquer custo, fazer “justiça” nos casos que lhe são submetidos, agir ainda que haja a eventual falta de autorização do legislador para tal. Para esta corrente, é normal que o sistema dote o juiz de maiores poderes de atuação na relação processual e mesmo na condução do processo, permitindo-lhe tudo que estiver ao seu alcance para, com criatividade, potencializar sua atuação no processo para fazer com que seu resultado seja “justo”².

Neste diapasão a *jurisdição* assume grande papel na atuação do ativismo judicial, já que é o juiz que deve atuar buscando o resultado “justo”, sendo inclusive esta proatividade processual do magistrado exigência constitucional

Sobre jurisdição e ativismo, pondera Luis Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³.

Percebe-se que o tema de ativismo judicial remonta imediatamente a ideia de

² RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e Garantismo do Processo Civil: Apresentação do Debate**. In. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podium, 2013. p.260

³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 07/07/2014

neutralidade do julgador. Por conseguinte, não existe neutralidade no ato de conhecer, uma vez que o sujeito influi na construção do objeto estudado.

Neste sentido, entender que o juiz, como intérprete-aplicador da lei, ajuda a construir, linguisticamente, o próprio Direito, conduz inevitavelmente à conclusão de que sua atuação não pode ser vista como isenta, neutral, distante do objeto com o qual lida⁴.

Pode-se afirmar com convicção que nos tempos atuais o juiz assumiu um papel criativo, não apenas dizendo as palavras da lei, pois as normas precisam de um intérprete-aplicador que ao aplicá-la confere-lhes significado.

Convém ainda destacar que um magistrado deve ser imparcial, mas não neutro. A imparcialidade seria a distância do juiz perante as partes em litígio. Decorre do princípio do contraditório e é um pressuposto de validade da relação jurídica. Enquanto, a neutralidade seria um juiz alheio ao litígio, livre de influências subjetivas no momento da decisão.

Sob a ótica brasileira, o *ativismo* procura se legitimar no *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CF/88), mas ainda é alvo de muitas críticas, notadamente, no sentido de que o fortalecimento exarcebado do Judiciário, desestimularia ainda mais os processos legislativos necessários a alteração das normas inadequadas e deturparia o processo interpretativo

A esse respeito, Calmon de Passos, também formula um juízo crítico quanto a este aumento de poderes que o *ativismo judicial* confere aos juízes e conseqüentemente à *jurisdição* (=tutela jurisdicional). Para ele o processo é mais que um mero instrumento, devendo-se guiá-lo sob a ótica das garantias constitucionais para que o produto da respectiva atividade (=direito, ou sua tutela) tenha legitimidade democrática.⁵

2.1. Garantismo Processual (Peso maior do Processo)

Segundo, Adolfo Alvarado Veloso, o *garantismo processual* é uma posição

⁴ AHUALLI, Tânia maria; SENA; SENA, Jaqueline. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p.339

⁵ PASSOS. J.J. CALMON, *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p.68.

doutrinária que defende a irrestrita vigência da Constituição, onde se busca um juiz comprometido em respeitar a todo custo as garantias constitucionais e não somente com certas pessoas (=grupos de pessoas)⁶. Dentre os principais defensores desta corrente, ainda temos Juan Montero Arouca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal) e Franco Cipriani (Itália)

Os garantistas de processo civil buscaram suas bases dogmáticas no garantismo do professor italiano Luigi Ferrajoli.

As garantias constitucionais, por sua vez são as afirmadas pela cláusula do *devido processo legal* e suas derivações, como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, bilateralidade, e a própria inafastabilidade do controle jurisdicional.

Segundo esta corrente, todos fazem juz à segurança jurídica como postulado constitucional democrático, de modo que o *ativismo judicial* poderia comprometer, não apenas o devido processo legal, mas também a segurança jurídica vez que o juiz acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais “justa” ao caso concreto. A título exemplificativo, teríamos as tutelas de urgência satisfativa concedidas *inaudita altera pars* e a atividade probatória *ex officio*.

