ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO, IMPARCIALIDADE E IGUALDADE PROCESSUAL

INSTRUCTIONAL ACTIVITY OF JUSTICE, PROCEDURAL IMPARTIALITY AND EQUALITY

Fernanda Emikaele Diniz de Oliveira*
Wênia Sharles de Morais Lucena**

RESUMO: A abordagem dialética do presente trabalho, fundamentada em pesquisas bibliográficas, visa a questionar a iniciativa instrutória do juiz, investigando a possibilidade e os limites de sua atuação, dando ênfase no tratamento isonômico das partes e no principio da imparcialidade, analisando a compatibilidade entre esses três elementos na esfera jurídico-processual. Dado que é de grande relevância tratar desse tema, em vista da necessidade que tem o direito de acompanhar a nova realidade social, principalmente no que tange ao direito processual, quer seja ele civil ou penal.
Palavras-chave: Iniciativa instrutória. Princípio da imparcialidade. Igualdade processual. Relação processual.

ABSTRACT: The dialectical approach of this work, based on bibliography's research, aims to question the judge's initiative, investigating the possibilities and limits of his action, emphasizing the isonomic treatment of the parties and the principle of impartiality, analyzing the compatibility between these three elements in the legal and procedural sphere. Since it is of great importance to address this issue, given the need the Law has to accompany the new social reality, especially with regard to procedural law, whether civil or criminal.
Keywords: Instructional Initiative. Principle of impartiality. Procedural equality. Procedural relationship

* Acadêmica do 3º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP, orientadas pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.
** Acadêmica do 3º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP, orientadas pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo aborda aspectos relativos à relação processual e como esta se realiza entre os sujeitos do processo, autor-juiz-réu, e quais as conseqüências advindas dessa relação.

Há controvérsias quanto à ampla iniciativa instrutória do magistrado. Grande parte da doutrina tradicional acredita ser um problema, por afetar a imparcialidade do juiz, além de comprometer a igualdade processual, pelo que esta corrente afirma que o juiz deve adotar uma postura inerte e passiva, eximindo-se na produção de provas. Por outro lado, há outros que defendem a postura ativa e ágil do juiz, para garantir a perfeita igualdade litigiosa e efetivação da justiça.

Com base nessas correntes doutrinárias, analisaremos, ao longo deste trabalho, se pode o juiz determinar, de ofício, a produção de provas; e se a iniciativa instrutória do juiz fere a imparcialidade e a igualdade de tratamento das partes no processo.

Para tanto, tomamos como ponto de partida o alcance da atuação do juiz em sua iniciativa instrutória e a necessidade da produção de provas, em busca da verdade real, para a formação de seu pleno convencimento. E, também, a relação com o princípio dispositivo, do contraditório e do livre convencimento, enfocando suas peculiaridades e sua relevância no âmbito instrutório.

Num segundo momento, trataremos do principio da imparcialidade, que constitui para muitos, elemento limitador da iniciativa instrutória. Porém, buscamos contradizer tal assertiva, fundamentando no fato de que, desde que o faça respeitando os limites impostos pelo ordenamento, motivando suas decisões e dando oportunidade de as partes contradizerem, não há risco de tornar-se parcial. Visto que esse princípio é elemento garantidor da igualdade processual.

Para a melhor compreensão do tema proposto, ressaltamos o principio da igualdade processual, enfocando-o em seu âmbito civil e penal, além de mencionar a postura dos magistrados que asseguram a igualdade formal e dos que defendem uma igualdade real e proporcional. E é, no decorrer deste trabalho, que teceremos as razões pelas quais adotamos esta segunda

postura, pois acreditamos que parte dos problemas gira em torno de razões econômicas e sociais, pelo que necessitem da colaboração do aplicador do direito, para que assim, todos alcancem a justiça que desejam, tornando um índice mais humano e igualitário e não simplesmente econômico.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA

Na antiga concepção do direito processual, já se observava com o grande desafeto a iniciativa do juiz, haja vista que o magistrado era tratado como uma figura inerte e passiva no deslinde da atividade probatória, pois cabia somente às partes a faculdade de provar as alegações produzidas ao longo do processo, pois o juiz não tinha competência para examinar o caso, apenas restava-lhe esclarecer os pontos obscuros, julgando somente baseado nas provas apresentadas por ambas as partes, mesmo que sua consciência lhe dissesse outra coisa [1].

Esta é a visão de doutrinadores ultrapassados presos ao sincretismo do século XIX, que, até hoje, mesmo sendo exceções, estão voltados ao retrocesso científico da doutrina processual [2].

A experiência nos mostra que o juiz não deve ater-se a valores passados, e sim deve acompanhar as mudanças sociais no que diz respeito ao processo jurídico. Deve abandonar sua figura submissa às partes e encarar seu novo papel, sendo um juiz ativo sem deixar sua imparcialidade, e vislumbrar a igualdade e a justiça no âmbito litigioso, através de sua interferência na produção de provas, com o objetivo de descobrir a verdade.

José Roberto dos Santos Bedaque, citando o Min. Francisco Campos, preleciona sobre a interferência do juiz na produção de provas:

> A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

2 FERNANDES NETO, Francisco Nunes; ALVES, Willione Pinheiro. **Revista Direito e Liberdade**, 3. ed. Mossoró, p. 319, 2006.

> adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade [...]. 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 maneira vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica [3].

É através das provas que o juiz forma seu convencimento, verificando a verdade das afirmações feitas pelas partes e formuladas pelos meios de provas, desde que obtidas licitamente, para poder, por fim, prolatar a sentença, como bem dispõe o art. 5º LVI da CF "são indispensáveis no processo, às provas obtidas por meios ilícitos".

Acerca da produção das provas através do magistrado há duas correntes paralelas. A primeira afirma que o ônus de provar os fatos interessa somente às partes; já a segunda entende que o juiz deve ter iniciativa instrutória, para que se alcance a verdade sem a quebra da isonomia e a perda de sua imparcialidade. Interessa saber que o principio da imparcialidade em nada limita ou interfere na iniciativa oficial, visto que a isso, o trabalho se atém, como veremos mais adiante [4].

Se não, vejamos: "Caberá ao juiz de oficio ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias". Art. 130 do CPC.

Como já citado, as provas constituem papel determinante na convicção do julgador, que, ao sentenciar, deve fazê-lo baseado na verdade dos fatos e afirmações alegadas pelas partes no deslinde processual.

De acordo com boa parte da doutrina, há uma bipartição da verdade. Fala-se em *verdade real* e *verdade formal*, distintivamente, em linhas paralelas de atuação. A diferença persiste que o processo civil contenta-se com a verdade formal (na falta da verdade real), ou seja, aquilo que em face das provas apresentadas nos autos reputa-se como verdadeiro, por se tratar de direitos disponíveis, cabe às partes dele dispor, sem que haja interferência probatória do juiz. Enquanto o processo penal necessita da verdade real,

3 CAMPOS apud BEDAQUE (2001, p.77).
4 BEDAQUE (2001, p. 10).

clarividente, em se tratando de direitos indisponíveis, onde para que se proteja a ordem pública ao juiz é conferido seu poder probatório [5].

Todavia, a experiência nos mostra que não há razão para continuar acreditando na distinção entre "*verdade real*" e "*verdade formal*".

Pois, em qualquer que seja o processo, penal ou civil, vige o princípio da verdade real, visto que, ao juiz munido de sua iniciativa instrutória, cabe buscar uma única verdade processual, aquela que esteja mais próxima da certeza ou da extrema probabilidade da existência ou não dos fatos. Não se trata de uma verdade absoluta, mas, ao menos, de uma verdade cabível e aceitável para iluminar as obscuridades que rodeiam as dúvidas num processo. Pois buscar uma única verdade é recorrer à ilusão, haja vista ser uma tarefa praticamente inalcançável, por se tratar de algo que não produzirá efeitos de imediato, o que requer uma solução a médio e longo prazo [6].

Porém, não descartamos a idéia da impossibilidade de se chegar a um conhecimento perfeito dos fatos, quando então se busca subsídios para preencher a ausência da verdade real, sejam eles: a distribuição do ônus da prova ou a revelia [7].

Cabe ressaltar que as regras dizem ser o ônus da prova elemento limitador da iniciativa instrutória do juiz na produção da prova; assim sendo, o art. 130 somente seria usado quando, após o desenvolvimento probatório pelas partes, permanecesse o juiz em dúvida e impossibilitado de julgar em conformidade com os dispositivos da distribuição do ônus da prova [8].

Incorreta tal afirmação. A iniciativa instrutória não pode ter caráter substitutivo, pois as regras sobre a distribuição do ônus da prova devem ser avaliadas pelo juiz no momento da decisão, em que pese à busca pela verdade, se os fatos não foram suficientemente claros para formar seu convencimento [9].

Em síntese, o poder instrutório não se limita, nem ao menos se submete ao que previsto no art. 130, visto que são elementos a serem resolvidos em momentos diversos.

5 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 315.
6 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 417-418.
7 SANTOS, 1999, p.40.
8 BEDAQUE, 2001, p.116.
9 BEDAQUE, 2001, p.117.

O ônus da prova basea-se na necessidade de provar, pelas partes, as alegações dos autos, visando através da motivação do convencimento do julgador, a vitória da causa, como também serve de regra de julgamento para aquele que tem o direito de dispor e não o faz [10].

Tendo em vista a amplitude do tema em confronto como sutileza deste trabalho, o estudo sobre a distribuição do ônus da prova vai ater-se ao exposto.

2.1 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Para uma boa compreensão do princípio dispositivo, é de suma importância saber que, mesmo com toda a evolução do direito processual, a doutrina ainda está buscando o seu real sentido, pois de um lado, estão aqueles que o interpretam com o máximo de amplitude, os que o restringem por demais, [11] do outro.

E a respeito do assunto aduz Cintra, Grinover e Dinamarco:

> O princípio dispositivo consiste na regra de que depende na instrução da causa, da iniciativa das partes, quanto às provas e as alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* [12].