Entretanto, na Constituição não existe apenas a proteção do devido processo legal, mas de outros valores que se integram e precisam conviver harmonicamente para que a *jurisdição* (=tutela jurisdicional) seja útil e proveitosa ao jurisdicionado que necessita do Poder Judiciário para buscar a tutela do seu direito.

Ao final de tudo, podemos concluir que apesar da carga ideológica atrás destas posturas dogmáticas do *ativismo* e *garantismo*, cada qual fortalecendo um ponto de vista, respectivamente *jurisdição* e *processo*, ambas devem atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, sempre com a observância do devido processo legal.

⁶ VELOSO, Adolfo Alvarado. Cf. “**El garantismo procesal**”, em *Activismo procesal*, p.145.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1 Sistemas Dispositivo e Inquisitorial

O processo caracteriza-se por necessitar em sua instauração, desenvolvimento ou conclusão, de um conjunto de atribuições de tarefas exercidas pelos seus sujeitos processuais (juiz, autor e réu), onde cada um exerce o seu papel.

O grande processualista civil, Fredie Didier, fala com muito propriedade dos modelos de Direito Processual, entendendo que todos eles podem ser considerados em conformidade com o Princípio do Devido Processo Legal que é a tradução brasileira da expressão inglês “Due Process of Law”. Rigorosamente, “of law” não deve ser entendida como “da lei”, mas como “do Direito”. Logo, o Devido Processo Legal é a conformidade com o Direito como um todo, ou seja, inclusive com a Constituição Federal. Há autores que falam em “Devido Processo Constitucional”.

Neste sentido, o Devido Processo legal é um texto aberto, uma cláusula geral, tecnicamente falando, um enunciado normativo aberto, de textos vagos e indeterminados e de consequências também indeterminadas, podendo ter seu conteúdo normativo variado a depender do espaço e tempo a ser aplicado. A ideia é a de estabelecer uma pauta de valores a ser preenchido historicamente. É aquilo que em determinado momento histórico se entende como devido, podendo o texto ser o mesmo, mudando apenas a evolução do texto, como aconteceu com a “função social”.

Não obstante as críticas em torno das características dos modelos de estruturação de processo e as terminologias utilizadas, ao menos didaticamente, a doutrina classicamente, costuma identificar a existência de dois modelos de estruturação de processo no Mundo Ocidental: o modelo Dispositivo (adversarial) e modelo Inquisitorial.

O *Adversarial* (Dispositivo) é o modelo onde um processo é protagonizado pelas partes, que são os grandes autores, os grandes protagonistas e ao Juiz cabe apenas julgar, sendo um expectador, a ver o processo se desenvolver e julgar a causa quando o processo de mérito terminar e por conta disso, é chamado pelos americanos de “Expectador de Pedra”.

Seria uma espécie de disputa entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional passivo, cuja principal função seria decidir.

Por outro lado, no *Inquisitorial* (Não adversarial), cabe ao magistrado a atribuição de carga de poderes maior, de forma que ele se sobressaia em relação às demais partes, no processo. Este poder é atribuído pelo legislador e independe da vontade das partes.

Entretanto, não existe um sistema que seja completamente da “dispositividade” ou da “inquisitividade”, sendo difícil estabelecer um critério sem exceções. O que existe é uma combinação dos dois, onde o sistema será Inquisitivo ou Dispositivo, a depender não da exclusividade da posição de poderes, mas da predominância⁷. No Código de Processo Civil Brasileiro, a exemplo, temos a instauração do processo (art. 128, CPC) como atribuição da parte e a investigação probatória do juiz (art. 130, CPC), como atribuição do juiz.

Convém transcrever o pensamento de BARBOSA MOREIRA: “fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração⁸”

Esta dicotomia, em suma, está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: onde quanto mais poder tiver o juiz, independente da vontade das partes, mais Inquisitivo o processo será. Se deixar ao alvedrio dos litigantes, aparece a dispositividade.

Sob outra ótica, Barbosa Moreira de Bedaque relaciona a dispositividade a uma dimensão substancial, qual seja, aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo.⁹

⁷ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9ª edição. Salvador, Jus Podium, 2008, p.55.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Tema de direito processual- 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.53

⁹ Idem. P.55

Destarte, Fredie Didier aponta que independente da natureza do direito discutido, persiste o princípio da demanda, que impede o magistrado de dar início ao processo. Entretanto, temos a abertura *ex officio* do processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis. Assim, como é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130, CPC)

3.3. Surgimento de um novo sistema: o Cooperativo

Este modelo de organização do processo surgiu da junção do devido processo legal, da boa fé objetiva e do contraditório, que que passa a ser um instrumento indispensável a decisão judicial.

Caracteriza-se pela condução cooperativa do processo, onde partes e juiz conduzem o processo de formas iguais, cumprindo cada qual com as suas funções, cooperativamente sem que um seja protagonista em relação ao outro.

Nesse modelo de processo Cooperativo a assimetria só se revela na hora de decidir o que é do órgão jurisdicional, mas exige do Juiz a observância dos deveres anexos, que ele aponte o defeito para as partes e diga como deve ser corrigido, fazendo com que o processo se desenvolva da forma melhor possível e não fazer de forma dispositiva ignorando o defeito ou de forma inquisitiva, invalidando o processo. Surgem deveres de condutas para ambas as partes: “dupla posição”¹⁰

O modelo Cooperativo do processo é mais adequado para o Brasil que se funda na solidariedade, que é o princípio fundamental da Constituição, no Devido Processo Legal e no Contraditório.

Por conseguinte é um sistema que torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Atua diretamente, imputando deveres aos sujeitos, de modo que será ilícito a conduta contrária à obtenção do estado das coisas.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: RT, p.102-103

Os deveres processuais que decorrem do sistema cooperativo são divididos em deveres de esclarecimento, consulta e proteção em que as partes e juízes deverão ter:

a) *Esclarecimento*: as partes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência. E, o juiz tem o dever de ser claro em suas decisões, bem como têm o dever de pedir esclarecimentos, para não tomar decisões apressadas e equivocadas;

b) *Consulta*: é o dever de consultar as partes sobre ponto relevante e que até então havia sido ignorado, sob pena de ofensa ao contraditório.

c) *Proteção*: as partes não podem causar danos à parte adversária e o Juiz diante de alguma falha processual, possui o dever de apontar a falha e também como ela deve ser corrigida. (art. 284, CPC)

Por fim, não obstante não existirem regras expressas, a sua eficácia normativa é direta e independe disto.

4. PODERES INSTRUTÓRIOS DAS PARTES E JUIZ (ART. 130 CPC X ART. 333 DO CPC)

4.1. Atuação do Juiz (art. 130, CPC)

Hodiernamente, o contraditório é a possibilidade de ciência prévia, de manifestação das partes e sujeitos processuais e possibilidade que tais manifestações influírem no processo e no julgamento.

A esse respeito, Fredie Didier Júnior reconhece que:

Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela (a parte) seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. (...) É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação,

exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.¹¹

Neste sentido, para que as partes possam de fato influenciar a decisão do juiz, é preciso que lhe seja dada a oportunidade demonstrar aquilo que alegam através das provas produzidas. Se faltar esta oportunidade às partes, seja pela falta de bilateralidade, seja pela falta de oportunidade de influência, não havendo o contraditório, ficará prejudicada a busca pela verdade no processo, premissa fundamental à justiça da decisão.

No Código de Processo Civil Brasileiro, ao juiz cabe o poder de conduzir a instrução processual. E, este poder desdobra-se em vários poderes “menores”, como o de determinar as provas que serão produzidas, conduzir sua produção e valorar cada prova, todos descritos basicamente nos dispostos do art. 130 e 131 do CPC.¹²

A doutrina brasileira não é pacífica no que pertine ao alcance deste poder *ex officio* de determinar provas. Parte dos doutrinadores defendem que apenas em caráter supletivo, poderia o juiz requerer provas de ofício e outros que em quaisquer situações.