De acordo com essa concepção, caberá somente às partes intervir no judiciário e produzir as provas que entendam necessárias, todavia, diante da visão publicista do processo, não é mais cabível manter o juiz fora dessa realidade processual. Assim, foi-se paulatinamente estendendo a função jurisdicional do juiz como um poder-dever, cabendo-lhe a ele dar o andamento da causa, conhecer *ex-officio*, os fatos que se subordinavam às afirmações das partes, como também determinar provas e arrolar testemunhas fora dos autos [13].

Sendo ele, o representante do Estado na função jurisdicional, seus po-

10 CINTRA, et al. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 359-360.
11 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p.314.
12 CINTRA, 2005, p. 65.
13 CINTRA, 2005, p. 66.

deres-deveres devem ser usados como instrumentos a serviço da sociedade, particularmente as partes de um litígio, não conferidos na busca da defesa de seus interesses ou do Estado, ele deve garantir a paz social pala instrução nas regras de convivência, incentivar o contraditório no andamento litigioso, e principalmente, intervir a parte mais fraca a fim de garantir a igualdade e a justiça. No processo, não cabe ao juiz, exclusivamente proferir sentença, mas conduzir o processo na devida ordem estabelecida. Portanto, seus poderes não são apenas meras faculdades a sua disposição, são deveres e obrigações necessárias para a formulação de atos propícios ao descobrimento da verdade [14].

Segundo a doutrina, a razão da existência da idéia de direito dispositivo está inserida fundamentação de resguardar o princípio da imparcialidade, contudo, há uma série de divergências quanto ao seu significado que mostra uma realidade diferente da aceita [15].

Na verdade, a dificuldade está na interpretação que divide a concepção de liberais e publicistas processuais, defendendo de maneiras contrapostas o significado e entendimento do princípio dispositivo. Em que, para alguns constitui uma pedra fundamental do direito disponível. Sendo esta, uma das razões pelas quais trataremos neste trabalho acerca da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos. A outra de suma importância, é que a grande maioria da doutrina considera que a atividade instrutória do juiz é maior quando se trata de direito material.

Partindo do pressuposto de que, em se tratando de princípio dispositivo, no que tange ao direito disponível das partes, cabe a elas, e exclusivamente a elas, estabelecer os limites da causa, provocar o judiciário quando a seus direitos considerarem em certa fragilidade, e produzir provas que entendam ser cabíveis e em conformidade com os fatos alegados. Quanto aos direitos indisponíveis, é necessário estar a cargo do juiz a capacidade de produzir provas para a manutenção da ordem pública. Porém, há quem diga que nem mesmo no direito indisponível, poderá o juiz ter iniciativa probatória; nesse caso, cessa a preponderância das partes, e é ao Ministério Público que interessa a busca da verdade, devendo o juiz permanecer inerte

14 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **A imparcialidade do juiz e seus poderes assistenciais no processo.** Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/artigo11htm>. Acesso em: 10 dez. 2006.

15 CINTRA, 2005, p. 66.

antes os acontecimentos processuais, já que a ele não importa o direito disponível das partes, onde as mesmas têm liberdade para dispor de seus direitos, seja, para através de um acordo entre ambas, ou mesmo, transgredir, renunciar ou reconhecer seu direito [16].

Contudo, a idéia tedesca de que tal direito seria para atividade instrutória do juiz um limitador de sua atuação é absurda.

Nas palavras de Fernandes Neto e Alves, podemos dizer:

> Certo é que as partes têm o direito de dispor de seu direito material e que esse direito tem alguns reflexos no processo. Intervir nessa seara seria ter uma atuação em que o juiz extrapolaria os seus limites, e assim abusaria de sua atividade judicial. Contudo ao tratar de produção instrutória, estamos falando de relação jurídico-processual. Com isso, não estamos querendo afirmar que o direito disponível deixou de existir, mas que não faz parte, praticamente, da relação jurídico-processual. Caso o juiz pudesse decidir *ultra* ou *extra petita,* aí sim, estaria interferindo no direito material. Significaria dizer que teria havido uma publicização dessa área também.
>
> O de que prescindem as partes é o poder de impulso e direção formal do processo. Uma vez provocada a máquina estatal, o modo e o ritmo do processo estão longe de dispor das partes, apesar de continuar a dispor do direito civil. Continua com o poder de transigir; contudo, não pode, por exemplo, marcar uma audiência a seu livre arbítrio [17].

Em síntese, podemos dizer que as partes têm liberdade de delimitar a causa e só provocam o judiciário, em busca de justiça, se e quando quiserem dispor de seu direito de ação, ou seja, as partes dispõem de seus direitos, porém nunca dos fatos em questão.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Antes do surgimento da Constituição de 1998, o princípio do con-

16 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 315.
17 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 317.

traditório e o da ampla defesa não estavam claramente expressos, e somente após tal Constituição tornou-se evidente tais princípios, como bem dispõe o art. 5º LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" [18].

O princípio do contraditório é uma reivindicação da estrutura lógica do processo, onde a verdade é prontamente compreendida, quando ambas as partes têm o interesse de manifestar suas razões nos autos. Não incide, porém, que as partes envolvidas estejam necessariamente no processo, mas que ao menos lhes sejam garantidas, o direito de serem ouvidas [19].

Este princípio está diretamente ligado ao princípio da igualdade processual, pois se torna necessário que o juiz ouça ambas as partes, porque é através da exposição das razões das partes, que o magistrado poderá formular sua sentença sem a preocupação de cometer uma injustiça, por já possuir todas as informações necessárias e encontrar-se convencido e satisfeito com os fatos alegados [20].

Porém, para que tudo isso se concretize, este princípio conta com dois elementos essenciais: a informação, que é transmitida por meio da citação, intimação ou notificação; e a reação, que consiste na atitude adotada pela parte que tomou conhecimento do inteiro teor da informação [21].

No contraditório, é facultada a apresentação da defesa, e somente se torna essencial quando a lei o declara, como é o caso das ações penais. Pois, nesse tipo de ação, mesmo que a defesa técnica seja dispensável, a autodefesa é um fator determinante e indispensável à aplicação da justiça [22].

Desta forma, podemos concluir que este princípio, constitui uma das garantias da justiça, pois é através da participação ativa das partes que a justiça se mostra definitivamente constituída para a análise dos fatos, pois embora as atitudes que as partes adotem ao longo do processo sejam adversas, o juiz não estaria apto a decidir a direção do processo, e estabelecer os direitos e deveres das partes, através da sentença, a não ser pela combinação das visões de cada uma delas.

18 SANTOS, 1999, p. 38.
19 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.
20 CINTRA, 2005, p. 57.
21 CINTRA, 2005, p.58-59.
22 SANTOS, 1999, p.38.

2.3 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO OU PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ

Foi a partir do século XVI que começaram a delinear idéias acerca do sistema do livre convencimento ou da persuasão racional do juiz [23].

Este sistema consiste no pressuposto processual, principalmente no que concerne ao âmbito probatório. Ele impõe restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial, em que é indelegável a observância de regras lógicas e de máximas de experiência comum na conclusão sentencial.

Ao juiz, cabe fundamentar sua decisão, abordando os motivos que o levaram à formação de seu convencimento, e, principalmente, à veracidade das afirmações das partes sobre os fatos, e ainda indicar os meios e elementos de prova, de tal modo que a sua conclusão seja lógica, coerente e correspondente às provas constantes nos autos.

Porém, mesmo com um caráter de subordinação às provas, o juiz pode e deve fazer uso delas livremente, segundo a necessidade de seu nível de convicção. Pois o juiz é livre na apreciação das provas, e não está adstrito a nenhuma delas, que, em razão de sua peculiaridade, não prevalece sobre nenhuma outra, em uma escala hierárquica de valoração de provas, desde que sua decisão seja fundamentada em razões compatíveis com os fatos, visando sempre à igualdade litigiosa [24].

É o que expõe o art. 131 do CPC: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Ainda nesse contexto, vejamos:

> O juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo),* mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a *priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais [25].

23 CINTRA, 2005, p. 69.
24 SANTOS, 1999, p. 177.
25 CINTRA, 2005, p. 69.

Fica claro que é naturalmente aceitável o fato de o juiz, perante uma dúvida, decisiva para o seu convencimento, trazer para os autos do processo elementos probatórios, mesmo que as partes não o tenham proposto, utilizando-se assim de sua iniciativa instrutória.

Saliente-se, ainda, que os fatos referidos no art. 131 são reconhecidos como fatos simples, ou meras circunstâncias que, por si sós, não afetam assuntos jurídicos. Porém, quando esse fato simples for elemento necessário à revelação do fato jurídico, sua alegação será feita obrigatoriamente, para que se preserve o princípio do contraditório e da igualdade processual [26].

2.4 LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Não obstante, a amplitude do poder instrutório do juiz é fortíssima; porém, ressalte-se que, mesmo nesses ditames não é um poder ilimitado. Questão tão complexa quanto esclarecedora é investigar as possíveis delimitações impostas pelo sistema ao exercício da atividade instrutória.

Em princípio, podemos estabelecer os elementos objetivos da demanda. A doutrina tedesca usa a expressão *Dispositionsmaxime* para referir à propositura da demanda; e o *Verhandlungsmaxime* refere-se à estrutura interna do processo, tratam ambos os fenômenos como manifestações do princípio dispositivo, já estudado nesse trabalho [27].

Assim, vemos que o princípio da demanda aduz que a sentença proferida pelo julgador, deve ater-se ao pedido e à causa de pedir. A necessidade da produção de prova, quer seja pela parte, que seja *ex officio* pelo juiz, deve ser coerente com os elementos dos autos, pois o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo [28].

É o que dispõe o Código de Processo Civil:

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do

26 SANTOS, 1999, p. 177-178.
27 BEDAQUE, 2001, p. 89.
28 BEDAQUE, 2001, p. 154.

> autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado.

Sendo assim, ele não pode buscar provas relativas a fatos não proferidos pelas partes e não submetidos ao contraditório.

Além do mais, apresentam-se como elementos limitadores da iniciativa instrutória do juiz, da observância do contraditório, determinando a submissão de todas as provas ao crivo das partes, inclusive as de ofício. E a obrigatória motivação e fundamentação da sentença, que, por sua vez, exige do magistrado que as razões de fato e de direito sejam apresentadas. Esses são obstáculos instransponíveis à iniciativa oficial, a fim de buscar a verdade real, não podendo suplantar regras éticas, morais e processuais [29].