O processualista Moacyr Amaral, posicionando-se no caráter supletivo da iniciativa probatória, assim escreveu:

“Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa”¹³

¹¹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 11ª ed. Salvador: Podium, 2009, Vol 1, capítulo 1, item 1, pp. 56-58

¹² CAMARA, Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do Juiz e processo civil democrático**. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: 2013, p.66.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol.2. São Paulo: Saraiva, 12ª edição, 1989, p. 351

Para os adeptos desta corrente, devido a dispositividade, largamente admitida no processo civil, limita-se a busca da verdade na atividade probatória. Primeiramente, teremos os limites da demanda, no qual só podem ser objeto de provas, questões relacionadas com o litígio, não sendo permitido ao juiz ir além ou tampouco infringir o princípio do ônus da prova. A *posteriori*, limita-se o alcance deste poder instrutório.

Partindo desta limitação, torna-se mais compreensível o uso do art. 130 do CPC, na medida em que podemos concluir que o juiz, licitamente, pode adentrar a atividade probatória, ante a necessidade daquela prova na formação de sua convicção, desde que o faça sempre *subsidiariamente* e não suprindo as omissões da parte inerte, apesar da atividade probatória já desenvolvida pelas partes. E, será neste momento que será aplicado a regra do ônus da prova. Caberá ao juiz também evitar as provas procrastinatórias ou sem utilidade.

Por conseguinte, destaque-se que é fundamental que mesmo sendo dado os poderes ao juiz do art. 130, o juiz nunca age favorecendo as partes, sob pena de quebra de isonomia e contrariedade às regras do ônus da prova.

Por outro lado, autores como José Roberto Bedaque, diversamente, negam este caráter supletivo, admitindo-se que, em qualquer caso, pode o juiz determinar a realização de provas, sendo as regras particulares do art. 342, 382 e 427 consideradas meramente explicitantes.¹⁴

Outros processualistas como Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira também entendem que o art. 130 do CPC, não possui este caráter suplementar, podendo o juiz requerer a produção de ofício de prova, independentemente das partes, já que não haveria ofensa à imparcialidade do juiz que determinou a produção, pois ele não saberia a parte que iria se beneficiar com a prova produzida.

O processualista José Carlos Barbosa Moreira dedicou todo um trabalho no sentido de combater os argumentos da limitação aos poderes instrutórios do juiz.¹⁵

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos. **Poderes Instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 3 ed., 2001, p.159

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O neoprivatismo no processo civil**, In *Temas de direito processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp.87 et seq.

De outro lado, não se deve tentar buscar uma posição maniqueísta ou simplista sobre estas teorias, vez que ambas possuem pontos favoráveis e desfavoráveis . Contudo, o mais importante é fazer uma análise do modelo de Estado a que o Brasil adota e a partir daí examinar a legitimidade dos poderes de iniciativa probatória do juiz brasileiro.

Analisando-se os dois modelos de Estado: o *Estado reativo*, minimalista que busca apenas proteger a ordem e constituir-se em foro para solucionar os conflitos que os cidadãos não conseguiram dirimir e o *Estado ativo* que busca uma teoria global das condições ótimas de vida, e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente onicompreensivos de melhoramentos morais e materiais dos cidadãos, temos que o Brasil mais se aproxima do Estado Ativo, estabelecendo no art. 1º da CF/88, o Estado Democrático de Direito.

A respeito, o processo é visto não apenas como mero mecanismo de conflito, mas como um instrumento de realização dos objetivos do Estado e deve-se reconhecer que o art. 130 do CPC tem legitimidade constitucional, devendo ser interpretado no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória.¹⁶

Destarte, independente da posição adotada sobre os poderes de atuação *ex officio* do juiz na instrução probatória, é firme na doutrina e jurisprudência a natureza de *ordem pública* do direito à prova invocado pelas partes, ante a busca por uma decisão justa. Desta feita, as decisões referentes ao direito de prova não são alvo de preclusão judicial.