Todavia, a faculdade de agir atribuída ao juiz, no de determinar a produção de provas de ofício, é restringida, pois não pode chegar ao ponto de suprir as partes. Assim sendo, a produção de provas processuais por iniciativa do juiz é aceitável em caráter complementar, e o não cumprimento do dever, ou do exercício irregular do poder por parte do juiz, implica responsabilidades [30].

Contudo, todas essas considerações especulam apenas princípios e regras gerais aplicáveis à matéria em questão, não sintetizam se o sistema estabelece regras específicas de restrição aos poderes instrutórios do magistrado. Os limites são impostos pela técnica processual. Portanto, outras possíveis razões tentam estabelecer critérios limitadores da atividade oficial, as quais, por demais confusas, não passam de tentativas frustradas e irrealizáveis [31].

Como é o caso, por exemplo, da preclusão, que, subentende-se como a perda da faculdade, relativa à parte, de exigir a produção de prova por ela desejada, sendo que não há perigo de afastar o poder conferido ao juiz de determinar a produção de provas e comprometer a imparcialidade. Ou até mesmo as regras referentes à distribuição do ônus da prova; além da existência do princípio dispositivo. Como supostos limitadores ao poder oficial. Cujos temas foram abordados com mais zelo anteriormente [32].

29 BEDAQUE, 2001, p. 154.
30 NUNES, Elpídio Donizette: **Curso de Direito Processual Civil.** 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 96.
31 BEDAQUE, 2001, p.154 -155.
32 BEDAQUE, 2001, p.157.

3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Discutir a existência do princípio da imparcialidade do magistrado é de grande relevância ante as transformações a que se submeteu o direito contemporâneo, principalmente no que concerne ao ramo do direito processual, seja ele civil ou penal. Trata-se de um tema carregado de concepções antagônicas e pessoais acerca de seu real sentido e significado, mas de extremo interesse para o nosso ordenamento, uma vez que, na prática, deve servir de base fundamental à garantia da igualdade entre as partes num processo, a fim de que seja instaurada a chamada *paridade de armas*. Onde é através do uso da iniciativa instrutória do juiz que possibilita uma dinamicidade na relação processual: juiz-autor-réu, favorecendo para um deslinde ativo e ágil do litígio.

Constatado que, diante de imprevisíveis situações no decorrer de um processo, cujo alvo é a resolução do conflito de interesses contraditórios, ao juiz compete a inferência instrutória, mediante a possibilidade de encontrar-se uma das partes em situação mais vantajosa que a outra, a fim de que seja cumprido o princípio da igualdade e efetuado o ideal de justiça. No tocante a este pensamento, o presente trabalho está sendo articulado.

Além do mais, caracteriza-se como um princípio necessário, tanto para o ramo processual como para todo *o estado democrático de direito*, uma vez que, presente implicitamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XXXVII e LII, e 95° I, II, III e parágrafo único. Encontra-se protegido e garantido constitucionalmente.

Acerca da imparcialidade do magistrado, há várias tendências que discutem sobre a matéria, o que só vem a enriquecer a discussão sobre tema tão palpitante e importante para o interesse jurídico, sendo que boa parte visa a limitar ou impedir os poderes instrutórios do juiz, argumentando que tal ato feriria o princípio da imparcialidade, defendem que ao tomar iniciativa instrutória e produzir provas, o juiz pode perder sua imparcialidade, uma vez que, vislumbrando a igualdade, ele substitui e beneficia a parte menos favorecida. Daqui parte o famoso brocardo jurídico *"tratar desigualmente os desiguais"*, trataremos a fundo o tema adiante. Segundo

esta doutrina o juiz não pode favorecer a nenhuma das partes, mantendo-se inerte e afastado de sua produção. Há ainda os que entendem que a investigação probatória unilateral por parte do juiz poderia condicioná-lo psicologicamente a crer nas provas que tenham sido objeto de sua própria produção, se corrompendo na credibilidade que as provas produzidas por ele, passariam a desencadear um julgamento mais justo, tornando-se um juiz maculado por seus próprios atos. Vale salientar que essa assertiva não condiz com nossa concepção [33].

A razão é contrária à doutrina clássica; porém, não há por que refutar que fundamento preciso para a imparcialidade do juiz, é o fato de ele dever estar acima e eqüidistante das partes. Essa eqüidistância, por sua vez, somente ocorrerá se o juiz trouxer, para perto de si, na mesma proporção da outra, a parte menos favorecida na relação processual. Não é possível crer na existência de imparcialidade numa relação que, já de inicio e diante da própria natureza, uma das partes esteja em situação de desigualdade. Nesse caso, nada obsta, para uma participação mais ativa do juiz no processo, já que sua interferência garantirá o acesso à ordem jurídica mais justa [34].

A participação mais ativa do juiz na construção de elementos probatórios, determinantes de seu pleno convencimento dos fatos alegados pelas partes, não é argumento suficientemente fundado para atingir a imparcialidade do juiz. E que esta por sua vez, em nada limitaria ou impediria a iniciativa instrutória do magistrado. Pelo contrário, agindo dessa forma, o juiz mostra-se um órgão representante da função jurisdicional, atento aos fins sociais do processo [35].

O que ocorre é uma inversão de valores, visto que, parcial é aquele juiz inerte, desinteressado dos escopos sociais, que apesar da existência de provas determinantes para seu julgamento, não as produz, e deixa a parte menos assistida incapacitada de si igualar à outra no plano processual [36].

Auxilia nossa compreensão o posicionamento adotado por José Roberto dos Santos Bedaque:

33 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 320.
34 CORREIA, 2006.
35 CORREIA, 2006.
36 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 322.

> Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tenha razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função [37].

O autor complementa dizendo que "se essa atuação do juiz for determinante para que o real titular do interesse juridicamente protegido obtenha a tutela jurisdicional, tanto melhor [...]".

Podemos concluir que, se a iniciativa instrutória do juiz for tomada com o intuito de igualar as partes e adquirir o pleno convencimento dos fatos, respeitando os limites impostos pela ordem jurídica estabelecida, não incorre perigo de transgredir a imparcialidade. Contudo, se ele utilizar seus conhecimentos extraprocessuais, será iminente o risco de ser corrompido pela parcialidade.

Nesse mesmo diaspão, a imparcialidade está assegurada na exigência que se faz ao magistrado, no sentido de motivar e fundamentar suas decisões, inclusive as que determinam *ex officio* a produção de provas e submetê-las ao princípio do contraditório. Nada melhor do que a manifestação das partes no processo para legitimar os elementos da reconstituição dos fatos, através do contraditório. Além de que, depois de produzida a prova, seja pelo autor, seja pelo réu ou até mesmo por iniciativa do juiz, não interessa por quem foi elaborada, ela passa a pertencer à relação jurídica processual, podendo ser aproveitada por qualquer das partes, pouco importando quem a trouxe [38].

Ademais, outro ponto importante e assegurador da imparcialidade é a imprevisibilidade a que se submete a produção das provas, por parte do magistrado. Por mais que haja previsões ou suposições, grandes são as possibilidades de não de ter o resultado esperado dos fatos, que muitas vezes são

37 BEDAQUE, 2001, p.108.
38 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 322.

motivos fortíssimos para que o juiz se convença do contrario. Bom é que a prova pode vir a favorecer a parte que tenha razão, mas que por motivos diversos não pôde produzir as provas correspondentes ao seu direito. Em casos como este a iniciativa probatória do juiz só vem a acrescer e sobrepesar as partes desiguais. No tópico da igualdade processual, o tema será tratado com mais zelo [39].

Levando em consideração a existência de duas razões práticas às quais não encontramos oposição lógica na doutrina tradicional, podemos afirmar que, se ao tomar a decisão o juiz a fundamentar coerentemente com o que consta nos autos do processo, e submeter às partes ao contraditório, não há como tornar-se parcial, primeiro, porque há a imprevisibilidade dos resultados provindos do processo, e segundo, a prova depois de produzida e pertencente ao processo, não interessa por meio de quem ela chegou, desde que produzidas por meios lícitos, o que importa é que pode ser usada por qualquer das partes [40].

O que ocorre é que, o Judiciário por completo não é dotado de magistrados preocupados com o fim social do processo, muito menos, com a garantia da igualdade entre as partes. Por isso, nosso ordenamento impõe regras que asseguram a imparcialidade, quando ocorrer circunstâncias que torne possível a parcialidade do juiz. Podendo ele ser impedido de atuar nos processos de jurisdição contenciosa ou voluntária, ou quando se reputa fundada a suspeição de parcialidade [41].

Segundo o artigo 134 do Código de Processo Civil, o juiz é impedido de atuar nos seguintes processos:

> I – de que for parte;
> II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
> III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
> IV – quando nele estiver postulado, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o segundo grau;

39 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 321.
40 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 322.
41 NUNES, 2004, p. 99.

> V – quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;
> VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Segundo o artigo 135 do Código de Processo Civil, reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz quando:

> I – ele for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
> II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
> III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
> IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
> V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Mas o objetivo desse tópico é saber se a imparcialidade interfere ou mesmo limita a iniciativa instrutória do magistrado. Como visto, grande parte da doutrina defende que sim, fundamentando-a dentre outros fatores, na existência do princípio da neutralidade. Sendo de grande relevância para nosso trabalho estabelecer a relação entre esses dois princípios, que em nada se assemelham.

Do ponto de vista jurídico, a neutralidade não é sinônimo de imparcialidade. A primeira refere-se à postura ética a ser adotada pelo juiz no processo; contudo, o juiz como individuo que é, não pode ser neutro. A neutralidade pressupõe o não envolvimento do cientista com seu objeto de estudo; portanto, quem propugna a neutralidade acaba fazendo uma escolha, nem que seja por não ser neutro. Sendo assim, o juiz ou qualquer ser humano, ao conseguir afastar-se de seus princípios e valores, formados gradativamente no íntimo de seu ser, nem com muita boa vontade [42].