4.2. Atuação das partes - o ônus da prova (art. 333, CPC)

O dispositivo que fixa a regra sobre a distribuição do ônus da prova é o art. 333 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que compete ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

Assim, para a corrente doutrinária que entende que a instrução probatória *ex officio* (art.130,CPC) deve ser limitada às regras do ônus de produção, o juiz só deve diligenciar para complementar a instrução, ante eventual omissão da parte, sob pena de favorecer uma das partes, em prejuízo de outra.

¹⁶ CAMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**, In Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 75-76

De modo a contrariar este entendimento, José Roberto Bedaque defende que as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja efetivação de direito substancial e a pacificação social, de maneira que o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130, CPC, não se subordina às regras sobre o ônus da prova, vez que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. Sua incidência dá-se nos casos de insuficiência de prova, quando do julgamento, enquanto antes deste momento, tanto as partes como o juiz podem ter interesse na verdade objetiva dos fatos¹⁷.

Assim, conclui-se que diante de uma instrução insuficiente, pode e deve o julgador verificar a possibilidade de apurar melhor os fatos, através de requisição de novas provas. E, no caso de ser impossível a realização de novas provas, deverá julgar o pedido improcedente, tendo em vista as regras de ônus da prova previstas no art. 333, CPC.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, limito-me a sintetizar os meus posicionamentos acerca dos poderes instrutórios do juiz e da distribuição do ônus da prova de acordo com o sistema processual adotado pelo Brasil.

Sendo reconhecido pela doutrina moderna que o *princípio do contraditório* além da antiga concepção formal de garantir às partes o direito de participar do processo, de se manifestar no processo dialeticamente, também possui uma dimensão material, qual seja a de não só poder participar, mas também exercer o “poder de influência” apta a interferir positivamente no conteúdo da decisão, podemos afirmar que a prova é o principal direito, instrumento para exercício do contraditório.

Atualmente, ambas as concepções são exigidas, a fim de se garantir um contraditório devido (participação + poder de influência).

Nessa perspectiva, num sistema regido pelo Princípio Dispositivo e para os doutrinadores que ainda admitem o Princípio Cooperativo, o exercício pleno da atividade

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, Processo e Justiça**, In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 132-133

probatória pelos juízes (art. 130, CPC) e do ônus probatório das partes (art. 333, CPC) é imprescindível para o fim almejado pelo processo, qual seja, a busca da verdade, da justiça, respeitados os limites do Ordenamento Jurídico, como por exemplo, a obediência a imparcialidade e ao dever de cooperar.

Não estou a me posicionar na defesa de um ativismo do juiz para exercer uma iniciativa probatória em toda e qualquer situação. Mas, já que a busca da verdade é um objetivo do processo, logo as produções probatórias são de ordem pública, devendo o juiz, quando necessário, agir de ofício para produzi-la, observando-se o princípio da imparcialidade, do dispositivo e da cooperação. Assim, não entendo que o art. 333 do CPC deva funcionar como limitador a esta iniciativa *ex officio* do juiz na produção de prova, mas apenas como a exceção a ser utilizada pelo juiz em última hipótese, nos casos de insuficiência probatória.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUALLI, Tânia maria; SENA; SENA, Jaqueline. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf . Acesso em 07/07/2014

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, Processo e Justiça**, *In* Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Jus Podium, 2013.

_____. **Poderes Instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 3 ed., 2001.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**, *In* Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Jus Podium

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 9ª edição. Salvador, Jus Podium, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** . 2ª edição. São Paulo: RT.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Tema de direito processual- 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O neoprivatismo no processo civil**, *In* *Temas de direito processual, Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASSOS, J.J. Calmon de Passos, *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo do Processo Civil: Apresentação do Debate. *In. Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podium, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol.2. São Paulo: Saraiva, 12ª edição, 1989.

VELOSO, Adolfo Alvarado. Cf. “**El garantismo procesal**”, em *Activismo proce*