Ademais, a imparcialidade, como visto, se insere na relação jurídico-pro-

42 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 320.

cessual desprendida de quaisquer valores inerentes ao julgador. Visa tão somente à garantia da igualdade, conseguida com a máxima competência instrutória.

Além da neutralidade, boa parte da doutrina tende a relacionar a perda da imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. O que, na verdade, juiz passivo é o mesmo de juiz descuidado e negligente, que se contenta na busca de uma *verdade formal*, a par de sua função social, que prefere julgar injustamente a resolver da melhor maneira. Esse pensamento individualista e retrógrado deve evoluir para que o juiz assuma seu verdadeiro papel na relação processual. Esse temor da perca da imparcialidade, tem suscitado nos magistrados o papel de juiz inerte, espectador, temeroso que qualquer iniciativa que possa tomar para instruir o processo, o torne parcial [43].

É o que ocorre na crença do autoritarismo e arbitrarismo do julgador em relação à quebra da imparcialidade. O juiz autoritário, árbitro é aquele cujo comportamento foge dos padrões éticos e jurídicos determinados pelo sistema e constitucionalmente assegurados, que age sem motivar suas sentenças e nem ao menos dá oportunidade às partes se dispor do contraditório [44].

O modelo do juiz de que a sociedade moderna necessita é aquele que consegue acompanhar as evoluções e mutações dos costumes e conceitos da própria sociedade que o insere. Ele deve estar disposto a conhecer e respeitar as diferenças sócio-culturais daqueles pertencentes ao processo. Podendo assumir a posição ativa, que lhe confere, dentre outras prerrogativas, determinar prova que julgue importante para seu convencimento, ou até mesmo indeferir prova que ache inútil, desde que o faça com imparcialidade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento, motivando e fundamentando suas decisões e resguardando o princípio do contraditório. Que tenha por desiderato trazer a paz no âmago da sociedade. O que nos serve é o juiz diretor do processo, que não se compatibiliza com o juiz inerte nem com o juiz autoritário ou passivo. Que visa preponderantemente, a igualdade entre as partes e a efetivação da justiça.

Destarte, não há perigo de tornar-se parcial o juiz que faz uso da iniciativa instrutória na produção de provas. Pelo contrário, parcial é o juiz que se

43 BEDAQUE, 2001, p.112.
44 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 323.

mantêm inerte, sabendo da existência de provas que mudariam o julgamento e não as produz mesmo sabendo que poderia beneficiar a parte que não tem razão, e propicia a quebra da isonomia e a inexistência da justiça [45].

De tudo quanto exposto, sabemos que o tema poderá despertar diversas celeumas. Contudo, diante de uma nova realidade processual da qual almejamos concretizar, nos basta não mais aceitar a figura conformista do juiz, ante a necessidade de uma democracia mais participativa e norteadora do processo, onde o juiz, como cidadão que é, não pode quedar-se inerte, como mero espectador da batalha judicial, principalmente no que tange a direção da relação jurídico-processual.

4 PRINCÍPIO DA IGULADADE PROCESSUAL

Um dos fatores que tem impulsionado o desenvolvimento da justiça, e contribuído para um processo mais célere, tem sido sem dúvida alguma a expansão da igualdade das partes no âmbito processual. Fator este primordial para o equilíbrio da sociedade, e que tem suas bases firmadas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil e Penal.

Observa-se que a lei tem o princípio da igualdade como uma de suas proposições que serve de alicerce para a conclusão, e de maneira concreta para a igualdade diante da autoridade competente para julgar o caso, ou seja, o juiz [46].

O regulamento que está nos ditames do art. 5º, *caput* da Constituição, traz a igualdade processual como aspecto fundamental.

Senão vejamos: art. 5º, *caput*. "Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Para completar, preceitua Cintra, Grinover e Dinamarco:

> Assim, o art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, proclama que compete ao juiz "assegurar às partes a igual-

45 FERNANDES NETO; ALVES, 2006, p. 324.
46 CINTRA, 2005, p. 55.

> dade de tratamento" e o art. 9º determina que se dê curador especial ao incapaz que não tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora-certa. No processo penal, ao réu revel é dado defensor dativo e nenhum advogado pode recusar a defesa criminal. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade [47].

Portanto, todas as disposições legais somente vêm a contribuir para um tratamento igualitário e, conseqüentemente, a participação das partes no processo, com as exposições de suas razões.

Quanto à apreciação, o princípio da igualdade se apresenta de duas maneiras: como uma igualdade formal, onde em hipótese alguma a lei deve traçar diferenças entres as partes; e como uma igualdade real e proporcional, que consiste em tratar desigualmente os que são desiguais, pois através do preenchimento das diferenças, a igualdade substancial será alcançada [48].

Contudo, diante da realidade em que vivemos, é bem verdade afirmar que embora os princípios proclamados pelas doutrinas tenham sidos adotados por quase todas as legislações, na prática ainda há muito a se fazer, pois em nada adianta deter-se apenas a igualdade formal. É necessário agilidade aplicação da igualdade, para que assim, se alcance o real objetivo social do direito [49].

Podemos citar o principio da disponibilidade de provas, como uma das regras que garantem a verdadeira igualdade entre as partes, vez que é resultado de um liberalismo-individualismo, e que não está voltado à realidade que nos cerca, pois podem ocorrer injustiças e levar a uma atuação totalmente desequilibrada entre as partes envolvidas no processo [50].

Como exemplo dessa desigualdade José Roberto dos Santos Bedaque, transmitindo ensino de Tereza Arruda Alvim Wambier:

47 CINTRA, 2005, p. 55.
48 CINTRA, 2005, p. 55.
49 BEDAQUE, 2001, p. 96.
50 BEDAQUE, 2001, p. 97.

> O juiz nesse contexto, seria parcela se assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de intervir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo não porque tenha o direito, que assegurava ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstancia de uma das partes ser hiposuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem, ou dá-los a quem não tem [51].

Isso é reflexo de uma sociedade economicamente e culturalmente desequilibrada, visto que é cada vez menor o número de pessoas que conseguem integrar-se economicamente no processo em curso, e é esse o fator que conduz a parte considerada "inferior" a dispor de seu direito de atuação, não por mero desinteresse, mas por não poder arcar com as custas advindas desse processo judicial.

Daí o poder instrutório do juiz significar um poderoso instrumento que possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual, pois é inadmissível, que as partes não consigam obter o reconhecimento de seus direitos em razão da inferioridade em que se encontravam.

Para reverter esse quadro lastimável, torna-se necessário que o legislador intensifique cada vez mais sua atividade de instrução, pois somente dessa maneira é que podemos promover a justiça, haja visto que o juiz possui a solução em suas mãos, o que o possibilita corrigir todas as desigualdades econômicas; outro que também se mostra de grande importância é que a produção da prova tenha a participação da figura do juiz [52].

É alarmante o fato de que ainda possa haver juizes inertes e passivos, esperando exclusivamente a ação das partes, visto que essa atitude adotada gera motivo de preocupação diante dos inúmeros proble-

51 BEDAQUE, 2001, p. 97.
52 BEDAQUE, 2001, p. 98.

mas enfrentados pela desigualdade e injustiça. É inadmissível, porém, o magistrado não cumprir satisfatoriamente seu papel.

Não se pode aceitar, como verdadeira, a afirmação de que a participação do juiz na busca de provas no processo judicial infrinja o principio do contraditório. De forma alguma há transgressão dos direitos das partes, pelo contrário, tal atitude demonstra que somente assim não haverá aquele que possa aproveitar-se da fraqueza da outra parte para se beneficiar [53].

Ressalte-se que a garantia de um contraditório efetivamente equilibrado é dada não apenas pela igualdade de armas aos litigantes, mas pela oferta de oportunidades e garantia da aplicação delas por todos [54].

5 CONCLUSÃO

A participação ativa do juiz no processo, por meio de sua iniciativa instrutória, contrariando o pensamento de grande parte da doutrina, contribui sobremaneira para garantir a igualdade plena entre as partes. Não é um poder ilimitado, encontra restrição nos elementos objetivos do principio da demanda, como também na obrigatoriedade de fundamentação do ato judicial que determina e na submissão das partes ao crivo do contraditório. Não obstante serem amplos os seus poderes instrutórios, como se pretendeu esclarecer, sendo esses limites impostos pela técnica processual. Nesse mesmo diaspão, as regras pertinentes ao ônus da prova, ou do principio dispositivo não servem como argumento para limitar ou mesmo impedir a atividade probatória do juiz, que é livre para produzir provas que julgue necessárias para seu convencimento, desde que o faça de modo lícito, buscando a plena verdade real.

Outro ponto importante, que não se fundamenta argumento lógico, para limitar a iniciativa instrutória do juiz, é o principio da imparcialidade. Como foi amplamente investigado, a tendência que defende tal prerrogativa, sustenta a tese de que a quebra desse principio, dentre outros fatores, dá-se pelo fato, da necessidade da neutra-

53 BEDAQUE, 2001, p. 99.
54 BEDAQUE, 2001, p. 105.

lidade do magistrado, tornando-o parcial. Sabemos, pois que parcial, não é o juiz como humano, dotado de princípios e valores inerentes ao seu ser. Parcial é o juiz desleixado, que mesmo sabendo da existência de provas que modificariam sua decisão, mantêm-se inerte e favorece a desigualdade entre as partes, beneficiando à que não tem razão.

A imprevisibilidade dos resultados num processo, uma vez determinada a produção de provas *ex officio* pelo juiz, é pressuposto assegurador de sua iniciativa instrutória. Isso auxilia a garantir a isonomia no âmbito litigioso. Certo, que por vezes, as partes agem no intuito de produzir provas, não sendo por desleixo ou puro cômodo que não o fazem; todavia, parte dos problemas é a inabilidade política ou condições econômicas desfavoráveis. Ao juiz não deve importar quem vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tenha razão.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **A imparcialidade do juiz e seus poderes assistenciais no processo.** Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/artigo11htm>. Acesso em: 10 dez. 2006.

FERNANDES NETO, Francisco Nunes; ALVES, Willione Pinheiro. Princípio Dispositivo e o Publicismo no Processo Civil. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, 2006.

NUNES, Elpídio Donizette: **Curso de Direito Processual Civil.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Enane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual.** 7. ed.rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.